

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA
MAGISTRADA PONENTE DRA. BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS**

Neiva, quince (15) de mayo de dos mil veinte (2020)

Ref. Expediente	:	41 001 33 33 001-2015-00148-01
Demandante	:	SANTIAGO ALARCÓN MORATO
Demandado	:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Asunto	:	RELIQUIDACIÓN PENSIÓN – FACTORES SALARIALES
Acta	:	26

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA**

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2019 dentro del proceso de la referencia, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva, que negó las pretensiones de la demanda.

CUESTIÓN PREVIA

1. Prelación de Fallo

Observa la Sala que, el artículo 18 de la Ley 446 de 1998 impone a los jueces la obligación de proferir sentencias en el orden en que cada uno de los procesos que se han venido tramitando haya pasado al despacho para tal efecto, sin que pueda alterarse tal mandato, salvo en los casos en los que se profiera sentencia anticipada, en los que exista prelación legal o, atendiendo a la naturaleza del asunto. Así se observa en la citada norma:

*“(...) ARTICULO 18. ORDEN PARA PROFERIR SENTENCIAS. Es obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal. Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden **también podrá modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos** o a solicitud del agente del Ministerio Público en atención a su importancia jurídica y trascendencia social. (...)”*

En el presente caso, el objeto de debate se circunscribe a la procedencia de la reliquidación de la pensión de vejez que devenga el demandante, con el 75% del promedio de todos lo devengado durante su último año de servicios, así como el pago de las diferencias resultantes de la reliquidación solicitada.

Al respecto se advierte que actualmente existen a cargo de la Sala una gran cantidad de procesos que versan sobre el mismo asunto, además, actualmente existe una sentencia de unificación jurisprudencial de la Sección Segunda del Consejo de Estado aplicable al caso, en consecuencia, atendiendo a la naturaleza del asunto y con el fin de evacuar de manera uniforme las controversias a las que se ha hecho referencia, esta Sala, con fundamento en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998 y en lo dispuesto por la Sala Plena de esta Corporación en Acuerdo No. 003 del 21 de agosto de 2018, se encuentra habilitada para resolver el presente asunto de manera anticipada.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

El señor Santiago Alarcón Morato, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo del 138 CPACA, presentó demanda contra la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, con el fin que se acceda a las siguientes pretensiones¹:

¹ Folios 3 a 5

*"1. Que se declare la nulidad parcial del acto administrativo **No. 055514 del 25 de noviembre del año 2008 proferido por Instituto de Seguro Social**, por la cual se concedió la pensión de vejez al señor Santiago Alarcón Morato.*

*2. Que se declare la nulidad parcial del acto administrativo **No. 020230 de 13 del mes Mayo del año 2009 proferido por el Instituto de Seguro Social**, por medio de la cual se **modifica la resolución 055514** del 25 de noviembre de 2008 por acreditarse el retiro del sistema general de seguridad social.*

*3. Que se declare la nulidad parcial del acto administrativo **No. 031024 de 15 de julio del año 2009 proferido por el Instituto de Seguro Social**, por la cual es **modificada la resolución 020230** del 13 de mayo de 2009, mediante la cual es incluido en nómina de pensionados.*

*4. Que se declare la **nulidad del acto presunto negativo** bajo el No. 2014-9412207 radicado el día 10 de Noviembre del año 2014, en razón a que la demandada dentro del término legal no ha dado ninguna respuesta.*

5. Que se ordene a la entidad demandada pagar a favor del demandante, la diferencia de las mesadas ya causadas entre la fecha del retiro del servicio oficial del demandante, esto es, primero (1) de Diciembre de 2008 hasta la fecha que se dé cumplimiento de la sentencia que así lo ordene.

6. Que se condene a la entidad demandada a dar cumplimiento al fallo condenatorio en su contra, dentro del término previsto en el artículo 195 de la ley 1437 de 2011, o en su defecto pagar a favor de mi mandante, los intereses comerciales y moratorios, conforme lo ordena el mencionado artículo del C.P.A.

7. Como tales diferencias no han sido pagadas oportunamente por la parte accionada, solicito se condene a ésta al pago de la indexación que existe por haber transcurrido un tiempo a través del cual el valor que debería haberse cancelado no tiene en el momento de su pago el mismo costo que tenía cuando debía ser solicitada dicha obligación, es decir, se efectúen los ajustes de valor en los términos del artículo 178 del citado código".

1.2. Hechos²

Las anteriores pretensiones se sustentan en los siguientes supuestos fácticos:

1.2.1. El señor Santiago Alarcón Morato laboró por más de 20 años en entidades públicas, esto es, tenía la calidad de servidor público.

1.2.2. El señor Santiago Alarcón Morato prestó servicios laborales a entidades públicas como lo indica la resolución No. 055514 del 25 de noviembre del año 2008, la última entidad donde estuvo vinculado fue el Instituto de Seguro

² Folio 30

Social que, debido a la escisión de esta, pasó a laborar finalmente en la ESE Policarpa Salavarrieta.

1.2.3. Mediante resolución 055514 de 25 de noviembre de 2008 el Instituto de Seguro Social le concedió la pensión de vejez, indicando que dicha prestación estaba supeditada al retiro del servicio en cuantía de \$790.214.00 mensual.

1.2.4. Con resolución 020230, del 13 de mayo de 2009, se modificó la resolución 055514 de 25 de noviembre de 2009, asignando un valor mensual de pensión para el año 2008 de \$789.578.00.

1.2.5. Nuevamente, mediante resolución 031024 del 15 de Julio de 2009, el Instituto de Seguro Social modificó la resolución No. 020230 del 13 de mayo de 2009, asignándole un valor de pensión para diciembre del año 2008 por la suma de \$758.578.00

1.2.6. El Instituto de Seguro Social **no incluyó en la liquidación de la pensión, todos los factores salariales**, haciendo caso omiso a la condición más beneficiosa a que tenía derecho por ser beneficiario del régimen de transición de la ley 100 de 1993.

1.2.7. Según las resoluciones mencionadas la prestación fue liquidada en un porcentaje del **75% aplicando la ley 71 de 1988**.

1.2.8. El señor Santiago Alarcón Morato hizo la reclamación a Colpensiones el **10 de noviembre de 2014, pidiendo la reliquidación de la pensión incluyendo todos los factores salariales y el incremento del IPC**.

1.2.9. A la fecha de presentaron de la demanda, no se había dado contestado a la petición, por lo tanto, operó el silencio administrativo negativo, que se está demandando.

1.3. Fundamentos de Derecho³

³ Folios 7 a 13

El apoderado de la parte actora citó como normas violadas los artículos 13, 48, 53 y 83 de la Constitución Política, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, los artículos 36 y 288 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Indicó que hace parte del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por cuanto a 1º de abril de 1994 contaba con más de 15 años de servicios y más de 40 años de edad, al ser beneficiario de este régimen, la liquidación de la mesada debió realizarse con todos factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, posición que ha sido avalada por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, dentro de la cual se indicó que las sumas que el servidor público recibió habitual y periódicamente en el último año de servicio constituyen salario base de liquidación.

Citó jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado con el fin de indicar la postura que mantienen estos órganos jurisdiccionales sobre la temática de los ingresos que constituyen salario, de tal manera menciona además que el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo establece que el salario está integrado por todas las cantidades que se originen en la relación laboral y que constituyen remuneración, esto es: primas, vacaciones, cesantías, horas extras entre otros.

Adujó que, la Administradora Colombiana de Pensiones, reconoce que el demandante se encuentra cobijado en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pero la entidad al expedir sus actos administrativos viola directamente la ley sustancial por cuanto realiza una interpretación errónea del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 concretamente al inciso 2º y 3º, vulnerando de esta manera el principio de inescindibilidad de la ley.

Concluyó que los actos administrativos expedidos por la entidad son creados con falsa motivación y por ende inválidos, generándose con ello la

configuración de la causal de nulidad establecida en el artículo 138 concordante con el artículo 137 del C.P.A.C.A.

II. TRÁMITE PROCESAL

2.1. Radicación, admisión y notificación de la demanda

La demanda fue radicada el 16 de marzo de 2015, correspondiéndole por reparto al Juzgado Primero Administrativo de Neiva (fl. 23, C. principal), el cual la admitió por auto de 29 de abril de 2015 (fl. 33 y 34)

El 16 de junio de 2015, se llevó a cabo la notificación personal a la dirección electrónica de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, del Ministerio Público y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, como se hizo constar a folio 41

2.2.- Contestación

2.2.1. La Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES (fls. 48 a 54), **se opuso a las pretensiones** de la demanda al considerar que no existe respaldo en la realidad de los hechos, habida consideración que no se estructuran los supuestos facticos ni legales para la prosperidad de la reliquidación de la pensión.

Luego de citar los artículos 1º de la Ley 33 de 1985, artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la sentencia C 258 de 2013, señaló que se ha interpretado de manera incorrecta el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Explicó que según la Corte Constitucional, el régimen de transición se aplica únicamente para los criterios de edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, sin que el IBL haga parte de dicho régimen.

Citó la sentencia SU 230 de 2015, haciendo alusión específicamente a que en dicha providencia la Corte Constitucional reiteró que de aplicarse el régimen de

transición al IBL se vulneraría el derecho a la igualdad, la equidad y la solidaridad, pues sobre esta medida solo se beneficiaría a algunos usuarios perjudicando los derechos de los demás afiliados.

Argumentó que la entidad liquidó en debida forma la mesada pensional del demandante en tanto aplicó lo preceptuado por el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994, según el cual para la determinación del ingreso base de liquidación de la pensión, se tendrá en cuenta, la asignación básica mensual, los gastos de representación, la prima técnica cuando sea factor de salario, las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario, la remuneración por trabajo dominical o festivo, la remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna y la bonificación por servicios prestados.

El apoderado de la entidad accionada presentó como excepciones de mérito las denominadas *"Inepta demanda por falta de actuación administrativa relativa a los recursos previstos en la ley, como requisito de procedibilidad para demandar actor de carácter particular"*, *"inexistencia del derecho reclamado por cuanto los factores salariales reclamados no cuentan con respaldo constitucional"*, *"Prescripción"*, *"ausencia de lesividad de los actos administrativos, no hay lugar al cobro de intereses moratorios y/o cobro de indexación"*.

En consecuencia, solicitó denegar las pretensiones de la demanda.

2.2.- Audiencia inicial

A través de providencia de 26 de septiembre de 2016 (fl. 59), el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva dispuso fijar como fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, el día 22 de noviembre de 2016 a las 2:30 p.m.

A folios 62 a 65, obra copia del acta de la audiencia inicial, advirtiendo de la existencia de la excepción denominada *"inepta demanda por falta de actuación"*.

administrativa relativa a los recursos previstos en la ley, como requisito de procedibilidad para demandar actor de carácter particular”, el A quo, decretó la práctica probatoria para poder resolver dicha exceptiva y fijó fecha para continuar la audiencia inicial para el 16 de enero de 2018, en donde se declaró probada la excepción de inepta demanda por no determinar todos los actos administrativos a demandar.

Contra dicha decisión se interpuso recurso de apelación ante este Tribunal, el cual en decisión de fecha 16 de mayo de 2019, declaró la nulidad de la audiencia inicial en la que se declaró probada la excepción de inepta demanda y ordenó devolver el expediente para que reanude la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA (fl. 4 a 12 C. Apelación Auto).

Con providencia del 27 de junio de 2019, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Neiva, dispuso obedecer y cumplir lo ordenado por el superior y fijó fecha para continuar con el trámite de la audiencia inicial el 14 de agosto de 2019, en el trámite de la diligencia se fijó el litigio a partir de los presupuestos fácticos de la demanda y su contestación, delimitando el problema jurídico en los siguientes términos:

"¿Si el demandante, tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación, teniendo como base los salarios percibidos el último año de servicios, a partir del 1 de diciembre de 2008?"

Posteriormente, se dispuso tener como pruebas los documentos allegados con la demanda y la contestación, además, se denegaron las pruebas solicitadas por las partes considerando que los documentos obrantes en el expediente eran suficientes para resolver el problema jurídico planteado.

En firme la anterior decisión, el A quo, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 182 del C.P.A.C.A., decidió prescindir de la audiencia de pruebas y, procedió a conceder el uso de la palabra a los apoderados de las partes, para que expusieran sus alegatos de conclusión y finalmente informo que el sentido del fallo sería desfavorable.

2.4.- Alegatos de conclusión de primera instancia

2.4.1. El apoderado de la *parte actora* presentó alegatos de conclusión sustentando con jurisprudencia de la Corte Constitucional, Consejo de Estado y el principio de favorabilidad establecido en el artículo 53 constitucional.

Señala que la jurisprudencia de la Corte Constitucional con el paso del tiempo ha sido pacífica en la temática del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, además de ello que este órgano jurisdiccional contempla como uno de los baluartes en un Estado Social de Derecho el principio de favorabilidad "*indubio pro operario*" que frente al régimen de transición de la Ley 100 de 1993 debe ser aplicado.

En cuanto a las interpretaciones del Consejo de Estado respecto de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, menciona que la tendencia jurisprudencial es la de aplicar íntegramente la normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, respecto a la edad, semanas de cotización, monto o cuantía y el ingreso base de cotización, que frente a la Ley 33 de 1985 sería el 75% de los factores salariales devengados en el último año de servicio.

2.4.2. El apoderado de la *Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES* alegó de conclusión citando jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado relacionada con el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, ratifica los argumentos mencionados en la contestación de la demanda frente a la jurisprudencia contenida en las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016 y SU-395 de 2017, que insta a la aplicación integral de la ley anterior, pues el actor se encuentra cobijado con el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

2.5.- Sentencia de primera instancia

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Neiva, profirió sentencia de primera instancia el 18 de marzo de 2019⁴, en cuya parte resolutive, se dispuso lo siguiente:

⁴ Folios 99 a 103

"PRIMERO: DECLARAR probada la excepción **inexistencia del derecho reclamado por cuanto los factores salariales reclamados no cuentan con respaldo constitucional**, propuesta por la entidad demandada, por lo expuestos en las consideraciones de este fallo.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las demás exceptivas de mérito propuestas por el apoderado de la entidad demandada.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con las anteriores consideraciones.

CUARTO NO CONDENAR en costas a la parte demandante, por las razones expuestas en precedencia.

QUINTO: ARCHÍVESE el proceso una vez ejecutoriado el fallo y desanotado del sistema de radicación".

Como fundamento de su decisión el A quo señaló que frente a los factores de liquidación, la entidad demandada, basada en las disposiciones de la Ley 71 de 1988, tuvo en cuenta el promedio de lo devengado o cotizado, inicialmente durante el tiempo que le hacía falta para tener derecho a la pensión a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, y posteriormente para reliquidar, el devengado en todo el tiempo, actualizado anualmente con el IPC, teniendo en cuenta los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de 1994.

Agrega que dicha forma de liquidar el IBL, es la indicada conforme a lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, además, en aplicación de la sentencia SU 230 de 2015 no puede el juzgado ordenar tener en cuenta otros factores sobre los cuales no exista expreso mandato legal posterior al artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Concluyó que **no le asiste obligación a la demandada de reliquidar la pensión del actor en la forma que se solicita**, pues el demandante no tiene derecho a la inclusión de todos los factores salariales que devengó en el último año de servicios, dado que la forma de liquidar el IBL es conforme lo ordena el inciso 3 del art. 36 de la Ley 100 de 1993, y de acuerdo con los lineamientos de la jurisprudencia de unificación tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, imperante y de obligatoria observación en la actualidad, razón de más para no proceder la aplicación de las directrices

jurisprudenciales trazadas por el mismo Consejo de Estado en la jurisprudencia de Unificación del 10 de agosto de 2010, por su falta de vigencia ante la nueva postura jurisprudencial como fue explicado al abordar el tópico normativo y jurisprudencial en la sentencia producto de alzada.

2.6.- Recurso de apelación

2.6.1. *La parte actora interpuso* recurso de apelación contra la sentencia, el 30 de septiembre de 2019, en donde manifestó estar en desacuerdo con la decisión tomada por el Juez Primero Administrativo Oral de Neiva, pues según lo indica, desconoció el precedente jurisprudencial sentado por el Consejo de Estado en sus sentencias de Unificación de fecha 4 de agosto de 2010, con radicado 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09) y sentencia del 25 de febrero de 2016 con número de radicación 25000-23-42-000-2013-01541-01 (4683-13).

Resaltó que el demandante acudió a la jurisdicción contenciosa antes de que se emitiera sentencia de unificación de agosto de 2018, por lo que contaba con una expectativa legítima de que le asistía el derecho a que se le reliquidara su pensión de manera íntegra, pues así se venía reconociendo en atención a la sentencia del 4 de agosto de 2010.

Reiteró que en virtud de los principios de favorabilidad, progresividad, igualdad materia y primacía de la realidad sobre las formalidades, la pensión del actor como beneficiario del régimen de transición se debe liquidar teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante su último año de servicios.

2.7.- Trámite de segunda instancia

El día 6 de noviembre de 2019 se concedió la apelación contra la sentencia de primera instancia (fl. 132).

A través de auto de 5 de diciembre de 2019⁵ se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y mediante providencia de 23 de enero de 2020⁶, se corrió traslado por el término de 10 días para alegar de conclusión.

2.8.- Alegatos de conclusión segunda instancia

2.8.1. *La parte actora*, a través de escrito radicado el 30 de enero de 2020⁷ presentó sus alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto.

2.8.2. La *Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES* guardó silencio en esta etapa procesal

2.8.3. El *Ministerio Público* no emitió concepto en esta oportunidad.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia en segunda instancia

De conformidad con el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

En el asunto de la referencia la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2019, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva.

De acuerdo con lo anterior, en el presente caso se trata de apelante único, de manera que, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, el cual resulta aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, la competencia del juez en segunda instancia se reduce al análisis de los puntos objeto del recurso.

⁵ Folio 4 cdno. Segunda Instancia.

⁶ Folio 9 cdno. Segunda Instancia.

⁷ Folios 14 y 15, C. segunda instancia.

Al respecto, el artículo 328 del Código General del Proceso preceptúa lo siguiente:

"ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones. (...)"

En efecto, tratándose de apelante único la competencia del Juez de segunda instancia se encuentra circunscrita a los motivos de la impugnación, de modo que no es dado en segunda instancia entrar a analizar la providencia recurrida en los aspectos que no fueron objeto de apelación, salvo el análisis correspondiente de los presupuestos procesales para decidir.

En este orden de ideas, la Sala advierte que en el presente caso no se encuentra reparo alguno en lo que tiene que ver con la oportunidad de la presentación de la demanda, el cumplimiento del requisito de procedibilidad y la legitimación de hecho en la causa de las partes, en consecuencia, se procederá a abordar el estudio de fondo del asunto, teniendo en cuenta los aspectos sobre los cuales recae la apelación.

3.2.- Planteamiento del caso

El señor Santiago Alarcón Morato demanda la nulidad parcial de la resolución 055514 del 25 de noviembre del año 2008, por la cual se le concedió la pensión de vejez; la resolución No. 020230 de 13 del de mayo del año 2009, por medio de la cual se modifica la resolución 055514 del 25 de noviembre de 2008 por acreditarse el retiro del servicio; la resolución 031024 de 15 de Julio del año 2009, por la cual se modificada la resolución 020230 del 13 de Mayo de 2009 y es incluido en nómina de pensionados y del acto ficto presunto negativo frente a la solicitud realizada el 10 de noviembre de 2014, expedidas por la demandada y a título de restablecimiento solicitó que se condene a la entidad a reliquidar su pensión de vejez con el promedio de todos de los factores salariales devengados durante el último año de servicios y a pagar de forma

actualizada las diferencias en las mesadas que resulten de la reliquidación pensional reclamada, además, el pago de intereses moratorios y que se condene en costas a la entidad demandada.

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva, en sentencia dictada el 30 de septiembre de 2019, negó las pretensiones por considerar que no es procedente la reliquidación de la pensión en los términos solicitados, acogiéndose a la línea jurisprudencial adoptada por el Consejo de Estado.

La parte actora interpuso recurso de apelación, solicitando revocar la sentencia de primera instancia y que, en su lugar, se acceda a las pretensiones, indicando que el precedente jurisprudencial que debe aplicarse es el que ha señalado el Consejo de Estado en sentencia del 4 de agosto de 2010, pues en virtud de dicho pronunciamiento se inicio el proceso judicial contando la demandante con una expectativa legítima de que le asistía el derecho a que su pensión se reliquidara en la forma impetrada y de manera íntegra, teniendo en cuenta la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios.

3.3.- Problema jurídico

Conforme a las precisiones hechas en precedencia, el problema jurídico en el presente caso consiste en determinar si se debe o no revocar la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva el 30 de septiembre de 2019, en tanto, negó las suplicas de la demanda para dilucidar si como lo aduce el recurrente resulta viable aplicar la línea argumentativa establecida por el Consejo de Estado en la sentencia de Unificación de 2010, que le permitía tener una expectativa legítima de la prosperidad de sus pretensiones.

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, la Sala desarrollará el siguiente orden metodológico: i) liquidación de la pensión de los beneficiarios del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a

quienes se les aplica el régimen pensional consagrado en la Ley 33 de 1985; ii) hechos probados y; iii) análisis del caso concreto.

3.5. Marco normativo y jurisprudencial aplicable

Precisado lo anterior, la Sala analizará el marco normativo y jurisprudencial aplicable para efectos de resolver el problema jurídico planteado, en torno a la procedencia de reliquidar o no la pensión del señor Santiago Alarcón Morato, con la totalidad de los factores salariales devengados durante su último año de servicios.

3.5.1. Del régimen general de pensiones de la Ley 100 de 1993 y el régimen de transición en materia pensional

A través de la Ley 100 de 1993 se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, cuyas disposiciones, en materia pensional, entraron en vigencia el 1º de abril de 1994, y a más tardar el 30 de junio de 1995 en relación con los servidores públicos del nivel territorial, como lo señala el artículo 151 de la misma norma:

"ARTÍCULO 151. VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1o. de Abril de 1.994. No obstante, el Gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente Ley, a partir de la vigencia de la misma.

PARÁGRAFO. El Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1.995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental".

El artículo 21 de esta Ley, señaló el Ingreso Base de Liquidación de las pensiones allí contempladas, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, 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, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo”.

A su vez, el Decreto 1158 de 1994, en su artículo 1º, modificó el Decreto 691 de 1994 y estableció los factores que servirían de base para las cotizaciones de los servidores públicos al sistema general de pensiones, así:

"ART. 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, y*
- g) La bonificación por servicios prestados”.*

No obstante, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció que la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión para quienes al entrar en vigencia el sistema tuvieran 35 años o más de edad si son mujeres o 40 años o más de edad si son hombres o 15 años de servicios, serían los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados, además, inciso tercero del mismo artículo dispuso que el ingreso base para liquidar las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición, que al entrar en vigencia la ley les faltare menos de diez años para adquirir el derecho, sería el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta o, el cotizado en todo el tiempo si éste fuese superior.

En efecto, la norma en mención dispuso:

"ARTÍCULO 36. 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.

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”.

Posteriormente, se expidió el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, y en su párrafo transitorio 4º estableció que el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 no se extendería más allá del 31 de Julio de 2010, excepto para quienes a la entrada en vigencia del Acto Legislativo tuviesen más de 750 semanas cotizadas, a quienes se les mantendría dicho régimen hasta el año 2014.

Ahora bien, en el caso de los empleados públicos beneficiarios del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el régimen pensional anterior que les resulta aplicable, por regla general, es el contenido en la Ley 33 de 1985, cuyo artículo 1º establece:

"ARTÍCULO 1º.- *El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”.*

Por su parte, el artículo 3º de la citada Ley 33 de 1985, modificado por el artículo primero de la Ley 62 del mismo año señaló los factores salariales que se deberían tener en cuenta para efectos de liquidar las pensiones de jubilación de los empleados públicos, así:

“Todos los empleados oficiales de una entidad afiliado 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”.

Al respecto, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en Sentencia de Unificación de 04 de agosto de 2010, proferida dentro del proceso con número de radicación 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila consideró que, en virtud de los principios de favorabilidad, de primacía de la realidad sobre las formalidades y de progresividad, las pensiones de jubilación de los beneficiarios del régimen de transición, a quienes se les aplica la Ley 33 de 1985, deben ser liquidadas con base en el 75% de todos los factores salariales devengados por el empleado durante su último año de servicios, incluyendo todas aquellas sumas que éste reciba de manera regular y periódica como retribución directa por su labor, con excepción de aquellas sumas a las que el legislador expresamente les haya restado carácter salarial. Igualmente precisó que el IBL contiene el monto de la pensión, entendido como tasa de remplazo y el promedio de los factores devengados en un tiempo determinado.

La tesis fue reiterada en sentencia de Unificación del 25 de febrero de 2016⁸, pues señaló que “*el régimen de transición no hace excepción respecto de los factores base de liquidación de la pensión ni de la forma de liquidar la misma, toda vez que como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión para sus beneficiarios es el establecido en las normas anteriores a su entrada en vigencia, entendiéndose por monto no sólo el porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje*”, por lo tanto, concluyó que el IBL deberá ser liquidado conforme a la norma anterior, además que los factores a

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación de 25 de febrero de 2016, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, expediente: 25000-23-42-000-2013-01541-01(4683-13).

incluir en la mesada son todos aquellos que se consideran salario y hayan sido devengados por el trabajador.

No obstante lo anterior, el mismo Consejo de Estado, en **sentencia de Unificación proferida el 28 de agosto de 2018** modificó su postura en torno a la interpretación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 **y a la aplicación del régimen pensional de la Ley 33 de 1985**, pues acogió la tesis establecida por la Corte Constitucional en sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, esto es, i) que el IBL no es una circunstancia sometida a transición, ii) que el monto solo hace relación a la tasa de remplazo, la cual se debe establecer en la norma anterior y iii) que la mesada pensional se debe liquidar con base en las cotizaciones realizadas.

Por lo anterior, el órgano de cierre estableció como **regla de unificación** que *"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 beneficiarios 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"*, y como **subreglas** que **i)** la liquidación de la pensión para quienes se encuentren incluidos en aquella, debe realizarse bajo las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y **ii)** 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.

Al respecto la Sala Plena del Consejo de Estado, indicó:

*"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 beneficiarios 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 1989. 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.

(...)

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 tomar en 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.

(...)." Se resalta.

Además precisó que los efectos de la sentencia de unificación se realizaría de forma **retrospectiva**, "disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables".

Teniendo en cuenta lo anterior, en relación con la liquidación de las pensiones de jubilación de los empleados públicos beneficiarios del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, debe tenerse en cuenta el criterio sentado por el Consejo de Estado en la citada sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018.

Lo anterior por el carácter vinculante de las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado como órgano de cierre de esta jurisdicción, las cuales resultan de obligatoria observancia, tanto para las autoridades administrativas como para las judiciales, de conformidad con lo señalado en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011⁹.

En consecuencia, como se indicó, esta Sala considera que las pensiones de jubilación de los empleados públicos beneficiarios del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, a quienes se les aplica el régimen pensional

⁹ "ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas".

consagrado en la Ley 33 de 1985 o Ley 71 de 1988, se deben liquidar conforme a las reglas expuestas en la citada sentencia de unificación, así:

a) En cuanto al periodo de tiempo tenido en cuenta para la liquidación:

- Si faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, a la entrada en vigencia de la Ley 100, el ingreso base de liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o 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 les faltaban más de 10 años para ese momento, el ingreso base de liquidación 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, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor.

b) En cuanto a los factores que sirven de base para liquidar la pensión:

Los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos expresamente señalados en el Decreto 1158 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, sobre los cuales se hubiesen efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

3.6.- Hechos probados

Los medios probatorios documentales obrantes en el expediente aportados en copia simple serán valorados acogiendo el criterio jurisprudencial del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹⁰, pues no fueron objeto de tacha.

¹⁰ Consejo de Estado, Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2013, proceso No. 05001-23-31-000-1996-00659-01, Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero.

Por medio de la prueba documental aportada con la demanda encuentra la Sala acreditado en lo que resulta relevante para el estudio del recurso, lo siguiente:

- El señor Santiago Alarcón Morato nació el 3 de noviembre de 1948, según se desprende del documento de identidad que reposa en el expediente administrativo (fl. 69A CD)
- Del contenido acto de reconocimiento pensional No. 055514 de 2008, se tiene que el señor Santiago Alarcón Morato acreditó las semanas necesarias para acceder a la pensión certificando tiempo de servicio al sector público no cotizado al Instituto de Seguro social, así: (i) Gobernación del Huila del periodo comprendido 7 de febrero de 1979 hasta el 13 de marzo de 1987, (ii) Contraloría Departamental del Huila desde el 13 de enero de 1989 hasta el 2 de enero de 1991, (iii) Cámara de Representantes desde el 21 de enero de 1991 hasta el 30 de octubre de 1992 (fl. 9)
- De igual forma se allegó certificación obrante a folio 20 en donde se observa que laboró a órdenes del Instituto de Seguro Social - Seccional Huila en la Clínica Federico Lleras Acosta desde el 5 de junio de 1977 hasta el 25 de junio de 2003.
- Que conforme la certificación de salarios obrante a folio 21 del expediente, se observa que para el periodo comprendido entre julio de 2003 a diciembre de 2008, último año de servicios el demandante devengó como factores salariales los siguientes: *sueldo, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y bonificación año de servicios.*
- Al señor Santiago Alarcón Morato le fue reconocida pensión de jubilación a través de la Resolución No. 55514 del 25 de noviembre de 2008 expedida por el Instituto de Seguro Social, condicionada al retiro del servicio – ISS, en donde se tuvieron en cuenta los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de

1994, esto es, asignación básica y bonificación por año de servicios (fls. 9 a 11 y CD expediente administrativo).

- Mediante la Resolución 020230 del 13 de mayo de 2009 fue modificada la Resolución No. 55514 del 25 de noviembre de 2008, en virtud al retiro del servicio del actor, a partir del 1 de diciembre de 2008. (fls. 12 y 13)

- La Resolución 020230 del 13 de mayo de 2009, fue aclarada con Resolución 031024 del 15 de julio de 2009 en cuanto al valor del retroactivo (fl. 14)

- El 10 de noviembre de 2014 el actor radicó solicitud de reliquidación de la pensión ante COLPENSIONES, indicando que no se le incluyeron todos los factores salariales, y citando para lo pertinente la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010. (fls. 16-19 C. 1), al momento de interponer la demanda el 16 de marzo de 2015, no se había resuelto la anterior petición.

- Obra a folio 69A, CD contentivo del expediente administrativo del señor Santiago Alarcón Morato, en el que se encuentran los siguientes documentos:

- Copia de parte del fallo proferido en audiencia celebrada el 13 de agosto de 2010 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso ordinario de Santiago Alarcón Morato contra el ISS radicado bajo el No. 2010-039, donde se señala:

"En los anteriores términos, siendo el actor beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con sujeción a lo normado en su inciso 3º debía determinarse el ingreso base de liquidación de la pensión que le fue reconocida, valga decir, lo cotizado por él entre el 1º de abril de 1994 fecha de entrada en vigencia de la Ley y el 3 de noviembre de 2008 fecha en que se causó el derecho por cumplir el requisito de 60 años de edad, que al ser mayor a diez años, se debe tomar todo el tiempo cotizado.

(...)

PRIMERO: CONDENAR a la demandada INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, a la reliquidación de la pensión de vejez, de conformidad con lo expuesto en esta sentencia.¹¹

¹¹ DC. fol. 69A, carpeta Zip "parte 7", archivo GEN-REQ-IN-2015_55506148-20160328010832.pdf

- Resolución GNR 78148 del 11 de marzo de 2014 en donde la entidad demandada se abstuvo de dar cumplimiento al fallo judicial proferido por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, por arrojar una mesada inferior a la que estaba devengado el actor¹².
- Resolución GNR 101220 del 11 de abril de 2016 que modificó la mesada pensional del accionante, dando aplicación al fallo judicial proferido en audiencia celebrada el 13 de agosto de 2010 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá y a la Circular BZ_2014_3076927 del 22 de abril de 2014 de la entidad que ordena dar estricto cumplimiento a los fallos judiciales. Para el efecto, procedió a reliquidar la pensión teniendo en cuenta la Ley 71 de 1988 con el promedio de lo devengado toda la vida laboral del pensionado, con fundamento en la asignación básica/IBC cotizado en los años 1979 a 2008, resaltando que como la mesada reliquidada resulta ser inferior a la reliquidada mediante la Resolución GNR 153469 del 26 de mayo de 2015, no se ordena pago de retroactivo alguno, por existir pago de lo no debido.¹³
- Resolución GNR 153469 del 26 de mayo de 2015, en respuesta a la petición del 10 de noviembre de 2014, en donde se ordenó reliquidar la pensión del actor conforme a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y las directrices de la Circular 01 de 2012 de la Vicepresidencia Jurídica y Doctrinal y la Vicepresidencia de Prestaciones y Beneficios¹⁴.

3.7. Análisis del caso concreto

En el caso objeto de estudio, señala la parte recurrente que el problema jurídico que se planteó en primera instancia debía resolverse según las consideraciones expuestas por el Consejo de Estado en la sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010, pues la demanda se interpuso en "*vigencia*" de tales argumentos.

¹² CD fol. 69A, carpeta Zip "parte 8", Archivo GRF-AAT-RP-20136800324590-20140312014517.pdf

¹³ CD fol 69 A, carpeta Zip "parte 8", Archivo GRF AAT RP 2016_1429549-20160412072200.pdf

¹⁴ CD fol. 69 A, carpeta Zip "parte 7", archivo GNR-AAT-RP-2014-9412207_20150527030714.pdf.

Al respecto, precisa la Sala que, si bien la demanda se interpuso el 16 de marzo de 2015 (fl. 23), es decir, cuando se hallaba vigente el precedente jurisprudencial del año 2010, la interpretación judicial fue variada según lo plasmado en la sentencia de unificación de Sala plena del 28 de agosto de 2018, la cual, ordenó su aplicación de manera retrospectiva, a todos los casos judiciales que no contaran con cosa juzgada, es decir, aquellos procesos que no se hubieran resuelto definitivamente.

En el presente caso se observa, que el asunto que se debate fue resuelto en primera instancia bajo las reglas fijadas en sentencia de unificación de 2018, en consecuencia, considera la Sala que, el A quo acertó con la aplicación de dicha interpretación jurisprudencial, pues era imperioso resolver los cargos de nulidad con los efectos de las subreglas establecidas en el año 2018, pues se reitera, el órgano de cierre ordenó su aplicación de forma retrospectiva a los asuntos que se encontraran pendientes de resolver en la jurisdicción o en sede administrativa.

En resumen, para la Sala no son de recibo los argumentos expuestos por la parte actora, pues la sentencia del 28 de agosto de 2018 debe aplicarse a todos los casos en trámite al momento de su expedición, debiéndose resolver el presente asunto conforme a las reglas allí establecidas.

Se resalta que el hecho de haberse presentado la demanda bajo un marco normativo jurisprudencial solo se constituye en una expectativa de que las pretensiones elevadas puedan resolverse en la forma que este lo abordó, más no implica la existencia de un derecho adquirido en cabeza del demandante para que el litigio se resuelva únicamente con tal marco normativo, pues este puede variar, como en efecto aconteció para el caso concreto.

En este orden, y dilucidado que el precedente jurisprudencial aplicado resultaba procedente en el *subjudice*, encuentra la Sala que al señor Santiago Alarcón se le reconoció una pensión de vejez a través de la Resolución 055514 del 25 de noviembre de 2008, en la que se tuvo en cuenta que el actor es

beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por tanto, se dispuso el reconocimiento de la pensión con 20 años de aportes o cotizaciones y 60 años de edad y se liquidó la mesada pensional en cuantía del 75% del promedio mensual de lo devengado en toda la vida laboral a la luz de lo establecido por la Ley 71 de 1988.

Ahora, examinadas las pruebas obrantes en el expediente, se observa que al señor Santiago Alarcón Morato se le **reconoció la pensión de vejez** mediante Resolución No. 55514 del 25 de noviembre de 2008, **teniendo en cuenta los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de 1994**, esto es, ***asignación básica y bonificación por año de servicios***, y que esta fue modificada en lo tocante a la cuantía por la Resolución 020230 del 13 de mayo de 2009, por retiro del servicio a partir del primero de diciembre de 2008.

Posteriormente, con Resolución GNR 153469 del 26 de mayo de 2015, la demandada reliquidó la pensión del actor conforme a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 en virtud de lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dando respuesta a la solicitud radicada por el actor el 10 de noviembre de 2014.

Finalmente, la accionada expidió la Resolución GNR 101220 del 11 de abril de 2016 por medio de la cual modificó la mesada pensional del demandante, dando aplicación al fallo judicial proferido el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, teniendo en cuenta la Ley 71 de 1988 con el promedio de lo devengado en toda la vida laboral del pensionado, con fundamento en la asignación básica/IBC cotizado en los años 1979 a 2008, resaltando que, como la mesada reliquidada resulta ser inferior a la generada mediante la Resolución GNR 153469 del 26 de mayo de 2015, no se ordena pago de retroactivo alguno.

En ese orden, estudiado el contenido de los actos administrativos señalados, se corrobora que la entidad accionada **tuvo en cuenta dentro del IBL el**

promedio de los factores salariales cotizados durante toda la vida laboral del pensionado, como son la ***asignación básica y bonificación por servicios prestados***, de conformidad con el Decreto 1158 de 1990, aplicando una tasa de remplazo del 75% (f. 9 a 15 y liquidación CD expediente administrativo).

Al respecto, advierte la Sala que según la sentencia unificación del 28 de agosto de 2018, las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición contenido en el artículo 36 Ley 100 de 1993, debe ser liquidadas con el promedio de las cotizaciones efectuadas y según los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994, pues solo el monto, entendido como la tasa de remplazo está sometida a transición.

Así las cosas, **no es procedente que la pensión del actor sea liquidada con todos los factores salariales devengados en el último año de servicio**, además, la **entidad demandada incluyó los factores a los cuales la demandante tenía derecho, esto es, asignación básica y bonificación por servicios prestados**, como factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994.

En suma, el problema jurídico se resolverá en el sentido de **confirmar la sentencia de primera instancia, en razón a que como el proceso objeto de estudio no posee cosa juzgada resultaba imperioso aplicar las reglas previstas en la sentencia de unificación del 28 de agosto del 2018**, que estableció la liquidación de las pensiones según la Ley 100 de 1993.

IV. COSTAS

4.1.- Costas en primera instancia

En la sentencia de primera instancia, el *A quo* decidió no condenar en costas a la parte demandante, decisión sobre la cual no se presentó ningún reparo, por lo tanto, se mantendrá incólume dicha orden.

4.2.- Costas en segunda instancia

En relación con la procedencia de emitir condena en costas, es preciso señalar que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó el criterio subjetivo que venía imperando en materia de condena en costas¹⁵ para acoger, en principio, la valoración objetiva frente a su imposición, liquidación y ejecución, tal y como se advierte de lo dispuesto en el artículo 188 de dicho estatuto¹⁶, preceptiva que remite a las normas del Código General del Proceso, normativa que en su artículo 365¹⁷ consagra los elementos que determinan la imposición de costas así: i) objetivo en cuanto a que toda sentencia decidirá sobre las costas procesales, bien sea para condenar total o parcialmente o, en su defecto, para abstenerse y ii) valorativo en el entendido de que el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso.

El artículo 365 del C.G.P. (Ley 1564 de 2012), señala las reglas para la determinación de la condena en costas, así:

"(...) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva de desfavorablemente el recurso apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

(...) 3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará en costas al recurrente en las costas de segunda.

¹⁵ Erogaciones económicas que se constituyen en los gastos en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar adelante la posición que detenta, tales como gastos ordinarios, cauciones, honorarios a auxiliares de la justicia, publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se denomina como expensas. Así mismo, se comprenden los honorarios del abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho. (Artículos 361 y ss. CGP).

¹⁶ "ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."

¹⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda- Subsección B, sentencia del 27 de enero de 2017, Radicación: 54001-23-33-000-2012-00053-01(2400-14), C.P. Carmelo Perdomo Cuéter; Sección Cuarta, Consejero Ponente: Julio Roberto Piza Rodríguez, providencia del 21 de junio de 2018, radicación número: 05001-23-33-000-2012-00148-01(21898); Sección Cuarta, Consejero Ponente: Milton Chaves García, sentencia de 21 de junio de 2018, radicación número: 19001-23-33-000-2013-00442-01(22017); Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, providencia de 5) de julio 2018, radicación Número: 11001-03-15-000-2018-01606-00(Ac); providencia del 27 de enero de 2017, proferida dentro del expediente con radicación número: 54001-23-33-000-2012-00053-01(2400-14); providencia del ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018), radicación: 25000234200020120074201 (3695-2016)

*(...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.
(...)” (Resaltado por la Sala).*

De lo anterior cabe resaltar que, según el citado numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), ***"Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"***.

Precisado lo anterior, se advierte que en este caso, **pese a que hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda**, no habrá lugar a imponer condena en costas contra la parte demandada, toda vez que, una vez examinado el expediente, la Sala no encuentra elementos de prueba que demuestren o justifiquen que en el presente caso efectivamente se hayan ocasionado erogaciones por la parte demandante, a quien se le resolvió favorablemente la presente Litis, que hagan procedente la imposición de costas.

En efecto, al expediente no se allegaron medios de prueba que acrediten que con ocasión del presente proceso la demandante haya tenido que asumir gastos, o cualquier otra expensa susceptible de ser reconocida. Tampoco se allegó contrato de prestación de servicios profesionales o algún otro documento que acredite la causación de agencias en derecho en el curso del proceso, razón por la cual, no resulta procedente la imposición de costas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo del Huila, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

V. FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2019, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, una vez hechas las anotaciones en el software de gestión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión de la fecha.



BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS
Magistrado



GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado con Aclaración de voto



JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
Magistrado