



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintisiete (27) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-004-2017-00221-01
DEMANDANTE: JORGE LUÍS GUERRERO LOZANO
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 23 de mayo 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:

El señor **JORGE LUÍS GUERRERO LOZANO**, 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 de las Resoluciones Nos. PAP 44904 del 23 de marzo de 2011; 10957 del 6 de marzo de 2013; RDP 020540 del 6 de mayo de 2013 y RDP 022696 del 20 de mayo de 2013.

¹ Folios 1 – 2 del cuaderno de primera instancia.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita el demandante se ordene a la UGPP, actualice el IBC del año 2001 y le pague la pensión con la totalidad de los factores salariales devengados.

Así mismo, pide que se indexe la primera mesada pensional y se condene al pago de los intereses moratorios.

También pide, que se ordene a la entidad demandada, le pague las diferencias surgidas por la reliquidación pensional; haciéndose los respectivos reajustes de valor conforme al índice de precios al consumidor.

1.2.- Hechos²:

El señor Jorge Luís Guerrero Lozano, laboró en la Registraduría Nacional del Estado Civil - Delegación Departamental de Sucre, desde el 7 de febrero de 1977, hasta el 31 de diciembre de 2001. El último cargo desempeñado, fue el de Registrador Municipal 4035-16.

El señor Guerrero Lozano, devengó como salario básico para el año 2001 la suma de \$1.072.713.00, además de los factores salariales de *subsidio de alimentación, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad*, lo cual, ascendía el valor de lo devengado a la suma de \$1.900.000.00. Y para el año 2009, la suma a devengar sería de \$3.000.000.00, que multiplicados por el 75%, dice el demandante, arrojaba una mesada pensional de \$2.100.000.00.

La extinta Caja Nacional de Previsión Social "CAJANAL", mediante Resolución No. PAP 44904 del 23 de marzo de 2011, le reconoció al señor Jorge Luís Guerrero Lozano, una pensión de vejez en cuantía de \$1.254.083.00, a partir del 27 de enero de 2009.

² Folios 2 - 3 del cuaderno de primera instancia.

El demandante, mediante petición radicada en la entidad accionada el día 19 de noviembre de 2012, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión, con el 75% de todos los factores salariales, indexación de la primera mesada y demás derechos que le asistían.

La UGPP, mediante Resolución No. 1095 del 6 de marzo de 2013, negó la reliquidación de la pensión de vejez. Contra dicho acto se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, pero fueron resueltos negativamente mediante Resoluciones Nos. RDP 020540 del 6 de mayo de 2013 y RDP 022696 del 20 de mayo de 2013, respectivamente.

Como soporte jurídico de sus pretensiones, alegó como violadas las siguientes normas³: Constitución Política: artículos 13, 53, 58. Ley 100 de 1993: artículos 2, 13, 14, 29, 36, 45, 53, 141, 150, 272, 288 y 333; C.S.T. artículo 21; Ley 4ª de 1992: artículo 2; Decreto 1045 de 1978: artículo 45; Acuerdo 026 de 1986; Ley 700 de 2001: artículo 4; Ley 734: artículo 27; Ley 962 de 2005: artículo 14.

En el **concepto de violación**, adujo la parte accionante, que en su caso se debió aplicar el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, por serle más favorable y beneficioso; y para establecer el ingreso base de su pensión, debían aplicarse en su integridad las normas de la Ley 33 de 1985, en concordancia con los factores salariales previstos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, los cuales eran más favorables que los establecidos en la Ley 100 de 1993 y el Decreto Reglamentario 1158 de 1994.

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 no era procedente reliquidar la pensión de vejez del accionante con aplicación integral de la Ley 33 de 1985, porque dicha

³ Folios 3 - 4 del cuaderno de primera instancia.

⁴ Folios 144 - 151 del cuaderno de primera instancia.

prestación fue adquirida en plena vigencia de la Ley 100 de 1993 y su liquidación, se realizó de acuerdo a lo establecido en el artículo 36 de esta última normatividad, por ser beneficiario del régimen de transición.

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 cuanto a los factores salariales a tener en cuenta para el correspondiente cálculo, expuso, que se debía tener en cuenta lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 1158 de 1994.

Propuso las siguientes excepciones de mérito: Indebida interpretación de la norma, artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que consagra el régimen de transición; inexistencia de la obligación; legalidad de los actos administrativos demandados; inexistencia de fundamento legal que ampare lo pedido; y prescripción trienal.

1.4. Sentencia impugnada⁵.

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de mayo 23 de 2018, proferida en audiencia inicial, declaró probada la excepción de improcedencia de intereses moratorios sobre condenas de reliquidación pensional; parcialmente probada la excepción de prescripción; y no probadas, las demás excepciones propuestas por la entidad demandada.

A su vez, declaró la nulidad de los actos acusados y en consecuencia, ordenó a la UGPP reliquidar la pensión del señor Jorge Luís Guerrero Lozano, 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 alimentación, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.*

⁵ Folio 212 reverso - 218 del cuaderno de primera instancia.

Así mismo, ordenó a la UGPP a reconocer y pagar las diferencias causadas entre las mesadas pagadas y las reliquidadas, a partir del 6 de julio de 2013, ordenando realizar los descuentos por aportes, correspondientes a aquellos factores que no hubieren sido objeto de deducción legal.

Negó, las demás súplicas de la demanda.

Como fundamento de su decisión, estimó el A-quo, que jurisprudencialmente se había dicho que la indexación de la primera mesada pensional se producía, cuando el derecho a la pensión era adquirido con posterioridad al retiro del servicio, motivo por el cual, a la hora de liquidar la pensión se hacía necesario actualizar dicha base, trayéndola al valor real de la fecha en la cual se iba a efectuar el reconocimiento del derecho, pues, de lo contrario, no correspondería al valor real del salario con base en cual se liquidaba tal asignación pensional.

Indicó, que en el presente caso, la situación del demandante era distinta a la antes planteada, toda vez que, si bien obtuvo el derecho con posterioridad al retiro del servicio, al momento de hacerse el reconocimiento se hizo con aplicación del IPC, en cada uno de los años tomados para liquidar - 1992 a 2008 -, atendiendo a la fecha de adquisición del status. Y de ahí en adelante, se le harían a las mesadas reconocidas los ajustes correspondientes al aumento del IPC del año anterior, tal como lo establecía el artículo 2º de la resolución de reconocimiento, de manera que los valores allí indicados fueron traídos a tiempo presente.

Así, señaló que la primera mesada pensional del actor no sufrió pérdida del poder adquisitivo de la moneda, sino que los valores reconocidos fueron traídos a tiempo presente, en cada uno de los periodos liquidados.

En lo atinente a la reliquidación pensional, anotó, que en los actos acusados solo se tomaron como base para liquidar la pensión, la *asignación básica mensual, las horas extras y la bonificación por servicios prestados*, por lo que era evidente que no se tuvo en cuenta todos los factores que el accionante

devengó durante el año anterior al retiro definitivo del servicio, factores que aparecían dentro de la certificación de salarios expedida por el Delegado del Registrador Nacional en Sucre; encontrándose que dichos actos iban en contravía con lo dispuesto por el 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 el demandante al ser beneficiario 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.

En cuanto al ingreso base de liquidación, la entidad precisó, que se encontraba excluido de aquellos elementos que quiso el legislador salvaguardar con la transición, tal como quedó estatuido en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

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.

En tal sentido, al haberse establecido en este caso, que al día 27 de enero de 2009, cuando adquirió el estatus pensional el demandante, habían

⁶ Folios 224 – 234 del cuaderno de primera instancia.

transcurrido más de 10 años desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, al momento de efectuar la liquidación respectiva la entidad debía calcular el IBL, promediando lo devengado por la parte actora, durante los 10 últimos años de servicios, con base en los factores salariales estipulados por el art. 1° del Decreto 1158 de 1994, tal como efectivamente lo hizo CAJANAL.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 25 de septiembre de 2018⁷, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 23 de mayo 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 **parte demandante**⁹, alegó en esta instancia procesal, manifestando que la entidad accionada no actualizó el ingreso base de cotización para el año 2009, no indexó la primera mesada pensional, reconoció la pensión de vejez sin incluir todos los factores salariales que devengaba y no ha pagado los intereses moratorios causados desde el 27 de enero de 2009.

Sostuvo, que no presentó recurso de apelación contra la sentencia por diferentes razones, entre ellas, por la avanzada edad del demandante, su mal estado económico y la imposibilidad de estar viajando de Cartagena a Sincelejo, por los gastos, el tiempo y los viáticos. Lo anterior, con el fin que la entidad pagara pronto la condena, esto es, en seis (6) meses.

Refiere la parte actora, que está dispuesta a conciliar y propone, que acepta el pago de la condena en el 95%.

⁷ Folio 4 del cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folio 8 del cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folios 12 - 13 del cuaderno de segunda instancia.

- La **entidad demandada** -UGPP-¹⁰, alegó en esta instancia procesal, reiterando la posición expuesta dentro del presente asunto.

Así mismo, puso de presente la posición rectificada del Consejo de Estado en sentencia de fecha 28 de agosto de 2018¹¹, 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, solo aplica respecto 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**, no emitió concepto en esta oportunidad.

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:

¹⁰ Folios 15 - 18 del cuaderno de segunda instancia.

¹¹ Proferida dentro del proceso radicado No. 52001-23-33-000-2012-00143-01.

¿Tiene derecho la parte demandante a la reliquidación de su pensión de vejez, teniendo en cuenta los factores salariales devengados durante el último año de servicio?¹²

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 1945¹³ y 65 de 1946¹⁴ y el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, era una prestación especial, únicamente, para ciertos empleados que hubieran laborado, en principio, como mínimo 20 años para la misma compañía¹⁵. Por otra parte, en algunos casos y para determinados sectores

¹² La Sala, atiende el presente asunto en segunda instancia, bajo los estrictos términos de lo que fue efectivamente apelado (art. 320 y 328 del C. G. del P. en concordancia con el art. 306 del CPACA), en este caso, por la parte demandada, sin tener en cuenta lo afirmado por el demandante en sus alegatos de conclusión de segunda instancia y bajo el entendido que lo ahí reclamado y no apelado, fue decidido por la primera instancia, lo que impide retomar el tema nuevamente, al no haberse planteado recurso alguno.

¹³ *"Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo"*.

¹⁴ *"Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras"*.

¹⁵ 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

económicos, la normatividad laboral admitió que se constituyeran cajas de previsión privadas, como, por ejemplo, CAXDAC¹⁶. 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 1946¹⁷.

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.

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."*

¹⁶ Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC (Asociación Colombiana de Aviadores Civiles)

¹⁷ *"Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales"*.

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 señalado¹⁸:

“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

¹⁸ Sentencia T-105 de 2012, con ponencia del Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

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 2011¹⁹, 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

¹⁹ 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.

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 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**²⁰, 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**²¹, 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**”²²”*

²⁰ M.P. Alejandro Linares Cantillo.

²¹ M.P. Mauricio González Cuervo.

²² 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*

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 tercero²³- regula la forma de promediar el ingreso base de liquidación de aquellos beneficiarios del régimen de transición que 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**²⁴, 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

(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”

²³ Artículo 36, inciso 3° 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 para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera 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 (...)”.

²⁴ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

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:

“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 petitionario, 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 derecho²⁵ de quien se aprovecha de la interpretación de las

²⁵ 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

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 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^[9] 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*"²⁶.

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*"²⁷.

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*

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".

²⁶ Sentencia SU-230 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.6.2.

²⁷ Sentencia SU-230 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.6.3.2.

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”²⁸.

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 necesidad²⁹.

²⁸ Sentencia SU-230 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.6.4.

²⁹ 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.

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 2018³⁰, 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:

“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 hiciera 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

³⁰ 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.

1989³¹. **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 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 sea dicióna 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

³¹ 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 [...]”.

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:

-. Mediante **Resolución No. PAP 44904 del 23 de marzo de 2011**³², la extinta Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL - le reconoció al señor Jorge Luís Guerrero Lozano, pensión de jubilación en cuantía de \$1.254.083,38, efectiva a partir del 27 de enero de 2009. Condicionada al retiro definitivo del servicio para el disfrute de la pensión.

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 1 de enero de 1992 y el 30 de diciembre de 2001.

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

-. Mediante **Resolución No. 10957 del 6 de marzo de 2013**³³, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional "UGPP", negó la reliquidación pensional solicitada por el demandante, en consideración a que ya le había sido aplicado el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y no podía aplicarse en su totalidad la Ley 33 y 62 de 1985. Además, le fueron incluidos en su liquidación los factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994, sin que

³² Folios 39 – 43, y archivo No. 2702 del Cd contentivo de los antecedentes administrativos - folio 142 del cuaderno de primera instancia.

³³ Folios 54 - 56, y archivo No. 2701 del Cd contentivo de los antecedentes administrativos - folio 142 del cuaderno de primera instancia.

fuera posible incluirle todos los devengados y certificados durante el último año de servicio.

Que tampoco era procedente la solicitud de indexación de la primera mesada pensional, toda vez, que los IPC de los años 2001 a 2008 fueron debidamente aplicados.

-. Contra el anterior acto administrativo se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación; sin embargo, fue confirmada mediante **Resoluciones Nos. RDP 020540 del 6 de mayo de 2013³⁴ y RDP 022696 del 20 de mayo de 2013³⁵.**

-. El demandante acudió en sede judicial, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de las anteriores resoluciones y en consecuencia, solicitó se ordenara a la UGPP a indexar la primera mesada pensional; pagar la pensión con la totalidad de los factores salariales devengados; y pagar los intereses moratorios.

-. El A-quo, solo ordenó reliquidar la pensión del señor Jorge Luís Guerrero Lozano, 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 alimentación, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad*. Ello en atención a la posición que para la fecha y sobre la materia, mantenía el Consejo de Estado, negando las demás pretensiones.

-. La *entidad demandada* recurre la anterior decisión, argumentando que el demandante al ser beneficiario 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.

³⁴ Folios 60 - 62, y archivo No. 2701 del Cd contentivo de los antecedentes administrativos - folio 142 del cuaderno de primera instancia.

³⁵ Folios 63 - 65, y archivo No. 2701 del Cd contentivo de los antecedentes administrativos - folio 142 del cuaderno de primera instancia.

En cuanto al ingreso base de liquidación, precisa, que se encuentra excluido de aquellos elementos que quiso el legislador salvaguardar con la transición, por lo cual, su cálculo 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 IBL de los beneficiarios del régimen de transición.

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:

El señor JORGE LUÍS GUERRERO LOZANO, nació el 27 de enero de 1954³⁶ y prestó sus servicios como Registrador Municipal desde el 7 de febrero de 1977, al 31 de diciembre de 2001³⁷, devengado en su último año de servicio, además del sueldo básico mensual, horas extras y la bonificación por servicios prestados, los siguientes factores salariales: **prima de alimentación, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad**³⁸.

Del anterior recuento probatorio, se demuestra, que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, el señor Jorge Luís Guerrero Lozano contaba con 40 años de edad y más de 15 años de servicios, 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.

³⁶ Conforme se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía, visible a folio 20 y archivo No. 4 del Cd contentivo de los antecedentes administrativos - folio 142 del cuaderno de primera instancia.

³⁷ Según certificado visible a folio 21 del cuaderno de primera instancia.

³⁸ Certificados de salarios, obrante a folio 38 del cuaderno de primera instancia.

Así mismo, como quedó antes visto, al actor le fue reconocida una pensión de vejez por haber cumplido status jurídico de pensionado el 27 de enero de 2009, fecha en la que cumplió la edad de 55 años.

Ahora bien, frente a 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 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 1985³⁹, si se reclama la aplicación de la Ley 33 de 1985⁴⁰, 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;...”*

³⁹ **“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”.

⁴⁰ No pasa por alto la Sala, que en la demanda, el actor señala haber cotizado al ISS, lo que daría lugar a pensar en la posibilidad de otro régimen pensional (Acuerdo 049 de 1990); empero, la propuesta inserta en la demanda, conlleva a que el análisis respectivo se centre en lo que dice la presente decisión.

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 normativo indicado⁴¹.

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*, *prima de servicios*, *prima de vacaciones* y *prima de navidad*, no se encuentran en el listado taxativo de la norma citada – Decreto 1158 de 1994.

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 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

⁴¹ 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.

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 ponente⁴² 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 como lo indica el CGP⁴³, 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

⁴² 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.

⁴³ **«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: [...].»

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, para ambas instancias.

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 23 de mayo 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 y segunda instancia a la parte demandante, conforme lo anotado.

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. 0091/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA