



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, ocho (8) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-23-33-003-2017-00227-01
DEMANDANTE:	AMAYDE ESTHER VERBEL ALQUERQUE
DEMANDADO:	UNIDAD 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 demandante, contra la sentencia adiada 10 de octubre de 2018, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se negaron las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1. Pretensiones¹:

La señora **AMAYDE ESTHER VERBEL ALQUERQUE**, 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 objeto que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 08034 del 23 de marzo de 2007, por medio de la cual, se reconoce una pensión de vejez; y de la Resolución No. 12385 del

¹ Folios 3 y 29 del cuaderno de primera instancia.

25 de marzo de 2009, por medio de la cual, se reliquida la pensión de vejez.

Como consecuencia de lo anterior, solicita la accionante, a título de restablecimiento del derecho, que se ordene a la entidad demandada a reliquidar su pensión de vejez, equivalente a un 75% del salario, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Así mismo, solicita el pago de retroactivo del reajuste pensional causado desde el 1º de febrero de 2015 y de la indexación respectiva.

1.2.- Hechos de la demanda²:

Manifiesta la demandante que se desempeñó como Auxiliar de Enfermería en el Hospital Regional de Sincelejo, desde el 2 de septiembre de 1977, hasta el 13 de septiembre de 2007, fecha esta última en que fue retirada mediante Resolución No. 02194.

Señala, que mediante Resolución No. 08034 del 23 de marzo de 2007, le fue reconocida una pensión de vejez, la cual fue liquidada conforme a la Ley 100 de 1993, calculándose el ingreso base de liquidación con el promedio salarial de los últimos diez (10) años.

Indica, que contra la anterior decisión interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, en consideración a que la liquidación de su pensión se debió realizar con base en el 75%, de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, pues, su régimen aplicable es el contemplado en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

² Folios 1 - 2 del cuaderno de primera instancia.

Expresa, que mediante Resolución No. 12385 del 25 de marzo de 2009, se reliquidó la pensión de vejez, pero sin tener en cuenta todos los factores salariales en el cálculo del IBL.

Como **soportes jurídicos de su pretensión**³, aduce los siguientes: preámbulo y artículos 6, 13, 54 y 230 de la Constitución Política de Colombia; artículo 36 de la ley 100 de 1993; artículo 1º de la Ley 33 de 1985; y artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

En el **concepto de violación**⁴, señala la demandante, que la liquidación de su pensión no fue realizada en debida forma con base en la Ley 33 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978, normatividad que le es aplicable dada su situación jurídica; además, que la jurisprudencia ha determinado que quien pretenda tal reconocimiento pensional debe probar un tiempo de servicio determinado y realizar labores de servicio público, aspectos fácticos que quedaron demostrados con los actos administrativos aportados.

Aduce, que el desconocimiento de las situaciones consolidadas por parte de la entidad demandada, representa una violación directa a la dignidad humana y al principio pro homine, establecidos por la norma superior y por los tratados de derechos humanos.

1.3. Contestación de la demanda⁵.

La **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales “UGPP”**, a través de apoderado judicial, contesta la demanda, oponiéndose a sus pretensiones, toda vez que considera que el actor no le asiste el derecho a la reliquidación pensional, pues, a los beneficiarios de la transición no se les aplica el régimen anterior de forma integral, sino que solo se le tienen en cuenta ciertos elementos, tales como la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión.

³ Folio 4 del cuaderno de primera instancia.

⁴ Folios 4 - 5 del cuaderno de primera instancia.

⁵ Folios 100 - 115 del cuaderno de primera instancia.

En cuanto a los factores salariales, señala, que se debe aplicar lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994, texto legal que incorporó a los servidores públicos al actual sistema general de pensiones.

Propuso como excepciones de mérito las siguientes: i) indebida interpretación de la norma, artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que consagra el régimen de transición; ii) inexistencia de la obligación - imposibilidad de reliquidar la pensión de la actora con base en factores salariales distintos de los estipulados en el Decreto 1158 de 1994; y iii) buena fe.

1.4. Sentencia impugnada⁶.

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de octubre 10 de 2018, negó las súplicas de la demanda, en consideración a que a la demandante no le asiste derecho a que le sea liquidada su pensión de jubilación conforme al último salario devengado, de conformidad con la Ley 33 de 1985, puesto que el ingreso base de liquidación no hace parte del beneficio de la transición pensional, regulada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, considerando la interpretación y alcance constitucional de la Honorable Corte Constitucional y el Consejo de Estado⁷.

1.5.- El recurso⁸.

La parte demandante apela la decisión de primer grado, a fin de que sea revisada y revocada en esta instancia, en razón a que la misma fue fundamentada en sentencias de unificación proferidas por las altas Cortes, empero, no se valoró en debida forma la interpretación dada por el Consejo de Estado que establece como condición más beneficiosa, lo establecido por la Ley 33 de 1985.

⁶ Folios 132 - 143 del cuaderno de primera instancia.

⁷ Sentencia SU del 28 de agosto de 2018; radicado No. 52001-23-33-000-2012-00143-01. C. P.: César Palomino Cortes.

⁸ Folios 147 - 149 del cuaderno de primera instancia.

Así mismo, argumenta, que el A-quo en el momento de analizar la teoría de los derechos adquiridos establece formalismos inocuos, esto es, el reconocimiento expreso a través de acto administrativo de las prestaciones económicas, las cuales ya están reconocidas por el Decreto 1045 de 1978, art. 58, 59 y 60, lo cual ha sido afirmado por el Consejo de Estado en relación a la teoría de los derechos adquiridos; luego entonces, al estar la prima de servicios reconocida en el citado decreto, no es viable afirmar que para que sea declarada como factor, ello dependa de que la administración haya manifestado su pago en un documento.

Por último, reitera lo expuesto en el concepto de violación inserto en la demanda.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 29 de enero de 2019⁹, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 10 de octubre de 2018.
- Posteriormente, a través de auto de 2 de abril de 2019¹⁰, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.
- La **entidad demandada** -UGPP-¹¹, alegó en esta instancia procesal, reiterando la posición expuesta en primera instancia.

Así mismo, puso de presente la posición rectificada del Consejo de Estado en sentencia de fecha 28 de agosto de 2018¹², 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

⁹ Folio 4 del cuaderno de segunda instancia.

¹⁰ Folio 8 del cuaderno de segunda instancia.

¹¹ Folios 13 - 16 del cuaderno de segunda instancia.

¹² Proferida dentro del proceso radicado No. 52001-23-33-000-2012-00143-01.

respecto a los elementos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, entendido éste como la tasa porcentual de reemplazo.

-. La **parte demandante** no alegó en esta instancia procesal y el Agente del **Ministerio Público**, no conceptuó en esta oportunidad.

II.- CONSIDERACIONES

2.1.- Competencia.

El Tribunal es competente, para conocer en Primera Instancia, de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 152 numeral 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad, que invalide lo actuado.

2.2.- Problema Jurídico.

Vistos los extremos de la litis, para esta Sala, el problema jurídico es: ¿La señora **AMAYDE ESTHER VERBEL ALQUERQUE**, tiene derecho a que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, le reliquide su pensión de vejez, teniendo en cuenta todos 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.

La Ley 100 de 1993, *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dicta otras disposiciones”*, creó un régimen de transición, consecuente con las garantías y derechos de aquellas personas, próximas a adquirir una pensión. Así, el artículo 36 de dicha normatividad, 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.

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 señalado¹³:

“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.

¹³ Sentencia T-105 de 2012, con ponencia del Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

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 2011¹⁴, 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

¹⁴ 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**¹⁵, 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**¹⁶, 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**”¹⁷- 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.

¹⁵ M.P. Alejandro Linares Cantillo.

¹⁶ M.P. Mauricio González Cuervo.

¹⁷ 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”

Inciso tercero¹⁸- 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”.

La Corte en cita, en la **Sentencia C-258 de 2013**¹⁹, 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 derecho²⁰ 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,

¹⁸ 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 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 (...)”.

¹⁹ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁰ 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”.

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^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”²¹.

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”²².

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”²³.

²¹ Sentencia SU-230 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.6.2.

²² Sentencia SU-230 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.6.3.2.

²³ 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 necesidad²⁴.

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 2018²⁵, en la que fijó la **Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición**, así:

²⁴ 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.

²⁵ 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.

“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 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 1989²⁶. **Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**

(...)

²⁶ 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 [...]”.

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 1º 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 modifica 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 AMAYDE ESTHER VERBEL ALQUERQUE, nació el 24 de junio de 1951²⁷.

-. Mediante Resolución No. 08034 de 23 de marzo de 2007²⁸, la extinta Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL - le reconoció a la señora AMAYDE ESTHER VERBEL ALQUERQUE, pensión de vejez en cuantía de \$887.136,35 efectiva a partir del 24 de junio de 2006. Prestación, condicionada al retiro definitivo del servicio.

-. Por Resolución No. 02194 de 13 de septiembre de 2007²⁹, el Gerente del Hospital Regional de Sincelejo, aceptó la renuncia de la señora AMAYDE ESTHER VERBEL ALQUERQUE, en el cargo de Auxiliar de Enfermería, a partir del 31 de diciembre de 2007.

-. A través de Resolución No. 12385 de 25 de marzo de 2009³⁰, la extinta CAJANAL, reliquidó la pensión de la señora AMAYDE ESTHER VERBEL ALQUERQUE, por retiro definitivo del servicio, elevando la cuantía de la misma a la suma de \$952.625.98, efectiva a partir del 1º de enero de 2008.

La liquidación pensional, se efectuó con el 75%, del promedio de lo devengado entre el 01 de enero de 1998, hasta el 30 de diciembre de 2007, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

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

-. La demandante acudió en sede judicial, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de los citados actos administrativos de reconocimiento y reliquidación pensional; y en consecuencia, solicitó se

²⁷ Conforme se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía – archivo No. 3 del expediente administrativo, obrante a folio 42 del cuaderno de primera instancia.

²⁸ Folios 14 - 17 del Cuaderno de primera instancia, y archivo No. 10 del expediente administrativo.

²⁹ Archivo No. 14 del expediente administrativo.

³⁰ Folios 18 - 22 del Cuaderno de primera instancia, y archivo No. 16 del expediente administrativo.

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.

-. El A-quo, niega las pretensiones de la demanda en atención a que a la demandante no le asiste derecho a que le sea liquidada su pensión conforme al último salario devengado, de conformidad con la Ley 33 de 1985, puesto que el ingreso base de liquidación no hace parte del beneficio de la transición pensional, regulada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, considerando la interpretación y alcance constitucional de la Honorable Corte Constitucional y el Consejo de Estado³¹.

Atendiendo al anterior recuento probatorio y procesal, esta Sala considera que la decisión de primera instancia debe ser **confirmada**, en atención a las siguientes consideraciones:

La señora AMAYDE ESTHER VERBEL ALQUERQUE, nació el nació el 24 de junio de 1951 y prestó sus servicios al Hospital Regional II Nivel de Sincelejo, en el Cargo de Auxiliar de Enfermería, desde el 3 de agosto de 1977, hasta el 31 de diciembre de 2007, devengado en su último año de servicio, los siguientes factores salariales: **asignación básica, prima de servicios, prima de navidad, auxilio de alimentación, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, domingos y festivos**³².

Del anterior recuento probatorio, se demuestra, que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 para el sector público territorial (30 de junio de 1995), la señora AMAYDE ESTHER VERBEL ALQUERQUE contaba con más de 35 años de edad (44 años) 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.

³¹ Sentencia SU del 28 de agosto de 2018; radicado No. 52001-23-33-000-2012-00143-01. C. P.: César Palomino Cortes.

³² Certificados de salarios, obrante en el archivo No. 14 del expediente administrativo.

Así mismo, como quedó antes visto, a la demandante le fue reconocida una pensión, por haber cumplido status jurídico de pensionada el 24 de junio de 2006, fecha en la que cumplió los 55 años de edad.

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 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 1985³³, 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;..."*

³³ **"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".

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 indicado³⁴.

La anterior postura, indiscutiblemente conlleva a que las pretensiones de la demanda en los términos solicitados por el actor, 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 servicios*, *prima de navidad*, *auxilio de alimentación* y *prima de vacaciones*, 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 negó la reliquidación pensional, debe ser confirmada, conforme lo antes expuesto.

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 VEGA BELTRÁN, Demandado: MUNICIPIO DE RIONEGRO (SANTANDER), Medio de

³⁴ 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.

control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en la cual se dijo:

“Esta Subsección en providencia con ponencia del suscrito ponente³⁵ 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 CGP³⁶, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

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

³⁵ 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.

³⁶ **«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: [...]»

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.

Vale anotar, que lo dicho solo aplica a la segunda instancia, pues, la condena en costas dispuesta por el a quo, no fue objeto de apelación.

DECISIÓN

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: CONFIRMAR la sentencia adiada 10 de octubre de 2018, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, de conformidad con las razones señaladas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas de 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. 0159/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA