Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

SALA SEXTA DE DECISIÓN

M. P. DR. JOSÉ MILLER LUGO BARRERO

Neiva, veintiséis (26) de marzo de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
DEMANDANTE	**ELIZEIN CANO YARA**
DEMANDADO	**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**
PROVIDENCIA	**SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA No. 38**
RADICACIÓN	**41-001-23-33-000-2018-00083-00**
APROBADO EN SALA VIRTUAL	**ACTA No. 15 DE LA FECHA**

ASUNTO

Agotadas las etapas procesales correspondientes a la primera instancia, siendo competente en razón a la naturaleza del asunto, cuantía y el lugar de ocurrencia de los hechos y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, procede esta Sala a dictar la sentencia que en derecho corresponde.

1. LA DEMANDA. (Fls. 3- a 20 C. Ppal.)

ELIZEIN CANO YARA, mediante apoderada judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, demanda a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES y solicita que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. SUB 243641 del 30 de octubre de 2017, SUB 296567 del 27 de diciembre de 2017 y DIR 360 del 9 de enero de 2018, mediante las cuales se le negó la reliquidación de la pensión de jubilación, con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene lo siguiente:

> ***a)*** *Reconocer y pagar a favor del señor* ***ELIZEIN CANO YARA,*** *la* ***RELIQUIDACIÓN*** *de la pensión mensual vitalicia de jubilación, en cuantía de* ***$5.478.398.46*** *efectiva a partir del 01 de enero de 2016, con la inclusión de la*

totalidad de los factores salariales sobre los cuales cotizó al Sistema General e Pensiones durante el último año de servicios según certificación expedida por el empleador, a saber: Asignación Básica, Bonificación Dirección, Prima de Vacaciones, Prima de Navidad, Bonificación Recreación, Prima de Servicios, Bonificación Gestión Territorial y Bonificación Servicios Prestados.

b) *Pagar al señor* ***ELIZEIN CANO YARA,*** *las diferencias de las mesadas pensiónales y adicionales entre los valores reconocidos en la Resolución N° 2535 del 07 de julio de 2010 y los que resulten de la reliquidación, a partir del 01 de enero de 2016 con los ajustes de ley y los intereses que correspondan, hasta la fecha en que se haga efectivo el pago.*

TERCERA*: Reintegrarle al actor las sumas que se generen con el proceso y condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.*

CUARTA*: Que las sumas a que sea obligada la entidad demandada a pagar a favor de mi poderdante, deberán ser reajustados mes a mes con base en el Índice de Precios al Consumidor – IPC certificado por el DANE, de conformidad con lo reglado en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 y devengaran intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.*

QUINTA: *Dispóngase se dé cumplimiento a la sentencia que haya de proferirse, en los términos previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A."*

1.2. Refiere los siguientes **HECHOS:**

- Refiere que nació el 14 de diciembre de 1954 y que durante su vida laboral se desempeñó como empleado público durante más de 20 años de servicios en el sector público del orden nacional y municipal, durante el periodo del 01/06/1976 a 01/06/1989.

- Que adquirió el status de pensionado el 14 de diciembre de 2009 y por ello, el extinto Seguro Social le reconoció la pensión de jubilación mediante Resolución N° 2535 del 7 de julio de 2010, sobre 1.327 semanas, en cuantía de $1.261.358, liquidada conforme al 75% sobre el promedio de los salarios devengados en los últimos 10 años de servicio, efectiva a partir del 14 de diciembre de 2009.

- Que fue elegido como Alcalde de Baraya – Huila, por el periodo 2012 a 2015, cargo público de elección popular, en el cual se posesionó según escritura Pública No. 169 de fecha 29 de diciembre de 2011 y durante dicho lapso realizó aportes al Sistema General de Pensiones ante Colpensiones, motivo por el cual solicitó a Colpensiones la suspensión de la pensión a partir del 01 de enero de 2012 hasta el 30 de diciembre de 2015.

- Que el 1° de marzo de 2016 solicitó a Colpensiones la reactivación de la pensión por haberse causado la novedad de retiro definitivo del servicio en el Municipio de Baraya.

- Que según se desprende del Certificado de Factores Salariales expedido por la Secretaría de Hacienda del Municipio de Baraya - Huila, devengó durante el último año de servicios en calidad de Alcalde Municipal de Baraya, los siguientes emolumentos: "*sueldo, bonificación dirección, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación por recreación, prima de servicios, bonificación gestión territorial, bonificación servicios prestados".*

- Que presentó reclamación administrativa el día 11 de septiembre de 2017, solicitando la reliquidación de la pensión de jubilación conforme al promedio de los salarios devengados durante el periodo comprendido entre el 01 de enero al 30 de diciembre de 2015, correspondiente al último año de servicios, en aplicación a las disposiciones del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 por remisión directa del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por haber adquirido el status jurídico de pensionado el 14 de diciembre de 2009, es decir, acreditó el cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo de servicios con anterioridad al 8 de mayo de 2013.

- Que COLPENSIONES expidió la Resolución No. SUB 243641 del 30 de octubre de 2017 y negó la reliquidación de la pensión conforme al último año de servicios, por considerarla improcedente a las disposiciones de la Circular 01 de 2012 y así mismo manifestó que, una vez realizadas las operaciones aritméticas, se obtuvo una mesada pensional inferior a la inicialmente reconocida.

- Inconforme con la anterior decisión, el 13 de diciembre de 2017 interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, siendo resueltos mediante los actos administrativos contenidos en las Resoluciones Nos. SUB 296567 del 27 de diciembre de 2017 y DIR 360 del 09 de enero de 2018, confirmando en todas y cada una de las partes la Resolución No. SUB 243641 de 2017.

1.3. Normas violadas y concepto de violación.

Invoca como vulnerados los artículos 2º, 29 y 53 de la Constitución Nacional y Ley 1437 de 2011, artículos 38, 155, 156, 157, 161, 162, 166 y ss; Ley 33 de 1985 y Decreto 1045 de 1978, así como algunas sentencias proferidas por el Consejo de Estado.

Afirmar que adquirió su status jurídico el 14 de diciembre de 2009 y que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), contaba con más de 15 años de servicio; por lo que le es aplicable la normatividad que regía con anterioridad, es decir, el establecido en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, pues es beneficiario del régimen de transición

establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en forma integral y no parcial, como lo aplicó el extinto Seguro Social al conceder la pensión de vejez con el promedio de los salarios de los 10 años anteriores al reconocimiento de la prestación.

Respecto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta para liquidar la pensión, sostuvo que las decisiones no han sido unánimes, puesto que en algunas oportunidades se ha manifestado que los factores salariales a tener en cuenta son taxativos y corresponden a los señalados en la Ley 62 de 1985[1], y en otras se ha dicho que es solo liquidable aquello que haya sido objeto de aportes[2]. También se ha reconocido que dicha norma es meramente enunciativa y en ese sentido se debe reconocer como computable todo lo devengado por el actor, sin importar si está o no en dicha norma[3].

Considera que se encuentra cobijado por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe aplicarse la Ley 33 de 1985, atendiendo a la tesis que ha mantenido el H. Consejo de Estado[4], y que han sido ratificadas en recientes jurisprudencias de esa misma corporación[5] referidas a que se deberán incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, surgiendo entonces el derecho a que se incluyan en su pensión todos los emolumentos percibidos en el año inmediatamente anterior al retiro del servicio, sin importar si se encuentran enlistados o no en las leyes aplicables a cada caso en particular.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 89-98 C. Ppal.)

El apoderado de la entidad se opone a todas las pretensiones de la demanda y solicita que se nieguen las mismas y se condene en costas a la parte demandante.

Se refiere a la naturaleza jurídica de COLPENSIONES y como razones jurídicas de la defensa explica el régimen de transición y expone que conforme a la interpretación de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del artículo 36 de la Ley 100/93, el IBL se establece de conformidad con las reglas del sistema general de pensiones, es decir, con

[1] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C.P.: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 6 de agosto de 2008, Rad. No. 25000-23-25-000-2002-12845-01 (0640-08).
[2] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado, sentencia del 6 de febrero de 2006, RaD. No. 25000-23-25-000-2001-01579-01 (1579-04).
[3] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, C.P.: Dr. Alberto Arango Mantilla, sentencia del 29 de mayo de 2003, Radicación No. 25000-23-25-000-2000-2990-01 (4471-02).
[4] Sección Segunda, Sentencia del 10 de agosto de 2010 M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila y Subsección A, Sentencia del 17 de agosto de 2011 M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.
[5] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 16 de febrero de 2012. C.p. Dr. William Zambrano Cetina y Sección Segunda C.P. Víctor Alvarado Ardila.

base en el promedio de los salarios devengados por el trabajador durante los últimos diez años.

Afirma que no hay lugar a la declaratoria de nulidad de los actos demandados, por cuanto que los mismos fueron expedidos por funcionario y organismo competente, debidamente motivadas, sin deviación de las atribuciones propias del funcionario, garantizando los derechos fundamentales, por otra parte señala que no hay lugar a la reliquidación de la pensión del actor con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios en los términos de la Ley 33 de 1985, en la medida de que la pensión se liquidó conforme al marco jurídico prestacional que le es aplicable, además la Corte Constitucional concluyó que el IBL no es un aspecto de transición, por lo tanto, son las reglas contenidas en el régimen general, las que deben aplicarse para establecer el monto pensional

Anota que la Sala Plena de la Corte Constitucional concluyó que el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y por tanto, son las reglas contenidas en el régimen general, las que deben aplicarse para establecer el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca, resaltando que mediante auto A-326 de 2014, por el cual se resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T-078 del mismo año, la Sala reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en la sentencia C-258 de 2013, 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 sólo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación (expediente T-3558256 sentencia SU-230/15).

Propone como excepciones las siguientes:

-*Inexistencia del derecho reclamado por cuanto el IBL no es un aspecto de la transición:* Sostiene que el precedente constitucional, por ser producto de la interpretación autorizada de la Constitución, que es norma de normas, debe irradiar la doctrina de las demás jurisdicciones y según lo precisado en los actos demandados, se dio aplicación a dicho precedente, en la medida de que el IBL no hace parte del régimen de transición que estableció la Ley 100 de 1993.

-*No se causan intereses moratorios:* Afirma que el interés moratorio incluye por principio el resarcimiento inherente a la pérdida del poder adquisitivo del dinero (indexación indirecta), descartándose la posibilidad de que junto al pago de intereses moratorios, se imponga condena de suma en función compensatoria de la depreciación monetaria como es la indexación,

ya que equivaldría a decretar una doble e inconsulta condena por el mismo ítem.

-*No hay lugar a indexación:* Considera que no hay lugar a pagar sumas debidamente actualizadas junto con la indexación de acuerdo a la variación del IPC certificado por el DANE, por cuanto la pensión se liquidó conforme a derecho y teniendo en cuenta los factores salariales percibidos por la demandante y sobre los cuales se cotizó para el sistema pensional.

-*Prescripción:* Que en caso de prosperar las súplicas, haciendo la salvedad de que no implica el más mínimo reconocimiento de derecho alguno, la Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia de vieja data ha adoctrinado que aun siendo imprescriptible el derecho pensional, no lo son las mesadas pensionales e incluso tampoco los factores salariales que dieron lugar a la prestación, según lo indica el artículo 488 del CST y 151 del CPLSS que contemplan un término de prescripción de tres años.

3. AUDIENCIA INICIAL. (fls. 86 a 99 C. Ppal.)

Mediante Auto de 26 de abril de 2019 (fl. 120), se fijó audiencia inicial para el 10 de junio de 2019 (fl. 125), la cual se llevó a cabo en la forma dispuesta en el artículo 180 del C.P.A.C.A. Luego, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes y al no ser necesario fijar fecha para la práctica, se procedió inmediatamente a instalar la audiencia de pruebas y a continuación se ordenó incorporar al proceso los documentos antes decretados y se corrió traslado de los mismos a las partes para efectos de su contradicción, a lo cual no hubo objeción alguna.

Finalmente, el Magistrado sustanciador consideró que no era necesario citar a audiencia para alegatos de conclusión y juzgamiento, conforme a lo previsto en el artículo 181 del C.P.A.C.A., y por ello, corrió traslado común a las partes y al Ministerio Público por el término de diez (10) días para que presentaran por escrito sus alegatos de conclusión, para en su oportunidad, dictar la sentencia que corresponde.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. DEMANDANTE: (fls. 240-244)

Reitera que es beneficiario del régimen de transición y que por ello le es aplicable la Ley 33 de 1985, cita nuevamente sentencias del Consejo de Estado[6], en las que se ordenó la liquidación de la pensión de vejez de los empleados públicos con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

4.2. COLPENSIONES: (fl. 135-139)

Ratifica lo expuesto en la contestación de la demanda e insiste en que los actos administrativos demandados se hallan conforme a derecho y que la interpretación que en su momento realizó el Consejo de Estado, respecto de la aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuanto al monto pensional y a los factores salariales, resulta arbitrariamente contradictoria con la interpretación constitucional realizada a través de las sentencias C-168/1995, C-258/2013, T-078/2014, A-326/2014, SU-230/2015, T 060/2016, SU-427/2016, SU-210/2017 y SU-395/2017, que constituyen precedente jurisprudencial de obligatorio cumplimiento por la supremacía de la constitución.

4.3. MINISTERIO PÚBLICO: (fls. 145)

No emitió concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. PROBLEMA JURÍDICO:

Corresponde a la Sala establecer *¿si procede anular las Resoluciones SUB 243641 del 30 de octubre de 2017, SUB 296567 del 27 de diciembre de 2017 y DIR 360 del 9 de enero de 2018, proferidas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIÓN -COLPENSIONES, mediante las cuales se negó la reliquidación de la pensión de jubilación al señor ELIZEIN CANO YARA, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios en el que se desempeñó como Alcalde del Municipio de Baraya – Huila?*

[6] Sección Segunda, Subsunción A, de fecha 10/10/2010 Rad. 25000-23-000-2002-023921 (0265-07) M.P. Dr. Eduardo Gómez Aranguren; y del 4 de agosto de 2010 Rad. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila

Para resolver el anterior problema jurídico, la Sala examinará los siguientes temas: i) el régimen de transición pensional; ii) los factores de liquidación de las pensiones; iv) Reliquidación de la Pensión por Reincorporación al Servicio Público; v**)** el caso concreto.

2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL APLICABLES

2.1. Del Régimen de Transición

La Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Seguridad Social Integral y en el artículo 36[7] consagró el llamado **régimen de transición,** el cual no es sino un beneficio para aquellas personas que cotizan pensión al amparo de un régimen normativo, continúen gozando del mismo, al entrar en vigencia un nuevo régimen prestacional, para lo cual se entiende que prevalecen aquellas normas si cumplen, entre otros, los requisitos que el legislador previamente disponga, como en este caso, que quienes aspiren a dicho régimen, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior al cual se hallaban afiliados, esto es, en cuanto a la edad para acceder a la pensión de jubilación, al tiempo de servicio y al monto de la prestación.

El régimen de transición, se constituyó entonces, en un mecanismo de protección legal para regular el impacto del tránsito legislativo en materia pensional, de manera que el mismo no afectara a quienes, si bien, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley, aún no habían consolidado el derecho a la pensión por no haber cumplido los requisitos para ello, tenían una expectativa válida para obtenerlo conforme al régimen que les venía cobijando por estar próximos a su consumación.

Sobre las garantías que comporta el régimen de transición, la Corte Constitucional en Sentencia C-789 de 2002, señaló que "*la creación de un Régimen de Transición constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes,*

[7] "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. (…).".

si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legitima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo" y en sentido similar, en sentencias C-314 de 2004 y C-428 de 2009, se anotó que en los cambios de normatividad debía considerarse el principio de la confianza legítima que protege algunas expectativas fundadas en la buena fe y los principios de justicia y equidad.

Ahora bien, debe precisarse que para ser beneficiario o sujeto del régimen de transición pensional y así quedar exento de la aplicación de la Ley 100 de 1993 en lo referente a la edad, el tiempo y el monto de la pensión de vejez, no se requiere cumplir paralelamente el requisito de edad y el de tiempo de servicios cotizados, sino tan solo uno de ellos, pues la redacción disyuntiva de la norma así lo sugiere.

En esa medida, el régimen que resulte aplicable dependerá de las condiciones que el afiliado acreditaba al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones (para los empleados del orden nacional -1º de abril de 1994- y para los empleados territoriales -30 de junio de 1995).

Esto es, quienes a esa fecha acrediten servicios únicamente en el sector público, la norma aplicable es el artículo 1º de la Ley 33 de 1985[8], y por ello, el afiliado podrá pensionarse, sea hombre o mujer, a los 55 años de edad y 20 años de servicio en el sector público, bien sea en forma continua o discontinua y quienes a esa fecha contaban con tiempos de servicio tanto en el sector público como en el sector privado, pueden beneficiarse de las condiciones establecidas en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988[9], disposición que permite la acumulación de tiempos de servicio en ambos sectores.

Debe anotar la Sala que, posterior a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, el Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el Artículo 48 de la Constitución Política, dispuso que el Estado respetará los derechos adquiridos conforme a la Ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la Ley esté a su cargo.

---

[8] ***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.*
No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno…"

[9] Ley 71 de 1988. "*Artículo 7. Reglamentado por el Decreto Nacional 2709 de 1994. A partir de la vigencia de la presente Ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer*."

El citado Acto Legislativo modificó el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, estableciendo una regla general de vigencia en esta materia así:

> *"(…)* ***Parágrafo transitorio 4º.*** *El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.*
>
> *Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen". (…)*

2.1. Factores de liquidación de las pensiones de jubilación -IBL-

Como debe resolverse si el aludido régimen de transición incluye el concepto de **ingreso base de liquidación o IBL y si el mismo es aplicable a quienes se hallan en régimen especial,** la Sala considera necesario señalar que como las Subsecciones A y B de la Sección Segunda del Consejo de Estado tenían posiciones encontradas respecto a la aplicación del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, inicialmente, en Sala Plena, mediante Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010[10], se indicó que lo establecido en dicha norma, en cuanto a los factores salariales a incluir en las pensiones de jubilación previstas en esta normativa, no podía considerarse de forma taxativa sino que era meramente enunciativa, razón por la cual, en el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, se debían incluir todos los factores devengados por el trabajador, para lo cual la administradora podía realizar los descuentos de los aportes que no habían sido efectuados.

Igualmente, por importancia jurídica y con criterio de unificación, la Sala Plena de las Sección Segunda en sentencia del 25 de febrero de 2016, proferida dentro del radicado 25000234200020130154101 (4683-2013)[11], reiteró que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no establece una excepción respecto a los factores base de liquidación de la pensión ni de la forma de liquidar la misma.

Explicó que el "**monto"** de la pensión es el establecido en las normas vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia, así como, que "*por monto se ha de entender no solo como el porcentaje de la pensión, sino que abarca también la base de liquidación de dicho porcentaje*" debiéndose en consecuencia, tener en cuenta la totalidad de los factores salariales

[10] M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; Radicado No. 0112-2009.
[11] Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

devengados durante el último año de servicios, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 del mismo año.

Consideró invariable el criterio sostenido en forma unánime por esa Corporación, según el cual el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%).

Sin embargo, la anterior decisión fue dejada sin efectos por la Sección Quinta, mediante sentencia de tutela del 15 de diciembre de 2016[12], y en cumplimiento de dicho fallo, la Sección Segunda, con proveído del 9 de febrero de 2017[13], aun cuando revocó la decisión de primera instancia y denegó las pretensiones de la demanda por otras razones[14], afirmó que "*cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad (principio de inescindibilidad), sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho*".

A raíz de estas posturas abiertamente contradictorias, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018[15], por la importancia jurídica, rectificó la tesis que había venido aplicando y varió la regla jurisprudencial existente respecto al **IBL en el régimen de transición**, precisando lo siguiente:

> "*85. A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma.*
>
> *86. Como se dijo en párrafos anteriores el régimen de transición prorrogó la vigencia de todos los regímenes pensionales anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, otorgando efectos ultractivos a algunos elementos constitutivos de dichos regímenes para aquellas personas que se encontraban afiliadas a los mismos y que estaban próximas a adquirir el derecho pensional. Tales elementos son la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.*

---

[12] C.P.: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Rad.: 11001-03-15-000-2016-01334-01. actor: U.G.P.P. demandados: Consejo de Estado Sección Segunda – otro.
[13] Consejero Ponente Dr. César Palomino Cortés, expediente 25000234200020130154101
[14] En efecto, señaló: *"En el sub lite, al hacer una revisión matemática somera, se advierte que de todas maneras la pensión de la señora Rosa Ernestina Agudelo Muñoz, se encuentra mal liquidada, sea con fundamento en la Ley 33 de 1985 o en la Ley 100 de 1993, habida cuenta que se presenta una diferencia de más un millón de pesos que se genera por el sólo hecho de no incluir todos los factores salariales realmente devengados. Con todo, los actos administrativos demandados, siguieron los derroteros jurisprudenciales sentados por la Corte Constitucional, en las sentencias, C-258-13 y SU-230-15. En consecuencia, la Sala en cumplimiento de la sentencia de tutela proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 15 de diciembre de 2016, procede a fortiori, a REVOCAR la sentencia apelada. En su lugar, se dispondrá NEGAR las pretensiones de la demanda, (…)"*
[15] Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 28 de agosto de 2018. Rad.**:** 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ) C.P. César Palomino Cortés.

87. Para establecer el monto de la pensión, el legislador, en este caso de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de su libertad de configuración, fijó un elemento, el IBL, que cumpliría con la finalidad no solo de unificar la base de la pensión para todos aquellos que estaban próximos a pensionarse, sino como manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones; máxime teniendo en cuenta que el periodo de transición abarcaría varias décadas[16]*. (…)*

91. Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha Ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones, indudablemente, le son más favorables".

Conforme a ello, fijó 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.*

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

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

*98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como "un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y **solidaridad,** en los términos que establezca la Ley". El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como "[…] la práctica de la mutua ayuda*

[16] En virtud del Acto Legislativo No. 1 de 2005, la aplicabilidad del régimen de transición corrió hasta el 31 de julio de 2010, o, excepcionalmente, hasta el 31 de diciembre de 2014, en el caso que los beneficiarios contaran con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios al momento de la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo.

entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil".

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

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

En consecuencia, atendiendo el deber de acatar las decisiones de unificación del Consejo de Estado, como órgano de cierre en materia de lo Contencioso Administrativo en los términos del artículo 237 de la Constitución Política[17], se procederá a resolver el asunto planteado en el mismo sentido y aplicando el mismo criterio, pues finalmente en esta sentencia se rectificó y unificó la postura, y se armonizó el precedente vigente expuesto por la Corte Constitucional, en cuanto a la determinación del IBL para los empleados públicos que se hallen en el régimen de transición y los factores salariales con los cuales debe liquidárseles la pensión de jubilación.

3. De la reliquidación de la pensión por reincorporación al servicio público.

La **Ley 171 de 1961** *"Por la cual se reforma la Ley 77 de 1959 y se dictan otras Disposiciones sobre pensiones",* estableció en su artículo 4º el derecho que tienen los otrora empleados oficiales a la reliquidación de su pensión de jubilación cuando regresen al servicio público a ocupar un cargo oficial durante un mínimo de tres años, así:

*"**ARTÍCULO 4o**. Al pensionado por servicios a una o más entidades de derecho público, que haya sido o sea reincorporado a cargos oficiales y haya permanecido o permanezca en ellos por tres (3) años o más, continuos o discontinuos, le será revisada su pensión a partir de la fecha en que quede nuevamente fuera del servicio, con base en el sueldo promedio de los tres últimos años de servicios.*

La misma regla se aplicará al jubilado por una empresa particular, que haya sido o sea reincorporado por esta a su servicio o al de sus filiales y subsidiarias por el mínimo de tiempo indicado.

PARÁGRAFO. Cuando la reincorporación del pensionado por tres (3) años o más y su nuevo retiro hayan ocurrido con anterioridad a la vigencia de la presente ley, la pensión revisada solo se causará a partir de dicha vigencia".

---

[17] Constitución Política. "*Artículo 237. Son atribuciones del Consejo de Estado: 1.- Desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conforme a las reglas que se señale en la Ley*."

> ***ARTÍCULO 5o****. Las pensiones oficiales que se causen a partir de la presente ley se liquidarán con base en el promedio de lo devengado en el último año, por cargo desempeñado en propiedad, o sobre el promedio de lo devengado en los tres (3) últimos años, a opción del trabajador."*

Conforme a ello, es claro que para los efectos indicados, se requiere que el trabajador labore en el nuevo cargo por tres años o más, continuos o discontinuos, para que adquiera el derecho a que se reajuste su pensión en los términos y bajo las condiciones establecidas en la referida Ley 171 de 1961.

Por su parte, el **Decreto 583 del 4 de abril de 1995** reguló el derecho de los pensionados que se reintegraron al servicio público en cargos de elección popular, norma que en su artículo 4° dispuso que el reajuste de la pensión se sujetaría a los términos y condiciones previstos en el artículo 40 de la Ley 171 de 1961.

Dicha norma fue objeto de demanda de inconstitucionalidad parcial y en sentencia C-331 de 2000 la Corte Constitucional aclaró que tal disposición se encuentra vigente, por las siguientes razones:

> *"(…) la norma en comento regula la situación excepcional de la persona que se ha pensionado y reingresa al servicio público, a ocupar algunos de los cargos relacionados en el art. 29 del decreto, o cargos de elección popular, según el art. 1 del decreto 583 de 1995, dictado en desarrollo de la ley 4 de 1992. Dichos cargos corresponden a los de Presidente de la República, ministros del despacho, jefe departamento administrativo, superintendente, viceministro, secretario general de ministerio o departamento administrativo, presidente, gerente o director de establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del estado, miembros de misiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los anteriores funcionarios.*
>
> *El art. 289 de la ley 100/93 'deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el art. 2 de la ley 4 de 1966, el art. 5 de la ley 33 de 1985, el parágrafo del artículo 7 de la ley 71 de 1988, los arts. 260, 268, 269, 270, 271 y 272 del Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen'.*
>
> ***Como se infiere de su contenido dicha norma no derogó expresamente el art. 4 de la ley 171 de 1961. Tampoco la ley 100/93 derogó tácitamente esta disposición, porque los mandatos allí contenidos no resultan incompatibles con ella, dado que lo relativo a la reincorporación del pensionado al servicio público y al derecho a la revisión de la pensión no fue objeto de regulación en aquélla****.*
>
> *Es más, el nuevo régimen de pensiones en nada se opone a las previsiones legales que regulan dicha reincorporación y el aludido derecho, en razón de que la reincorporación al servicio de un pensionado, aun cuando de alguna manera atañe a la cuestión relativa a la seguridad social, tiene una incidencia directa en lo que concierne a la función pública, en cuanto a la posibilidad de un nuevo acceso al servicio público de quienes antes estuvieron incorporados a éste y se retiraron para gozar de una pensión. De ahí, seguramente la razón por la cual la ley 100/93 omitió referirse a la mencionada situación". (resaltado fuera de texto)*

Concluye la Corte que la norma acusada se ajusta a la Constitución no solo porque el trato diferente se encuentra justificado plenamente, sino *"porque la previsión contenida en ella es mucho más favorable para el*

funcionario o empleado público", dado que conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el ingreso base para reliquidar la pensión se toma con el promedio de los salarios sobre los cuales haya cotizado aquél durante los diez años anteriores al reconocimiento de la reliquidación. Sin embargo, su constitucionalidad queda entendida *"bajo la condición de que se entienda que el sueldo promedio de los tres últimos años de servicio, que sirve de base para la liquidación de la pensión, debe ser actualizado en la forma indicada en el referido art. 21 de la ley 100/93".*

Igualmente, en esta norma, en el artículo 4°, se prevé que si el reintegro del pensionado es a uno de los empleos de que trata el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, ya enunciados, o a uno de elección popular, tiene derecho a que se reajuste la cuantía de la pensión, en los términos y condiciones del precitado artículo 4º de la Ley 171 de 1961, tal como se lee a continuación:

> ***"Artículo 1°.*** *Las personas que se encuentren gozando de pensión de jubilación o vejez y se reintegren al servicio en uno de los empleos señalados en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 o en uno de elección popular, percibirán la asignación mensual correspondiente. En el evento de que dicha asignación fuere inferior a la mesada pensional, percibirán adicionalmente la diferencia por concepto de pensión, hasta concurrencia del valor total de esta prestación social.*
>
> ***Artículo 2°.*** *En ningún caso el valor anual que se reciba por concepto de asignación básica mensual, gastos de representación y demás emolumentos salariales, prestaciones sociales que se causen durante el servicio y diferencia por concepto pensional, según el caso, podrá ser superior a lo que le correspondería en el mismo período por concepto de pensión.*
>
> *Anualmente se solicitará a la entidad de previsión que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, que certifique el valor de la misma y en caso de ser inferior a lo recibido por los factores antes enunciados, se deberá reintegrar la diferencia.*
>
> ***Artículo 3°.*** *Para los efectos del artículo anterior, el pensionado deberá informar de su situación a la entidad de Previsión Social que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, para que suspenda el pago o asuma la diferencia.*
>
> ***Artículo 4°.*** *La revisión del valor de la mesada pensional, si a ello hubiere lugar, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo Primero (1) de este Decreto, se sujetará a los términos y condiciones previstos en el artículo cuarto (4) de la Ley 171 de 1961." (Resaltado fuera de texto)*

3. CASO CONCRETO

En la audiencia inicial hubo consenso entre las partes, respecto de la veracidad de los siguientes supuestos de hecho:

- ✓ El demandante ELIZEIN CANO YARA nació el 14 de diciembre de 1954 y prestó sus servicios al Estado del 01 de junio de 1976 al 30 de diciembre de 2015.

- ✓ Que el INSTUTO DEL SEGURO SOCIAL, mediante Resolución No. 2535 del 7 de julio de 2010, reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación al demandante, liquidada sobre 3.650 días sobre un ingreso base de liquidación del promedio de cotizaciones de los últimos diez años correspondiente a $1.681.811.oo, al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 75%, arrojando una mesada de $ 1.286.585, efectiva a partir del 14 de diciembre de 2009. (fls. 56-58)

- ✓ Que el señor ELIZEIN CANO YARA prestó sus servicios en calidad de Alcalde del municipio de Baraya – Huila por el periodo del 1° de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2015, periodo en los que devengó los siguientes haberes: *sueldo, bonificación Dirección, indemnización vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación Recreación, prima de servicios, bonificación gestión territorial, bonificación servicios prestados.*

- ✓ Que el 11 de septiembre de 2017, el demandante presentó solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985, la cual fue negada mediante la Resolución No. SUB 243641 del 30 de octubre de 2017, argumentando que en virtud a la circular 01 de 2012, no puede tener en cuenta los tiempos de la Alcaldía municipal de Baraya, ya que: *"Un afiliado que tenga una pensión de vejez o jubilación reconocida por el ISS que se reincorpore a la fuerza laboral, no debe efectuar aportes al Sistema General de Pensiones, por cuanto ya tiene cubierto el riesgo de vejez, lo que conlleva a la imposibilidad de reliquidar o reajustar la pensión reconocida anteriormente…"* (fls. 22-26)

- ✓ Inconforme con la decisión, el demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación[18] y la entidad demandada, mediante Resolución No. SUB 296567 del 27 de diciembre de 2017 resuelve el recurso de reposición y mediante Resolución DIR 360 del 9 de enero de 2018 resuelve el de apelación, confirmando en todas y cada una de las partes la Resolución SUB 243641 del 30 de octubre de 2017. (fls. 27-38)

Como bien se resumió, el litigio se centra en definir si el demandante, dada su condición de beneficiario del régimen de transición previsto en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993 y Acto Legislativo 01 de 2005, tiene derecho

[18] Fls. 65-69

a que se le incluya en su pensión de jubilación la totalidad de los factores salariales devengados en el *último año de servicios*, esto es, los que devengó durante el periodo en que se desempeñó como Alcalde del municipio de Baraya - Huila y según lo previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985.

En este orden, analizados los argumentos aducidos en la demanda junto a las pruebas aportadas al proceso y subsumirlos en la normativa y precedentes jurisprudenciales citados, la Sala encuentra demostrado que efectivamente el demandante se halla inmerso en el régimen de transición y que a efectos de liquidar su pensión de jubilación y definir el monto al cual tiene derecho, es necesario acudir a las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, esto es, lo previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985 y demás normas concordantes, como quiera que no pertenece a ningún régimen especial, pues no existe duda que cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993, esto es, el 1º de abril de 1994, si bien el demandante solo tenía 39 años de edad, al advertirse que nació el 14 de diciembre de 1954, también lo es que para esa data había laborado un tiempo de 15 años, 10 meses y 3 días, es decir, que por el tiempo de servicio, es beneficiario del régimen de transición previsto en ducha Ley 100 de 1993 y por ende, que conforme al marco normativo y la tesis vigente y obligatoria tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, tiene derecho a que su pensión de jubilación sea reconocida con la normatividad anterior a la entrada en vigencia de dicha Ley, esto es, conforme a lo previsto en la Ley 33 de 1985 y normas concordantes, pero solo en cuanto a la edad, tiempo de servicio y tasa o monto de reemplazo.

Entonces, como el actor es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, el ingreso base de liquidación pensional o IBL, conforme a la nueva postura adoptada por este Tribunal, será el previsto en el artículo 21 y el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de los salarios o rentas actualizados sobre los cuales hubiere cotizado el afiliado durante los últimos años de servicios o por el tiempo que la norma anterior resulte aplicable, en este caso lo previsto en la Ley 171 de 1961, *pero eso sí, solo con los factores salariales con los cuales hubiere cotizado al sistema pensional*, debido a que en este caso, el actor, estando pensionado por la entidad demandada, se reincorporó al servicio público como alcalde del municipio de Baraya (H) y por el tiempo de su ejercicio realizó nuevos aportes al sistema.

Así las cosas y al haberse acreditado que el accionante está amparado bajo el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y que tiene derecho a la reliquidación pretendida, a efectos de calcular la real pensión a que tiene derecho, el Ingreso Base de Liquidación debe comprender únicamente los factores cotizados pero en el tiempo señalado en la Ley 171 de 1961, esto es, teniendo en cuenta que la pensión de quienes se ***reincorporen*** al servicio debe ser liquidada con el promedio de los salarios devengados en los ***tres últimos***

años de servicio, o en caso de pensiones oficiales, con el promedio del salario del último año a opción del demandante.

En un caso similar, el Consejo de Estado, en sentencia del 17 de noviembre de 2016, rad. 08001233100020080006901 (4550-2014), reajustó la pensión del demandante, una vez acreditó que había reingresado al servicio público como Diputado del Departamento del Atlántico, para lo cual tuvo en cuenta los salarios devengados en los tres últimos años de servicios, oportunidad en la que se expuso lo siguiente:

> *"(...) con observancia de las disposiciones que regulan la materia, que establecieron que para la liquidación de la prestación se computarán, no solamente los sueldos y las dietas, sino también los gastos de representación y cualquiera otra asignación de que ellos gozaren o hubieren gozado, y si no han sido objeto de descuento por aportes pensionales, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento de la reliquidación, la entidad de previsión social deberá efectuar las deducciones pertinentes. Así las cosas, se confirmará parcialmente la sentencia del 4 de abril del 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en el sentido de ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante solamente con la inclusión de los factores salariales dietas (sueldo básico), gastos de representación y las primas de navidad y servicios, devengados en los tres últimos años de servicios." (Subraya esta Sala)*

Entonces, si bien el Consejo de Estado en esta decisión accedió a la reliquidación solicitada y ordenó liquidar la pensión conforme lo dispuesto en la Ley 171 de 1961, con los salarios devengados por el trabajador en los 3 últimos años, es también evidente que en la actualidad dicho criterio ha sido armonizado por la misma corporación en sentencia de unificación como antes se indicó y por tanto, bajo esa orientación, la reliquidación pensional solicitada solo tendrá en cuenta los factores cotizados en los últimos tres años o el último año, lo que más le favorezca al actor.

En el presente caso se observa que a ELIZEIN CANO YARA, le fue reconocida una pensión de jubilación mediante Resolución No. 2535 del 7 de julio de 2010, por el entonces INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL, e igualmente, se encuentra acreditado que prestó sus servicios como alcalde del municipio de Baraya – Huila del 1° de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2015[19], y dicho presupuesto fáctico da lugar a que su pensión reconocida sea reliquidada en los términos previstos en la Ley 171 de 1961 y el Decreto 583 de 1985, ya que en estas se consagra que el trabajador reincorporado tiene derecho al reajuste de su pensión equivalente al promedio de los salarios devengados en los tres últimos años o en caso de estar en propiedad, con el promedio de lo devengado en el último año de servicios a elección del demandante.

Descendiendo al presente caso se advierte que el demandante percibió y devengó durante los años 2012 a 2015 los siguientes derechos laborales:

---

[19] Fol. 51

- *Asignación básica – sueldo.*
- *Bonificación por dirección*
- *Indemnización vacaciones*
- *Prima de vacaciones*
- *Prima de Navidad*
- *Bonificación por recreación*
- *Prima de servicios*
- *Bonificación por gestión territorial.*
- *Bonificación Servicios Prestados.*[20]

La Sala advierte que el actor pretende y optó por la liquidación de la pensión de jubilación con el promedio de los salarios devengados en el último año, pues consideró que le era más favorable.

Para lo anterior, se procede a definir cuáles emolumentos de los percibidos por el demandante en el último año de servicios comprendidos constituyen factor salarial para efectos pensionales, en la forma como se indicó:

- **Bonificación por Dirección:**

Tiene como fundamento legal el Decreto 4353 de 2004, modificado por el Decreto Nacional 1390 de 2008 y es un reconocimiento económico del que son beneficiarios los Gobernadores y los Alcaldes que se paga tres (3) veces al año en los meses de abril, agosto y diciembre, y corresponde a cuatro (4), seis (6) u ocho (8) veces el salario dependiendo de la categoría del municipio.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha considerado que la bonificación por dirección no es un factor salarial, sino que se trata de una prestación social:

> *"…Dada la competencia del gobierno nacional para fijar el régimen prestacional de los servidores de las entidades territoriales, debe señalar la Sala que, la bonificación especial de dirección de que trata el Decreto 4353 de 22 de diciembre de 2004, encuadra dentro de los criterios y objetivos señalados por el legislador en la ley marco (arts. 2 y 12 Ley 4ª de 1992). Ciertamente, la naturaleza de las funciones, las responsabilidades constitucional y legalmente atribuidas, así como las calidades exigidas para su desempeño, justifican el reconocimiento de la bonificación de dirección para los gobernadores y alcaldes en su condición de jefes de la administración seccional y local, y representantes legales de los entes territoriales".*[21]

Como quiera que la bonificación por dirección es una prestación social y no un factor salarial, no puede ser tenida en cuenta a efectos de reajustar la pensión de jubilación.

---

[20] Fol. 52
[21] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 26 de noviembre de 2009. Rad. 11001-03-25-000-2005-00167-01(7673-05)

- **Bonificación especial por recreación:**

El Decreto 451 de 1984 contempla que todo empleado público tiene derecho a dos (2) días de asignación básica mensual al momento de disfrutar sus vacaciones y sobre esta, igualmente el Consejo de Estado ha considerado que no fue creada como remuneración por la prestación del servicio, sino que tiene por fin brindar bienestar al trabajador en su tiempo de descanso, lo que origina que su naturaleza sea eminentemente prestacional.[22]

- **Bonificación por gestión territorial.**

Creada como *prestación social* mediante Decreto 1390 de 2013, en favor de los alcaldes, equivalente al ciento por ciento (100%) de la remuneración mensual por concepto de asignación básica más gastos de representación, para los mandatarios de municipios de categoría especial, primera, segunda y tercera; para los alcaldes de municipios de categorías cuarta, quinta y sexta, será equivalente al ciento cincuenta por ciento (150%) de la remuneración mensual por concepto de asignación básica más gastos de representación y pagadera en dos contados iguales en los meses de junio y diciembre del respectivo año.

Al tratarse entonces de una prestación social y no tener efectos salariales para liquidar la pensión, se reitera que no puede ser tenida en cuenta como factor para la liquidación de la pensión.

- **Prima de navidad, prima de vacaciones, indemnización vacaciones, prima de servicios y bonificación por servicios prestados**

La Sala no tendrá en cuenta a efectos de calcular la pensión del actor, ninguno de los factores salariales anteriores, como quiera que como ya se explicó, solo pueden incluirse los factores establecidos en las Leyes 33 y 62 de 1985 y el Decreto 1158 de 1994, en la medida que sobre los mismos se hubiere efectuado aportes al sistema pensional.

Descendiendo al caso, está acreditado que mediante Resolución No. 2535 del 7 de julio de 2010, el ISS le reconoció al actor el régimen de transición previsto en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993 y ordenó el pago de una pensión de jubilación en cuantía de $1.286.585.oo, a partir del 14 de diciembre de 2009[23], al cumplir 55 años, equivalentes al 75% de los salarios sobre los cuales se realizaron aportes al sistema durante los últimos 10 años

---

[22] Consejo de Estado. Sección Segunda Subsección B. Sentencia del 4 de septiembre de 2014. Rad. 25000-23-25-000-2006-08455- 01(1420-11)
[23] Fs. 56-59

de servicios en el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y MUNICIPIO DE BARAYA, actualizado anualmente con el IPC, sobre 3.650 días, incluyendo únicamente al *asignación básica* como factor salarial, según se desprende de los certificados de salarios mes a mes aportados a fs. 47 a 50 C. 1.

Ahora bien, se tiene que el demandante fue elegido como Alcalde del municipio de Baraya – Huila para los años 2012 a 2015 y conforme a esta elección y vinculación laboral, solicitó la suspensión de la pensión y el 1º de marzo de 2016 peticionó la activación de la misma por haber terminado su periodo constitucional de servicios como alcalde y luego, mediante escrito del 11 de septiembre de 2017, solicitó el reajuste de su pensión de jubilación, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el *último año de prestación de servicios*, según se observa a fs. 62 y 63 C. 1., esto con *Asignación básica – sueldo, Bonificación por dirección, Indemnización vacaciones, Prima de vacaciones, Prima de Navidad, Bonificación por recreación, Prima de servicios, Bonificación por gestión territorial, Bonificación Servicios Prestados.*

Al revisar el Certificado Formato No. 3 B del 28 de septiembre de 2017, expedido por el Secretario de Hacienda del Municipio de Baraya – Huila, obrante a folios 48 a 50 y en concordancia con el reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por Colpensiones, visible en el expediente administrativo allegado en medio magnético obrante a folio 99 del expediente, la Sala advierte que el demandante como alcalde del municipio de Baraya, realizó aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones sobre los siguientes salarios:

AÑO	BASE DE COTIZACIÓN
2012	$ 2.879.348
2013	$ 2.978.398
2014	$ 3.065.963
2015	$ 3.208.837

Es importante destacar que el señor ELIZEIN CANO YARA, como Alcalde del municipio de Baraya - Huila, realizó cotizaciones en el último año de servicios sobre un salario de $3.208.837.oo, pero no demostró haber efectuado cotizaciones por concepto de la denominada “bonificación por servicios prestados” y así las cosas, esta Sala considera procedente reajustar la pensión del demandante, teniendo como factor salarial únicamente la asignación básica, pues es el factor sobre el cual se realizaron aportes y sin duda, incluir otros conceptos, como primas de vacaciones, de navidad y servicios etc., sobre los que no haya efectuado aportes, constituiría un detrimento del patrimonio público, más aún cuando los aportes cotizados a lo largo de su vida laboral fueron muy inferiores al último salario devengado,

siendo de esta manera, la base de liquidación de la pensión, el salario sobre el cual se realizaron aportes al sistema así:

Asignación básica $3.208.837 x 75%=$ 2.406.627.75

En fin, se accederá a las pretensiones de la demanda, pero en la forma indicada, esto es, anulando parcialmente los actos demandados y como restablecimiento del derecho, ordenar la reliquidación de la pensión del señor ELIZEINA CANO YARA, a partir del 1° de enero de 2016, en cuantía de $2.406.627.75 y el pago de las diferencias en las mesadas pensionales producto del reajuste de las mesadas, sumas que deberán ser actualizadas conforme a la fórmula del Consejo de Estado sobre la materia.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, en materia de derechos laborales de los empleados públicos, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968[24] y 102 del Decreto 1848 de 1969[25] (reglamentario del primero), regulan que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dichas normas prescriben en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

En el sub examine, se advierte que el derecho se hizo exigible a partir del 1° de enero de 2016, día siguiente al retiro del servicio del demandante, y como este elevó reclamación administrativa ante Colpensiones el día 11 de septiembre de 2016 –fs. 62 a 64-, y a su vez la demanda fue presentada el 7 de febrero de 2018, es claro que no se configuró la excepción de prescripción alegada.

4. CONDENA EN COSTAS.

En cuanto a las costas[26], la Sala acoge lo expuesto por el Consejo de Estado, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la *facultad de disponer sobre su condena,* lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, como lo es la conducta de las partes,

---

[24] «**Artículo 41.** Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.
El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.»

[25] «**Artículo 102.** Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.
El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.»

[26] Estas erogaciones económicas son aquellos gastos en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar avante 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).

y principalmente, que aparezcan causados y comprobados los gastos en que pudo incurrir la parte vencedora del litigio, en consonancia con el artículo 365 del C.G.P. para los efectos de la liquidación; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.[27]

En el caso examinado, la Sala observa que no hay pruebas que permitan afirmar que la parte actora incurrió en gastos y expensas y por esa razón y atendiendo los criterios antes citados, no habrá condena en costas para la parte vencida, aunado a que las pretensiones solo fueron acogidas de manera parcial.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de *"inexistencia del derecho reclamado por cuanto el IBL no es un aspecto de la transición", "No se causan intereses moratorios" y "No hay lugar a la indexación"*, propuestas por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial de las Resoluciones SUB 243641 del 30 de octubre de 2017, SUB 296567 del 27 de diciembre de 2017 y DIR 360 del 9 de enero de 2018, expedidas por Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES, que reliquide la pensión de jubilación del señor ELIZEIN CANO YARA, teniendo en cuenta como factor salarial la *asignación básica* devengada en el periodo comprendido del 1º de enero al 31 de enero de 2015, en cuantía de cuantía de $2.406.627.75, y efectiva a partir del 1° de enero de 2016.

CUARTO: ORDENAR el pago de las diferencias en las mesadas pensionales a que haya lugar, sumas que deberán ser actualizadas conforme a la formula fijada por el Consejo de Estado.

---

[27] Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. **Sentencia del 8 de febrero de 2018**. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad.: 25000-23-42-000-2012-00742-01(3695-16)

QUINTO: Dar cumplimiento a esta sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

SEXTO: Sin condena en costas a la entidad demandada.

SÉPTIMO: En firme la presente sentencia archívese el expediente, una vez realizadas las correspondientes anotaciones en el software de gestión.

NOTIFÍQUESE

JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
Magistrado Ponente

BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS
Magistrada

GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado