



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintiuno (21) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-004-2017-00207-01
DEMANDANTE:	ALICIA ISABEL MURILLO DÍAZ
DEMANDADO:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP)
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia adiada 6 de junio de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1. Pretensiones¹:

La señora **ALICIA ISABEL MURILLO DÍAZ**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP)**, con el fin que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. PAP 006002 del 6 de julio de 2010, mediante la cual, la extinta CAJANAL le reconoció una pensión de vejez.

¹ Folio 1 del cuaderno de primera instancia.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita la demandante se ordene a la UGPP, le reliquide su pensión incluyéndole todos los factores salariales que por ley le corresponden al momento de la causación de su status de pensionado, tales como: *prima de antigüedad, prima técnica, prima de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, prima vacacional, prima de navidad y bonificación especial por recreación.*

1.2.- Hechos²:

La señora ALICIA ISABEL MURILLO DÍAZ, laboró como Auxiliar de Servicios Generales del Municipio de Sincelejo, desde el 27 de enero de 1989, hasta el 8 de julio de 2009.

La extinta Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL -, mediante Resolución No. PAP 006002 de julio 6 de 2010, reconoció a favor de la demandante una pensión de vejez, tomando como base el promedio del 75% de la asignación básica y de la bonificación por servicios prestados de los años laborados entre 1999 y 2009, es decir, durante los últimos 10 años de servicios.

Considera la demandante, que al ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, su pensión debe ser reliquidada con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de causación de su status; por lo que además de la *asignación básica* y la *bonificación por servicios prestados*, que fueron los únicos conceptos tenidos en cuenta para liquidar su pensión, deben incluirse los siguientes factores: *prima de antigüedad, prima técnica, prima de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, prima vacacional, prima de navidad y bonificación especial por recreación.*

² Folios 1 - 2 del cuaderno de primera instancia.

Como soporte jurídico de sus pretensiones, alegó como violadas las siguientes normas³: Constitución Política: artículos 29, 48 y 53; Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985, artículo 4º de la Ley 4ª de 1976, artículo 9 de la Ley 71 de 1988, artículo 14 del C. S. del T.

En el **concepto de violación**, adujo la accionante que el acto acusado viola las normas antes citadas, toda vez, que debe liquidarse su pensión con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio, considerando como salario la suma de la *asignación básica*, mas todos aquellos emolumentos salariales que por ley le corresponden.

Así mismo, aduce que el acto acusado excluye conceptos que son inherentes a la prestación principal, pues, solo se tuvo en cuenta para su liquidación la *asignación básica* y la *bonificación por servicios prestados*, desconociendo los demás conceptos constitutivos de salario.

1.3.- Contestación de la demanda⁴.

La Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social “UGPP”, se opuso a las pretensiones de la demanda, en razón a que la pensión fue debidamente reconocida conforme los requisitos de la Ley 33 de 1985 y liquidada, ciñéndose al artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Expuso, que el régimen de transición solo extendía los efectos del anterior régimen pensional en lo relacionado a los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto; y en tal sentido, la entidad hizo una acertada interpretación y aplicación del citado artículo 36, sustentada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Propuso las siguientes excepciones de mérito: Inexistencia de la obligación
- Debida interpretación del régimen de transición contenido en el artículo

³ Folios 3 - 4 del cuaderno de primera instancia.

⁴ Folios 66 - 78 del cuaderno de primera instancia.

36 de la Ley 100 de 1993; imposibilidad de reliquidar la pensión de la demandante con base en factores salariales distintos a los estipulados en el Decreto 1158 de 1994; Buena fe; y prescripción trienal.

1.4. Sentencia impugnada⁵.

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de junio 6 de 2018, proferida en audiencia inicial, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y no probadas, las demás excepciones propuestas por la entidad demandada.

A su vez, declaró la nulidad parcial de la Resolución No. PAP 006002 del 6 de julio de 2010, expedida por CAJANAL; en consecuencia, ordenó a la UGPP reliquidar la pensión de la señora Alicia Isabel Murillo Díaz, en cuantía equivalente al 75% del promedio de los factores salariales devengados durante el último año de servicio, como lo son: *asignación básica, prima de antigüedad, prima técnica, prima de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios, prima de servicios, prima vacacional y prima de navidad.*

Así mismo, ordenó a la UGPP a reconocer y pagar a la demandante las diferencias causadas entre las mesadas pagadas y las reliquidadas, a partir del 1º de agosto de 2014; y le ordenó realizar los descuentos por aportes, correspondientes a aquellos factores que no hayan sido objeto de deducción legal.

Como fundamento de su decisión, estimó el A-quo, que en el acto acusado solo se tomó como salario base de liquidación la *asignación básica mensual y la bonificación por servicios prestados*, de los últimos diez años, por lo que era evidente, que no se tuvo en cuenta todos los factores que la accionante devengó durante el año anterior al retiro definitivo del servicio, factores que aparecían dentro de la certificación de salarios expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Sincelejo; encontrándose dicho acto en

⁵ Folios 90 - 94 del cuaderno de primera instancia.

contravía con lo dispuesto por la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia.

1.5.- El recurso⁶.

La entidad demandada - **Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)**, apeló la decisión de primer grado, a fin de que sea revisada y revocada en esta instancia.

Manifiesta, que la demandante al ser beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, le resulta aplicable la Ley 33 de 1985, pero solo en lo que respecta a la edad, el tiempo de servicio y el monto de pensión.

Arguye, que del inciso 2º del artículo 36 de la ley 100, se puede colegir las prerrogativas que se salvaguardaron del régimen anterior para los beneficiarios del régimen de transición, dentro de las cuales no se encuentra lo relacionado con el cálculo del ingreso base de liquidación.

Así mismo, trajo a colación los criterios jurisprudenciales en cuanto a la interpretación del régimen de transición, en los que dice, se dispone que el IBL no es un elemento que se haya salvaguardado para los beneficiarios de la transición, por lo cual, el cálculo de los mismos debe hacerse según las disposiciones normativas contempladas en la Ley 100 de 1993 y demás normas que la complementan, que para el presente caso, es el Decreto 1158 de 1994, el cual señala expresamente, cuáles son los factores salariales que se deben tener en cuenta, al momento de calcular el ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición.

Por otro lado considera, que no es viable la condena en costas y agencias en derecho, ya que las mismas carecen de supuestos fácticos, por lo cual solicita sean revocadas.

⁶ Folios 101 - 105 del cuaderno de primera instancia.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 29 de octubre de 2018⁷, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 6 de junio de 2018.
- Posteriormente, a través de auto de 6 de diciembre de 2018⁸, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.
- La **entidad demandada -UGPP**⁹, alegó en esta instancia procesal, reiterando la posición expuesta dentro del presente asunto.

Así mismo, puso de presente la posición rectificadora del Consejo de Estado en sentencia de fecha 28 de agosto de 2018¹⁰, referente al ingreso base de liquidación de las personas beneficiarias del régimen de transición pensional, en donde, dicha Corporación manifestó, que el beneficio de la transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aplica solo respecta a los elementos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, entendido éste como la tasa porcentual de reemplazo.

Así mismo, insistió en que los factores salariales que debían incluirse en la base de liquidación debían ser aquellos que se enlistaban taxativamente en el Decreto 1158 de 1994, es decir, aquellos sobre los cuales existía certeza respecto de los aportes con destino a cotizaciones, como lo había dicho reiteradamente la Corte Constitucional y en la actualidad, la postura unificada del Consejo de Estado.

-. El **Agente del Ministerio Público**¹¹ delegado ante este Tribunal, emite concepto de fondo, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, en razón a que conforme a la actual postura del Consejo de

⁷ Folio 4 del cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folio 18 del cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folios 22 - 25 del cuaderno de segunda instancia.

¹⁰ Proferida dentro del proceso radicado No. 52001-23-33-000-2012-00143-01.

¹¹ Folios 26 – 33 del cuaderno de segunda instancia.

Estado, los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición, son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Por lo tanto, expuso, que la entidad demandada no desconoció los derechos de la accionante, al no reliquidarle su pensión de vejez de la manera como lo pretendió y en consecuencia, la entidad accionada, solo estaba obligada a reconocer y liquidar la prestación a la accionante, teniendo en cuenta los siguientes requisitos y condiciones: 20 años de servicios, 55 años de edad, una tasa de reemplazo del 75% con un IBL liquidado conforme lo determinó la decisión unificada del Consejo de Estado, pero solo sobre los factores salariales sobre los cuales se realizaron aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Problema Jurídico.

Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, considera la Sala, que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar:

¿Tiene derecho la demandante a la reliquidación de su pensión de vejez, teniendo en cuenta los factores salariales devengados durante el último año de servicio?

2.3. Análisis de la Sala.

2.3.1. El régimen de transición pensional previsto en la Ley 100 de 1993.

Antes de la expedición de la Constitución de 1991 y de la Ley 100 de 1993, el Estado colombiano no contaba con un sistema integral de pensiones, sino que coexistían múltiples regímenes, administrados por distintas entidades de seguridad social. Para ilustrar, en el sector oficial, el reconocimiento y pago de las pensiones de los servidores públicos correspondía en general a CAJANAL y a las cajas de las entidades territoriales, aun cuando también existían otras entidades oficiales, encargadas de ese manejo para determinados sectores de empleados, como los miembros de la Fuerza Pública, los docentes y los congresistas.

A su vez, el reconocimiento y pago de las pensiones de los trabajadores privados era responsabilidad directa de ciertos empresarios, ya que la jubilación, conforme a la legislación laboral, en especial según las Leyes 6 de 1945¹² y 65 de 1946¹³ y el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, era una prestación especial, únicamente, para ciertos empleados que hubieren laborado, en principio, como mínimo 20 años para la misma compañía¹⁴. Por otra parte, en algunos casos y para determinados sectores económicos, la normatividad laboral admitió que se constituyeran cajas de previsión privadas, como, por ejemplo, CAXDAC¹⁵. Por último, sólo a partir de 1967, el Instituto de Seguros Sociales empezó a asumir el reconocimiento y pago de las pensiones de los empleados del sector privado, a pesar de haber sido establecido con la Ley 90 de 1946¹⁶.

¹² "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo".

¹³ "Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras".

¹⁴ Sobre el particular, es importante mencionar que con el fin de proteger a los trabajadores que llevaban un largo tiempo laborado para una misma empresa, pero que no cumplían 20 años de servicio, se establecieron prestaciones como la pensión sanción y la pensión restringida de jubilación contempladas en la Ley 171 de 1961, "Por la cual se reforma la ley 77 de 1959 y se dictan otras disposiciones sobre pensiones."

¹⁵ Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC (Asociación Colombiana de Aviadores Civiles)

¹⁶ "Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales".

Así pues, puede señalarse, que coexistían dos grandes modelos de seguridad social en pensiones y varios sistemas que se enmarcaban dentro de aquellos, los cuales funcionaban independientemente, con lógicas distintas y tenían formas de financiación propias. Ciertamente, un primer modelo se caracterizaba por la obligación del empleador de garantizar el riesgo de vejez de sus trabajadores, a través del reconocimiento de una pensión de jubilación, siempre y cuando se acreditara un determinado tiempo de servicio y el segundo, se basó en un sistema de aportes en el cual, se debían realizar cotizaciones de manera exclusiva a una administradora pública o privada, que reconocería una mesada periódica al momento de cumplirse con cierta edad y número específico de contribuciones.

Posteriormente, en desarrollo de los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad que rigen la seguridad social acogidos por el Constituyente de 1991, el Legislador, con la expedición de la Ley 100 de 1993, *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dicta otras disposiciones”*, pretendió superar la desarticulación entre los distintos modelos y regímenes pensionales, mediante la creación de un sistema integral y general de pensiones, que permite la acumulación de tiempos y semanas trabajadas, y genera relaciones recíprocas entre las distintas entidades administradoras de pensiones, con los fines de aumentar su eficiencia ejecutiva y de ampliar su cobertura.

Con tales propósitos, se implementaron nuevos requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, se establecieron reglas sobre el cálculo de semanas de cotización y se creó un régimen de transición, consecuente con las garantías y derechos de aquellas personas, próximas a adquirir la prestación social en comento. En torno a este último aspecto, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ofreció a los afiliados que se encontraban próximos a la consolidación de su derecho pensional, beneficios que implicaban el efecto ultractivo de los requisitos de edad, monto y número de semanas o tiempo de servicio del régimen al cual estaban vinculados, al momento de la entrada en vigencia del nuevo sistema general de pensiones.

Al efecto, el artículo 36 de la norma referenciada estipuló lo siguiente:

“Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres”.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. ~~Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos”.~~

Como se observa, dicho artículo permite el efecto en el tiempo, de normas anteriores a la entrada en vigencia de la nueva normatividad, en aras de hacer efectivo el respeto a derechos consolidados (Corte Constitucional. Sentencia T-168 de 2009 M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto), con la aclaración que para el sector público territorial, el Sistema General de Pensiones, entró en vigencia el 30 de junio de 1995.

En cuanto a los regímenes de transición, la Honorable Corte Constitucional, ha señalado¹⁷:

¹⁷ Sentencia T-105 de 2012, con ponencia del Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

“El régimen laboral de transición consiste en el cumplimiento de condicionamientos que se establecen en una nueva ley, que modifica situaciones pre existentes, con el fin de proteger derechos adquiridos o en vía de adquisición, que de no haber sido promulgada la nueva ley, se verían beneficiados por la normatividad anterior, que resulta más favorable.

Respecto al régimen de transición en materia pensional concretamente, la Corte señaló en sentencia T-235 de 2002:

“La sustitución de una norma por otra exige la necesidad de un régimen de transición. La existencia de normas transitorias es indispensable en la legislación sobre seguridad social en pensiones porque hay derechos en vía de adquisición.

Se trata de un derecho ex - lege porque nace de una norma que expresamente lo establece y que señala criterios razonables para gozar de la excepcionalidad.

Una vez entre en vigencia la norma que establece el régimen transitorio, las personas que reúnen los requisitos para adquirirlo consolidan una situación jurídica concreta que no puede ser menoscabada. Es además un auténtico derecho subjetivo que le da a su titular el derecho a que se le reconozca la prestación en las condiciones establecidas en la normatividad anterior y a acudir ante la jurisdicción en caso de incumplimiento.”

En materia de pensiones este régimen se encuentra reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual determina que se aplicará a las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones tuvieran 35 o más años de edad si son mujeres; 40 o más años de edad si son hombres; o 15 o más años de servicios cotizados, utilizándose para estos efectos el régimen anterior en cuanto a requisitos de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y monto de la pensión” (Resaltado fuera de texto).

Ahora bien, en lo que respecta a la norma de transición, para el caso de empleados públicos, una de las disposiciones aplicables, es la Ley 33 de 1985, que exige, para acceder a la pensión de vejez, 55 años de edad y 20 años de servicios, estableciendo un monto pensional equivalente al 75% del ingreso base de liquidación y otra, es la de aquellos empleados que venían afiliados al I. S. S.

Sobre el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, de los servidores públicos cobijados por el régimen de transición pensional, previsto en la Ley 100 de 1993, que hayan laborado en una entidad estatal afiliada al I.S.S., se cita la sentencia fechada 6 de octubre de 2011¹⁸, proferida por el Honorable Consejo de Estado, en la que se precisó:

“En este punto es dable precisar que antes de la Ley 100 de 1993 quien tenía la obligación de reconocer y de pagar la pensión de jubilación a los servidores públicos era la entidad de previsión a la que estaba afiliado el servidor o en su defecto, la última entidad pública empleadora (Decreto 1848 de 1969, artículo 75).

La regla general descrita anteriormente, tiene una variación en el caso de las entidades públicas que estuvieron afiliadas y sus servidores cotizaron durante su vinculación al Instituto de Seguros Sociales. Esta situación se presentó principalmente con los trabajadores oficiales de algunas empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta que tuvieron esa posibilidad en virtud de la legislación del Seguro Social.

En estos, casos se registra una situación compleja, pues tales trabajadores cuando son sujetos del régimen de transición, son sujetos potenciales de dos regímenes de transición: el del sector público y el del Seguro Social. Y surge la duda acerca de cuál es la entidad que debe reconocer la pensión respectiva.

Si se considera que el régimen de transición aplicable es el del Instituto de Seguros Sociales, procedería a dar aplicación al régimen del ISS anterior a la Ley 100 de 1993, es decir el reglamento de pensiones del Seguro Social establecido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990. En este caso la pensión la concedería el ISS, cuando los trabajadores cumplan 60 años de edad y acrediten un mínimo de 1000 semanas cotizadas.

En cambio, si se considera que el régimen de transición aplicable es el del sector público, procedería dar aplicación a la Ley 33 de 1985.

Así las cosas, en virtud del principio de favorabilidad se le debe aplicar el régimen de transición del sector público; y quien debe reconocer y en principio realizar el pago de la pensión de

¹⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “B”. Rad.: 13001-23-10-000-2003-02154-01 (0599-11). Actor: Raúl Antonio Ospino Vizcaíno, Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje SENA. C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

jubilación es la última entidad empleadora, por cuando el ISS no puede entenderse como caja de previsión.

No obstante, se debe subrayar que la pensión no queda indefinidamente a cargo de la entidad pública, pues al cumplirse los requisitos de pensión de seguro social, el trabajador debe reclamar su pensión a esa entidad de seguridad social y la entidad empleadora queda subrogada, correspondiéndole únicamente el mayor valor, si lo hubiere entre las dos pensiones”.

Anotándose, que tal principio de favorabilidad, a su vez, implica considerar el quantum pensional, a efectos de no vulnerar la condición más favorable del trabajador, siempre y cuando, claro está, se hayan probado los factores salariales que harían la diferencia.

2.3.2. El Ingreso base de Liquidación de la Pensión de jubilación, de los empleados del sector público, beneficiarios del Régimen de Transición - factores salariales de liquidación - Interpretación Jurisprudencial.

Anteriormente, la sub regla de orden jurisprudencial, que había hecho carrera, era que todos aquellos factores o conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, debían ser considerados al momento de calcular el Ingreso Base de Liquidación (IBL), ya que respondían al criterio de que era el pago percibido por un trabajo, bajo el concepto de salario; excluyéndose así la taxatividad, que imperaba en ciertos fallos judiciales sobre el tema.

Sin embargo, la anterior postura fue modificada por la nueva línea jurisprudencial de las altas Cortes, en las que se interpreta que la liquidación del Ingreso Base de Liquidación (IBL), debe atender a lo dispuesto en el régimen general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993 y los factores salariales que se deben incluir en el IBL, son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Así, se ha dicho, que para las personas beneficiarias del régimen de transición aplica la norma anterior, en cuanto a la edad, tiempo de servicio

o número de semanas cotizadas y el “**monto**” de la pensión, excluyéndose el ingreso base de liquidación.

En relación con el **concepto de monto**, la Honorable Corte Constitucional ha identificado dos acepciones, una en el marco de los regímenes especiales y otra, como beneficio del régimen de transición. En efecto, la **Sentencia T-060 de 2016**¹⁹, reiteró que *“en cuanto a la primera, está concebida como el resultado de aplicar el porcentaje o tasa de reemplazo al promedio de liquidación del respectivo régimen; y la segunda como un privilegio legal para aquellos próximos a adquirir el derecho, pero que por razón de no haberlo consolidado, serían destinatarios de unas reglas específicas y propias de la pensión causada en vigencia de la transición, a través de las disposiciones contenidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (...)”*.

Específicamente, como lo reseñó tal Tribunal en la **Sentencia T-078 de 2014**²⁰, los incisos segundo y tercero del mencionado artículo 36, fijan las siguientes reglas en relación con el concepto de monto, aplicables para el reconocimiento de las pensiones que se pretendan causar en virtud del régimen de transición:

*“... de: (i) liquidar la pensión con base en el tiempo restante o (ii) con el promedio de toda la vida laboral si fuere “**Inciso segundo**”²¹- establece (i) los requisitos para acceder al régimen de transición - 40 años hombre / 35 mujer ó 15 años de tiempo de servicio-; (ii) los beneficios antes mencionados -edad, monto, y semanas o tiempo de servicio- y (iii) dispone que las demás condiciones y beneficios serán los de la Ley General de Pensiones.*

Inciso tercero²²- regula la forma de promediar el ingreso base de liquidación de aquellos beneficiarios del régimen de transición que

¹⁹ M.P. Alejandro Linares Cantillo.

²⁰ M.P. Mauricio González Cuervo.

²¹ Artículo 36, inciso 2º de la Ley 100 de 1993: “La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley”

²² Artículo 36, inciso 3º de la Ley 100 de 1993: “El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años

están a menos de 10 años de consolidar el derecho, los cuales cuentan con la posibilidad superior. No obstante, no mencionó a los afiliados que estando dentro del régimen de transición les faltare más de 10 años para acceder al derecho pensional, por lo que se entiende que se rige por la ley general, es decir, el artículo 21 de la Ley 100/93”.

Sobre el particular, la Corte en cita, en la **Sentencia C-258 de 2013**²³, al estudiar la constitucionalidad de la expresión “durante el último año” contenida en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, fijó una interpretación clara de la aplicabilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo relacionado con el cálculo del ingreso base de liquidación de las pensiones de las personas que fueran beneficiarias del régimen de transición. En concreto, sostuvo:

“La Sala recuerda que el propósito original del Legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como se desprende del texto de la disposición y de los antecedentes legislativos, fue crear un régimen de transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas. Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo. El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36. Hecha esta aclaración, la Sala considera que no hay una razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de Ingreso Base de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad”.

Así las cosas, en aquella oportunidad se resolvió declarar inexecutable la expresión cuestionada y condicionó la constitucionalidad del resto del precepto normativo, según las siguientes conclusiones:

para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE (...).”

²³ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

“En vista de que (i) no permitir la aplicación ultractiva de las reglas de IBL de los regímenes pensionales vigentes antes de la Ley 100 fue el propósito original del Legislador; (ii) por medio del artículo 21 y del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100, el Legislador buscó unificar las reglas de IBL en el régimen de prima media; (iii) ese propósito de unificación coincide con los objetivos perseguidos por el Acto Legislativo 01 de 2005, específicamente con los de crear reglas uniformes que eliminen privilegios injustificados y permitan diseñar mecanismos que aseguren la sostenibilidad del sistema -de ahí que la reforma mencione expresamente el artículo 36 de la Ley 100- la Sala considera que en este caso el vacío que dejará la declaración de inexecutable de la expresión “durante el último año” debe ser llenado acudiendo a las reglas generales previstas en las dos disposiciones de la Ley 100 referidas”.

En síntesis, en la **Sentencia C-258 de 2013**, se consideró que el cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas previstas en las normas especiales que anteceden al régimen de transición, **constituye la concesión de una ventaja que no previó el legislador al expedir la Ley 100 de 1993**, en la medida que el beneficio otorgado consiste en la aplicación ultractiva, de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación.

Ahora bien, el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho²⁴ de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, tan Alto Tribunal ha aclarado que cuando, para estos efectos, se utilizan los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley, no

²⁴ En la Sentencia C-258 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, se consideró que “en términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue”.

se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que resulta contraria a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación.

Posteriormente la **Sentencia SU-230 de 2015** la Honorable Corte Constitucional señaló, que la Sentencia C-258 de 2013 no solo “fijó unos parámetros determinados para el régimen especial dispuesto en la Ley 4^ª de 1992”, sino que además, “estableció una interpretación sobre la aplicación del IBL a los regímenes especiales sujetos a la transición del artículo 36 [de] la Ley 100”²⁵.

A su vez mencionó la **Sentencia T-078 de 2014**, en la que se expuso que “la Sala Plena de la Corte en la Sentencia C-258 de 2013, estableció que el régimen de transición consiste en un beneficio de quienes hacen parte de regímenes especiales que consiste en la aplicación ultractiva de los requisitos de aquellos pero sólo los relacionados a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, y no el ingreso base de liquidación –IBL”²⁶.

Concluyó entonces la Sala Plena de la Corte Constitucional en la **Sentencia SU-230 de 2015**, que “de esa forma, la Sala Plena [...] reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 establecida en la sentencia C-258 de 2013, fallo en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido de que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos”²⁷.

²⁵ Sentencia SU-230 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.6.2.

²⁶ Sentencia SU-230 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.6.3.2.

²⁷ Sentencia SU-230 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.6.4.

En resumen, conforme a la posición de la Corte Constitucional, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas, con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste, en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho.

Ahora, el Honorable Consejo de Estado había manifestado un criterio que disiente de la regla jurisprudencial fijada en las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 sobre el IBL en el régimen de transición, en el sentido, de que para las personas beneficiarias del régimen de transición, aplicaba íntegramente la norma anterior, en cuanto a la edad, el tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión y que la palabra “monto”, dispuesta en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no estaba haciendo alusión, únicamente, al porcentaje contemplado en el régimen anterior, sino a los factores a tener en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación y aducen la necesidad²⁸.

No obstante, la anterior postura fue modificada por el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en reciente Sentencia de Unificación de fecha 28 de agosto de 2018²⁹, en la que fijó la **Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición**, así:

“92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

²⁸ Este criterio se expresa en sentencias de la Sección Segunda del Consejo de Estado como las del 24 de junio de 2015, Radicado No. 25000-23-25-000-2011-00709-01; 17 de julio de 2013, Radicado No. 25000-23-25-000-2010-00898-01; 26 de julio de 2012, Radicado No. 25000-23-25-000-2009-00174-01; 15 de marzo de 2012, Radicado No. 25000-23-25-000-2008-00863-01.

²⁹ Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01. Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. En Liquidación. C.P. César Palomino Cortés.

“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes **subreglas**:

94. **La primera subregla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989³⁰. **Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**

(...)

96. **La segunda subregla** es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los

³⁰ Ley 100 de 1993. “Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]”.

que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y **solidaridad**, en los términos que establezca la Ley”. El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como “[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”.

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, **solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.**

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas **de cotización**. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomaren cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema".

Tal como se advierte, la Sala Plena del Consejo de Estado cambió las reglas para liquidar la pensión de las personas cobijadas por el régimen de transición, señalando para tal efecto, que el periodo para liquidar las pensiones es: **i)** Si faltare menos de diez años para adquirir el derecho a la pensión, el IBL será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello o el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior; y **ii)** Si faltare más de diez años, el IBL será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión. En ambos caso, el IBL, será actualizado anualmente con base en la variación del índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Así mismo, establece que los factores salariales a incluir en el IBL son únicamente aquellos, sobre los cuales se hayan efectuado aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

2.4. Caso concreto.

En el *sub lite* se encuentra demostrado de conformidad con el acervo probatorio que reposa en el expediente, los siguientes supuestos fácticos relevantes:

-. La señora ALICIA ISABEL MURILLO DÍAZ, nació el 2 de julio de 1944³¹.

-. Mediante **Resolución PAP 006002 de julio 6 de 2010**³², la extinta Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL - le reconoció a la señora ALICIA ISABEL MURILLO DÍAZ, pensión de jubilación en cuantía de \$496.900.00, efectiva a partir del 1º de julio de 2009.

La liquidación pensional, se efectuó con el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 10 años, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y sentencia 168 (sic) del 20 de abril de 1995 de la Corte Constitucional, entre el 1º de julio de 1999 y el 30 de junio de 2009.

Se tomaron como factores salariales, *la asignación básica y la bonificación por servicios prestados*.

-. La demandante acudió en sede judicial, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la anterior resolución; y en consecuencia, solicitó se ordenara a la UGPP le reliquidara su pensión de vejez, teniendo en cuenta para su cálculo todos los factores devengados en el último año de servicio anterior a la adquisición de estatus de pensionada.

-. El A-quo, accedió a las pretensiones de la demanda y ordenó reliquidar la pensión vitalicia de jubilación de la señora ALICIA ISABEL MURILLO DÍAZ, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio, como lo son: *asignación básica, prima de antigüedad, prima técnica, prima de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios, prima de servicios, prima vacacional y prima de navidad*. Ello en atención a la posición que para la fecha y sobre la materia, mantenía el Consejo de Estado.

³¹ Conforme se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía, visible a folio 15 del cuaderno de primera instancia.

³² Folios 6 – 16 del cuaderno de primera instancia.

Atendiendo al anterior recuento probatorio y al análisis de las demás pruebas obrantes en el plenario, esta Sala considera que la decisión de primera instancia debe ser **revocada**, en atención a las siguientes consideraciones:

La señora ALICIA ISABEL MURILLO DÍAZ, nació el 2 de julio de 1944³³ y prestó sus servicios como Auxiliar de Servicios Generales en la Escuela Normal de Señoritas de Sincelejo y en la Institución Educativa Madre Amalia, desde el 27 de enero de 1989 al 8 de julio de 2009³⁴, devengado en su último año de servicio, además del *sueldo básico mensual y la bonificación por servicios prestados*, los siguientes factores salariales: **prima de antigüedad, prima técnica, prima de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, prima vacacional, prima de navidad y bonificación especial por recreación**³⁵.

Del anterior recuento probatorio, se demuestra, que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, la señora ALICIA ISABEL MURILLO DÍAZ contaba con más de 35 años de edad (49 años), por lo que en virtud del art. 36 de la Ley 100 de 1993, puede predicarse que se encontraba en régimen de transición, por ende, podía aplicarse el contenido de la Ley 33 de 1985.

Así mismo, como quedó antes visto, a la actora le fue reconocida una pensión, por haber cumplido status jurídico de pensionada el 26 de enero de 2009, fecha en la que cumplió los veinte años de servicios.

Ahora bien, como quiera que la controversia radica en establecer los factores salariales a tener en cuenta, a efectos de la reliquidación pretendida, es menester reiterar, como bien se deja sentado en el marco normativo, que las pretensiones formuladas no resultan procedentes, en virtud de que para tal efecto, la interpretación adecuada del art. 36 de la

³³ Conforme se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía, visible a folio 15 del cuaderno de primera instancia.

³⁴ Según aparece en el acto administrativo de retiro de la demandante, obrante en el CD de antecedentes administrativos. Cfr. folio 65, archivo "7 Acto administrativo de retiro del servicio oficial – Causante".

³⁵ Certificado de salario, obrante a folio 13 del cuaderno de primera instancia.

ley 100 de 1993, conlleva a que los factores salariales a considerar, son los que se señalan a partir de la mencionada Ley 100 de 1993, concretamente, los determinados en el art. 1º del Decreto 1158 de 1994, por demás conteste con la Ley 62 de 1985³⁶, si se reclama la aplicación de la Ley 33 de 1985, el que a la letra dice:

"ARTICULO 1o. El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así:

"Base de Cotización". El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados;..."*

En virtud de lo anterior, este Tribunal acoge lo expuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en la Sentencia T – 39 de 2018 y Sentencia de Unificación de fecha 28 de agosto de 2018, respectivamente y en las cuales, se desvirtúan de manera clara y precisa los argumentos que anteriormente habían servido de base para ordenar la reliquidación pensional prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que a su vez implica, que se cierra el paso para retomarlos o esgrimirlos, pues, ya fueron consideradas por las Altas Corporaciones, tal como quedó visto en el marco

³⁶ **"Artículo 1º.** Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes".

normativo indicado³⁷. La anterior postura, indiscutiblemente conlleva a que las pretensiones de la demanda en los términos solicitados por la actora, deban ser despachadas desfavorablemente; *máxime*, cuando se advierte que la entidad demandada en los actos acusados, aplicó la postura actual de las altas Cortes, respecto al periodo para calcular el IBL y la normatividad aplicable sobre factores salariales en materia de liquidación pensional, advirtiéndose que los factores salariales de *prima de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, prima vacacional y prima de navidad*, no se encuentran en el listado taxativo de la norma citada – Decreto 1158 de 1994.

Así mismo, se anota, que para el caso de la demandante la *prima de antigüedad*, no debe ser incluida en el cálculo de la base de liquidación pensional, pues, dicha erogación, prevista para los empleados del Departamento de Sucre, fue extinguida del ordenamiento jurídico y por tanto, no puede invocarse para efectos de reliquidación pensional.

En efecto, la fuente normativa que dio origen a dicha prestación (Decreto 208 de 1981), fue declarada nula por este Tribunal Administrativo mediante sentencia de 25 de septiembre de 2013, proferida en el proceso de Simple Nulidad radicado 70-001-23-31-000-2012-00150-00³⁸, de suerte que estando excluido del ordenamiento jurídico, no es factible considerar este emolumento para el cómputo de la cuantía pensional.

Se precisa, que la declaratoria judicial de la nulidad de los actos administrativos, tiene efectos retroactivos, es decir, se aplican, como si el acto, cuya nulidad se decretó, no hubiera existido; siendo ello así, resulta imposible, usar para el efecto, la teoría de los derechos adquiridos, pues, en tal circunstancia, se carecería de un título jurídico, que sirva de soporte a la adquisición del derecho.

³⁷ Véase que la sentencia del Consejo de Estado, del 28 de agosto de este año, dejó sentado que sus efectos aplican solo para las pensiones que están próximas a liquidarse o aquellas frente a las cuales están en curso demandas.

³⁸ Demandante: Raúl Vergara Alvis. Demandado: Decreto 208 de 1981 y Decreto 402 de 1988.

Y en punto de la prima de antigüedad pagada a empleados del orden nacional, si ese fuera su estatus, debe hacerse la siguiente aclaración, en tanto, el Decreto 1158 de 1994 exige que dicha prima, junto con la ascensional y de capacitación sean factor salarial, entendiéndose que si no lo son, no pueden entenderse como parte de la lista en mención.

La prima de antigüedad, se contempló inicialmente en el Decreto 540 de 1977 y posteriormente, en el Decreto 1042 de 1978, en el artículo 49, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 49.- De los incrementos de salario por antigüedad. Las personas que a la fecha de expedición de este decreto estén recibiendo asignaciones correspondientes a la 3a. o 4a. columna salarial del Decreto 540 de 1977, por razón de los incrementos de antigüedad establecidos en disposiciones legales anteriores, continuarán recibiendo, hasta la fecha en la cual se produzca su retiro del respectivo organismo, la diferencia entre sueldo básico fijado para su empleo en la segunda columna de dicho decreto y el de la tercera o cuarta columna, según el caso.

Los incrementos salariales de que trata este artículo no se perderán cuando los funcionarios cambien de empleo dentro del mismo organismo, tratase de nuevo nombramiento, ascenso, traslado o encargo.

El retiro de un organismo oficial no implicará la pérdida de los incrementos salariales por antigüedad cuando el respectivo funcionario se vincule, sin solución de continuidad, a cualquiera de las entidades enumeradas en el artículo 1o. del presente Decreto.

Para efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles.

Los funcionarios que perciban incrementos de remuneración por concepto de antigüedad deberán manifestar esta circunstancia al hacer su solicitud de empleo en otra entidad oficial”.

De ahí que, la Prima de antigüedad contemplada en el Decreto 540 de 1977 y recogida en el Decreto 1042 de 1978, sólo la conservan los empleados públicos que percibían las asignaciones correspondientes a las columnas tres y cuatro de la escala salarial del Decreto 540, de conformidad con el

artículo 49 del citado decreto 1042 y continuarán recibéndola, hasta la fecha en la cual se produzca su retiro del respectivo organismo.

En este orden de ideas, la prima de antigüedad quedó circunscrita a los antiguos empleados que a 7 de junio de 1978, estuvieran percibiendo asignaciones correspondientes a la tercera o cuarta columna salarial del Decreto 540 de 1977.

Ahora bien, respecto a la naturaleza de la prima de antigüedad, en sentencia del 25 de marzo de 1992, expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda, Magistrada Ponente Doctora Clara Forero de Castro, se expresó:

*"La prima de antigüedad **no es una prestación, sino que hace parte del salario**... Tanto la ley como la jurisprudencia y la doctrina han considerado siempre como **salario** la prima de antigüedad. Dicha prima de antigüedad es un incremento salarial que se origina en la permanencia del empleado en el servicio y gracias a ella la **remuneración mensual** se aumenta de acuerdo a los porcentajes establecidos, según el tiempo de esa permanencia"*
(Se subraya y resalta)

De esta forma, puede entenderse que la prima de antigüedad es un factor salarial, el cual, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 49 del Decreto 1042 de 1978 y el Decreto 540 de 1977, sólo tienen derecho quienes se hayan vinculado con anterioridad al 1º de abril de 1976, lo que no ocurre en este caso.

Sobre el tema, el Honorable Consejo de Estado ha sostenido³⁹:

"ii) Marco normativo que regula la prima de antigüedad.

La prestación reclamada por la parte demandante denominada "prima de antigüedad", fue concebida inicialmente por el Decreto 2285 de 1968 para aquél servidor público si se mantenía en el mismo cargo durante dos años. Luego, el Decreto 1912 de 1973

³⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sub sección B. Sentencia del 28 de julio de 2016. Radicado No. 08001 23 33 000 2013 00250 01. No. Interno: 2048-2014. Actora: Pierina Varela Consuera. Demandado: Universidad del Atlántico. Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho/Segunda Instancia.

mantuvo la prima bianual, pero estableció como excepción el ascenso o traslado. Más tarde los Decretos Nos. 174 y 230 de 1975, redujeron a un año el tiempo necesario y mantuvieron las excepciones anotadas.

El artículo 36 del Decreto No. 1950 de 1973 dispuso que el tiempo que durara un encargo en una responsabilidad diferente no afectaba la antigüedad. Posteriormente, el Decreto No. 540 de 1977 estableció escalas temporales; quedó limitada luego la Prima de Antigüedad a los funcionarios que a 7 de junio de 1978 estuvieran percibiendo asignaciones correspondientes a la tercera o cuarta columna salarial de las previstas en el Decreto No. 540 de 1977.

Por su parte el artículo 49 del Decreto 1042 de 1978 estableció respecto de la prima de antigüedad lo siguiente:

"Las personas que a la fecha de expedición de este decreto estén recibiendo asignaciones correspondientes a la 3a. o 4a. columna salarial del Decreto 540 de 1977, por razón de los incrementos de antigüedad establecidos en disposiciones legales anteriores, continuarán recibiendo, hasta la fecha en la cual se produzca su retiro del respectivo organismo, la diferencia entre sueldo básico fijado para su empleo en la segunda columna de dicho decreto y el de la tercera o cuarta columna, según el caso.

Los incrementos salariales de que trata este artículo no se perderán cuando los funcionarios cambien de empleo dentro del mismo organismo, tratase de nuevo nombramiento, ascenso, traslado o encargo.

El retiro de un organismo oficial no implicará la pérdida de los incrementos salariales por antigüedad cuando el respectivo funcionario se vincule, sin solución de continuidad, a cualquiera de las entidades enumeradas en el artículo 1o. del presente Decreto.

Para efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles.

Los funcionarios que perciban incrementos de remuneración por concepto de antigüedad deberán manifestar esta circunstancia al hacer su solicitud de empleo en otra entidad oficial."

Siendo así, la prima de antigüedad percibida por la demandante, no puede ser tenida como factor para efectos de la reliquidación pedida.

En lo que tiene que ver con la inclusión de la **prima técnica**, esta Sala considera, que tal factor tampoco debe tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación de la parte actora, pues, a más de no tenerse certeza sobre la clase de prima técnica que se dice percibió la demandante, a efectos de verificar si constituye salario, lo cierto es, que tal emolumento se ha entendido como *“Un reconocimiento económico para atraer o mantener al servicio del Estado a servidores o empleados altamente calificados que se requieran para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o la relación de labores de dirección o de especial responsabilidad, de acuerdo con las necesidades específicas de cada organismo. Así mismo, es un reconocimiento al óptimo desempeño en el cargo”*⁴⁰; características que no se encuentran acreditadas para el cargo desempeñado por la accionante, a quien además, no le aparece constatado tal factor, en algunos de los certificados salariales obrantes en el expediente administrativo, contradiciendo el último de aquellos, lo cual no permite tener certeza sobre su existencia y pago.

Luego, no siendo lógico que haya percibido tal factor salarial, aunado a que no existe certeza sobre su pago, la conclusión más plausible es que debe entenderse que tal factor no puede ser tenido en cuenta para efectos de reliquidación.

En ese orden de ideas, esta Sala concluye que la decisión de primera instancia, que ordenó la reliquidación pensional, debe ser revocada, conforme lo antes expuesto; procediéndose en su lugar, a negar las pretensiones de la demanda.

3. CONDENA EN COSTAS.

En relación con las costas, para este caso en particular, dadas las especiales

⁴⁰ En el caso de la prima por capacitación y evaluación de desempeño, respectivamente. Consultar Guía de Administración Pública - Prima Técnica de empleados públicos.

circunstancias en que se obtiene el fallo, la Sala acoge el criterio del Honorable Consejo de Estado contenido en la sentencia del 18 de julio de 2018, C. P. Dr.: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00689-01(3300-14), Actor: ISABEL VEGA BELTRÁN, Demandado: MUNICIPIO DE RIONEGRO (SANTANDER), Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en la cual se dijo:

“Esta Subsección en providencia con ponencia del suscrito ponente⁴¹ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA; en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «subjetivo» –CCA- a uno «objetivo valorativo» –CPACA-.

b) Se concluye que es «objetivo» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de «valorativo» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y

⁴¹ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

como lo indica el CGP⁴², previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia*".

Por tanto y en ese hilo argumentativo, en el presente caso, al tratarse de un pensionado que fue vencido en juicio, a raíz de un cambio sustancial en la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, respecto a la interpretación sobre los factores que deben tenerse en cuenta para liquidar su pensión, que se presenta con posterioridad a la radicación de la demanda y en desarrollo del trámite procesal, aunado a que las actuaciones adelantadas por la parte accionante, son las que normalmente se esperan al interior de un proceso, la Sala se abstendrá de imponer costas.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia adiada 6 de junio de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, de conformidad con las razones señaladas en la parte motiva de esta decisión. En consecuencia, se dispone: "**NEGAR** las pretensiones de la demanda".

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas de primera instancia a la parte demandante, conforme lo anotado.

⁴² «**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE
Aprobada en sesión de la fecha, Acta No. 0085/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA