CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., noviembre 15 de 2018 SE.115

Radicado: 73001233100020120026 01 (3365-2014)
Actor: Jesús Antonio Parra Barrero
Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP
Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho– Decreto 01 de 1984

ASUNTO

La Subsección conoce de los recursos de apelación interpuestos por las partes demandante y demandada contra la sentencia proferida el 9 de mayo de 2014 por el Tribunal Administrativo del Tolima, que accedió a las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor Jesús Antonio Parra Barrero, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó a la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE.

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

   - Resolución PAP 049113 del 19 de abril de 2011, por medio de la cual Cajanal reconoció y liquidó la pensión de jubilación al actor, efectiva a partir del 1.º de noviembre de 2009.

   - Resolución PAP 056611 del 9 de junio de 2011, por la cual Cajanal E.I.C.E. en Liquidación confirmó la anterior decisión.

2. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene la reliquidación de la pensión reconocida sobre el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, con la inclusión de todos los factores salariales que hacían parte de aquel, de acuerdo con lo regulado por el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y el pago de las diferencias que surjan respecto de lo que se debió cancelar, desde que se adquirió el derecho hasta el retiro definitivo del servicio, esto es, el 1.º de noviembre de 2009.

3. Se ordene pagar los ajustes al valor conforme lo dispuesto en el artículo 178 del CCA.

4. Se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 *ibidem.*

5. Se condene en costas a la parte demandada.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

1. La Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, le reconoció una pensión de vejez al señor Jesús Antonio Parra Barrero, a través de la Resolución PAP 049113 del 19 de abril de 2011, liquidada sobre el 75% del promedio de los salarios sobre los cuales cotizó entre el 1.º de noviembre de 1999 y el 30 de octubre de 2009, es decir, sobre el ingreso base de cotización de los últimos 10 años, según lo previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para lo cual se tuvieron en cuenta los siguientes factores:

   - Asignación básica
   - Bonificación por servicios prestados

2. Contra el anterior acto el señor Jesús Antonio Parra Barrero formuló recurso de reposición, con la finalidad de que se reliquidara la mesada, con base en el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios y con la inclusión de todos los factores salariales de que trata el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y los incrementos señalados en el Decreto ley 710 de 1978, así como las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. Mediante Resolución PAP 056611 del 9 de junio de 2011, la entidad confirmó en todas sus partes la decisión adoptada el 19 de abril de 2011.

3. Más adelante, por Resolución 865 del 27 de octubre de 2009, expedida por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, y del Decreto 1-0697 del 30 de

octubre de 2009, de la Alcaldía de Ibagué, Tolima, el actor fue retirado del servicio[1].

4. De acuerdo con la certificación laboral de fecha 2 de agosto de 2011, expedida por la directora del Grupo de Gestión de Talento Humano de la Alcaldía municipal de Ibagué, durante el último año de servicios el demandante devengó los siguientes factores salariales:

- Asignación básica mensual
- Gastos de representación
- Prima de servicios
- Prima de vacaciones
- Prima de vacaciones proporcional
- Prima de navidad

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 2, 4, 13, 25, 48, 53 y 58 de la Constitución Política; Decreto 1045 de 1978 y la Ley 33 de 1985.

Como concepto de violación, expuso que las normas superiores antes mencionadas consagran la protección del derecho a la seguridad social en pensiones, tal y como lo indica la Corte Constitucional en la sentencia T- 968 de 2006. Así las cosas, las autoridades deben tener en cuenta que la Ley 33 de 1985 instituyó el régimen de seguridad y protección sociales de los servidores públicos y trabajadores oficiales, y que previó el derecho a una pensión liquidada en el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, atendiendo los factores de salario señalados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, disposiciones que les son aplicables por ser beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP**, contestó la demanda[2] y se opuso a las pretensiones formuladas por el señor Jesús Antonio Parra Barrero,; para el efecto, argumentó que no intervino en la expedición de los actos administrativos demandados y no ha desplazado a Cajanal en la defensa judicial en relación con

[1] Así se narró en el hecho «QUINTO» de la demanda (f. 23 C. ppal.).
[2] Folios 61 a 66 y 67 a 69 del C. ppal.

decisiones anteriores al 8 de noviembre de 2011, motivo por el cual se configura la excepción de *haberse notificado la admisión de la demanda a persona distinta de la que fue demandada.*

También propuso las siguientes excepciones:

-*No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios* pues considera que Cajanal en Liquidación debe ser vinculada al proceso, en consideración a que es aquella la legitimada por pasiva para ejercer la defensa frente a las pretensiones incoadas.

-*Prescripción:* La propuso bajo la advertencia de que con ello no reconoce que se hubiera consolidado un derecho en favor de la parte demandante.

-*Innominada:* Se presentó con el fin de que se aplique cuando se demuestre cualquier medio de defensa a favor de dicha entidad.

Como fundamentos de defensa explicó que es Cajanal la entidad que debe absolver las pretensiones de la demanda, toda vez que no se refieren al reconocimiento de la prestación sino a su reliquidación y por ello la UGPP carece de legitimación por pasiva.

Por su parte, la **Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal E.I.C.E. en Liquidación**[3], manifestó que mediante Decreto 2196 del 12 de junio de 2009 el Gobierno Nacional ordenó su disolución y liquidación, motivo que lo llevó a adelantar de manera prioritaria las acciones tendientes a garantizar el trámite y reconocimiento de obligaciones pensionales, respecto de los afiliados que hubieran cumplido los requisitos para ello. Igualmente, continuará con la administración de la nómina de pensionados hasta que sea asumida por la UGPP.

En relación con la prestación del señor Jesús Antonio Parra Barrero, estimó que al tener en cuenta en cuenta el 75% del ingreso base de liquidación, conformado por el promedio de los salarios sobre los cuales cotizó durante los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión, le dio cumplimiento al artículo 18 de la Ley 100 de 1993, vigente para ese momento. Por lo demás, dado que se encontraba dentro de los presupuestos del artículo 36 *ibidem* atendió las condiciones de edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo (75% sobre el ingreso base de liquidación) fijados por la Ley 33 de 1985, pero la liquidación se hizo conforme al Decreto 1158 de 1994.

De esta manera, afirmó que se ajustó a la normativa vigente para el momento en el que efectuó el reconocimiento que se controvierte e hizo énfasis en el principio de la sostenibilidad financiera que ampara al sistema de seguridad social en materia de pensiones, y que atiende al bien general que prima sobre el particular.

---

[3] Folios 73 a 84 del C. ppal.

Propuso los siguientes medios exceptivos:

-*INEXISTENCIA DEL DERECHO A RECLAMAR POR PARTE DEL DEMANDANTE* (mayúsculas del original) explicó que el Decreto 691 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, ordenó la incorporación de todos los servidores públicos al nuevo sistema de pensiones, con lo cual su ingreso base de liquidación quedó sujeto a lo indicado por el Decreto 1158 de 1994, que determinó cuáles son los factores salariales para calcular las cotizaciones en materia de pensión.

-*COBRO DE LO NO DEBIDO*. (mayúsculas del original). Consideró que lo reclamado por la parte actora no se le adeuda.

-*BUENA FE.* (mayúsculas del original) Al respecto indicó que sus actuaciones siempre se han ajustado a este postulado.

-*INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES y LEGALES.* (mayúsculas del original) Refutó que no se incurrido en las violaciones que se le indilgan en la demanda.

-*PRESCRIPCIÓN FRENTE A LA SOLICITUD DE RELIQUIDACIÓN PENSIONAL.* (mayúsculas del original) Expuso que para el momento en el que se presentó la demanda ya había operado el fenómeno de la prescripción frente a la posibilidad de solicitar la inclusión de nuevos factores salariales.

- *PRESCRIPCIÓN DE LAS MESADAS PENSIONALES.* (mayúsculas del original) Solicitó que en el hipotético caso en el que se acceda a las pretensiones de declare la prescripción de las mesadas causadas con 3 años de anterioridad a la radicación del libelo introductor.

-*INNOMINADAS y/o GENÉRICA.* (mayúsculas del original) En los términos del artículo 306 del C.P.C., pidió reconocer oficiosamente en la sentencia todos aquellos hechos que se hallen probados y que constituyan excepciones.

El **Instituto Geográfico «Agustín Codazzi»**[4] sostuvo que durante la relación laboral del señor Jesús Antonio Parra Barrero realizó todos los descuentos y pagos de aportes a la Caja Nacional de Previsión Social, conforme lo establecen las normas que regulan la materia, y que no le estaba dado hacerlo frente a los factores que no estaban contemplados en la ley.

Agregó que cuando la jurisprudencia ha ordenado la inclusión de nuevos factores salariales para la liquidación de la pensión, también se ha dispuesto el descuento de los aportes que le correspondía pagar al pensionado y de manera alguna a la entidad.

---

[4] Intervino en calidad de llamado en garantía, por solicitud de Cajanal E.I.C.E. en Liquidación (ff. 1 a 5 C. llamado en garantía) la cual fue admitida por el Tribunal Administrativo del Tolima por medio de auto del 22 de agosto de 2013 (ff. 6 a 18 del C. llamado en garantía).La contestación de la demanda obra en los folios 24 a 30 del cuaderno de llamamiento en garantía.

Igualmente, manifestó que no tiene legitimación en la causa por pasiva pues ni siquiera se ha insinuado que hubiera faltado a sus obligaciones frente a los aportes a pensión del demandante, de manera que no es procedente su intervención.

El Municipio de Ibagué no presentó contestación de la demanda según se informa en el folio 138 del cuaderno principal.

ALEGATOS EN PRIMERA INSTANCIA

El **Municipio de Ibagué (ff. 145 a 147 C. ppal.)**[5] informó que según la respuesta del gerente del Fondo Territorial de Pensiones Públicas del Municipio de Ibagué, aquella entidad no tiene relación con el pensionados, toda vez que no tramitó bono pensional a su nombre y tampoco se consultó, tal y como lo prevé el artículo 2 de la Ley 33 de 1985, al prever:

> «La caja de Previsión obligada al pago de pensión de jubilación, tendrá derecho a repetir contra los organismos no afiliados a ellas o contra las respectivas cajas de previsión, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido o aportado a ellos. El proyecto de liquidación será notificado a los organismos deudores, los que dispondrán del término de quince días para objetarlo, vencido el cual se entenderá aceptado por ellos». (ortografía el original)

El **Instituto Geográfico «Agustín Codazzi»** (ff. 163 a 168 C. ppal.) iteró que dado que lo que se pretende es la reliquidación de la pensión que reconoció y paga en la actualidad Cajanal es claro que es dicha entidad a la que corresponde la defensa de la legalidad de los actos acusados, pues no se cuestiona el cumplimiento de las obligaciones que tenía como nominador frente a los aportes a pensión.

La **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, (**ff. 169 a 173 C. ppal.**)** indicó que Cajanal E.I.C.E. expidió los actos administrativos de reconocimiento, pago y reliquidación de la prestación que devenga el demandante de conformidad con las normas vigentes para el momento en el que adquirió el estatus, con garantía de sus derechos y sin detrimento de los recursos del Estado con respeto del principio de sostenibilidad financiera que sustenta el sistema pensional, para lo cual es necesario que el ingreso base de liquidación corresponda al monto de las cotizaciones efectuadas, puesto que ello redunda en el interés general.

---

[5] Intervino en calidad de llamado en garantía, al igual que el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, por solicitud de Cajanal E.I.C.E. en Liquidación (ff. 1 a 5 C. llamado en garantía) la cual fue admitida por el Tribunal Administrativo del Tolima por medio de auto del 22 de agosto de 2013 (ff. 6 a 18 del C. llamado en garantía).

En este sentido, argumentó que como Cajanal E.I.C.E. no inició las acciones pertinentes frente al empleador, para obtener los aportes correspondientes a los factores dado que ellos no se encuentran enlistados en el Decreto 1158 de 1994. En ese orden, de presentarse una sentencia condenatoria pidió que el llamado en garantía realice las cotizaciones respecto de los emolumentos que se ordene incluir en la liquidación.

El señor **Jesús Antonio Parra Barrero** (174 a 176 C. ppal.) reiteró que se debe ordenar la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de la prima de servicios, de vacaciones y de navidad, de acuerdo con la Ley 33 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978.

El Ministerio público no rindió concepto en esta etapa procesal.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Tolima, en sentencia del 9 de mayo de 2014, declaró la nulidad de los actos acusados y ordenó a Cajanal, hoy UGPP, o quien haga sus veces que reliquide y pague la pensión del actor, tomando como base todos los factores salariales devengados el último año de servicios con inclusión de la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios y denegó las pretensiones de la demanda, con fundamento en el siguiente razonamiento:

Expuso que si bien la Ley 62 de 1985 no consagra las primas que reclama el actor como factores salariales, lo cierto es que la jurisprudencia del Consejo de Estado[6] ha sostenido que la relación tenida en aquella ley es enunciativa y no taxativa, de manera que constituye salario todo lo que perciba el trabajador durante el último año de servicios.

De otra parte, analizó el contenido de la sentencia C- 258 de 2013 de la Corte Constitucional respecto de la cual concluyó que el inciso séptimo del Acto Legislativo 01 de 2005, establece la improcedencia de contemplar regímenes especiales o exceptuados y el parágrafo transitorio 2.º, prescribe la expiración de aquellos que resulten distintos a los previstos por el Sistema General de Pensiones y que la única finalidad de aquella providencia estuvo dirigida a eliminar privilegios injustificados de aquellas personas que devengan las pensiones más elevadas, como es el caso de los congresistas, con el propósito de garantizar el principio de sostenibilidad financiera.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

[6] Citó Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de agosto de 2010, radicación: 25000232500020060750901 (0112-2009).

El apoderado de la **parte demandante** (ff. 226 y 227 C. ppal), presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, la cual solicitó revocar parcialmente en cuanto se denegó la condena en costas, puesto que en su sentir, la entidad obró de mala fe al oponerse a las pretensiones pese a lo que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido en casos como el presente.

Por su parte, la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP**, (ff. 228 a 231 C. ppal.) manifestó su desacuerdo con la decisión del *a quo* al ordenar la reliquidación de la pensión del señor Jesús Antonio Parra Barrero, toda vez que, en su criterio, el ingreso base de liquidación de los servidores públicos que fueron vinculados al Sistema General de Seguridad Social, por virtud del Decreto 691 de 1994, y que son beneficiarios del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe ser el que señala el Decreto 1158 de 1994, que indica expresamente los factores salariales que se deben tener en cuenta para el efecto[7].

Así mismo, sostuvo que tal posición atiende el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, que redunda en el interés general.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta oportunidad solamente intervino el **Instituto Geográfico «Agustín Codazzi»** (ff. 262 a 265) para insistir en que no está legitimado en la causa por pasiva en el presente asunto, motivo por el cual solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia que así lo definió.

Las demás partes no presentaron escrito de alegatos de conclusión en esta instancia tal y como se verifica con el informe que obra en el folio 276 del cuaderno principal.

MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Tercera Delegada ante esta corporación, solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia, para lo cual puso de presente que el Consejo de Estado unificó su posición en lo relacionado con la liquidación de la pensión de quienes se encuentran cobijados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y que por ende son beneficiarios de la Ley 33 de 1985, prestación que se debe calcular sobre el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, pese a que no se hubiera cotizado sobre aquellos.

---

[7] Citó apartes de la sentencia C-258 de 2013 de la Corte Constitucional.

Así mismo, precisó que la bonificación por servicios se debe incluir en una doceava, puesto que ella se paga una vez por cada año de servicio. Adicionalmente, solicitó tener en cuenta los siguientes aspectos:

- La prescripción trienal de las mesadas pensionales, al tenor de lo dispuesto por los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968, 102 del Decreto 1848 de 1969 y 151 del Código Procesal del Trabajo.

- Que de la nueva liquidación se ordene efectuar el descuento de los aportes no realizados, sobre los factores salariales certificados e incluidos en la liquidación pensional, para evitar un enriquecimiento sin causa para el actor y el detrimento injustificado de la entidad demandada, en atención al principio de solidaridad de que trata la ley de seguridad social.

- Que se niegue el reconocimiento de intereses moratorios antes de la ejecutoria de la sentencia, habida cuenta de que se ordena el pago de las sumas debidamente actualizadas mes a mes conforme al IPC.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en esta sentencia se resume en las siguientes preguntas:

¿El señor Jesús Antonio Parra Barrero, quien es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicio?

¿Era procedente la condena en costas de la UGPP en la primera instancia?

Primer problema jurídico

¿El señor Jesús Antonio Parra Barrero, quien es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicio?

1. **Postura unificada en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo frente a la reliquidación de pensión ordinaria de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.**

Para resolver el problema jurídico planteado, le corresponde a la Sala aplicar la regla y subreglas jurisprudenciales fijadas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018[8], que constituye un precedente vinculante y obligatorio en la resolución de casos fáctica y jurídicamente iguales.

En efecto, la Sala Plena precisó que la sentencia de unificación se aplicaría con efectos retrospectivos «[…] 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».

La siguiente fue la **regla** jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición fijada en la referida sentencia de unificación:

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

Como fundamento para establecer dicha regla, la Sala expuso:

> 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. (…) 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.
>
> 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.

---

[8] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Expediente 2012-00143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro.

(…)

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 de 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.

En cuanto a las **subreglas:** la **primera**, se refiere al periodo para liquidar las pensiones de los servidores públicos que adquieran el derecho conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985 (edad, tiempo y tasa de reemplazo), y se fijó en los siguientes términos:

- 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.

La **segunda**, determina «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.». Esta subregla se justifica, así:

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.

De acuerdo con las anteriores pautas fijadas por la Sala que, se repite, constituyen precedente obligatorio, el IBL para las personas que se encuentran en el régimen de transición es el previsto en el inciso tercero del artículo 36 o en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, según corresponda. Estas personas se pensionan con los requisitos de «edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985.»

Caso concreto

La Caja Nacional de Previsión Social, mediante Resolución PAP 049113 del 19 de abril de 2011, reconoció y liquidó una pensión de vejez al señor Jesús Antonio Parra Barrero, efectiva a partir del 1.º de noviembre de 2009. Para dicho reconocimiento se tuvo en cuenta lo siguiente:

- El señor Parra Barrero era beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993.
- Nació el 7 de marzo de 1953.
- Adquirió el estatus jurídico el 7 de marzo de 2008.
- Laboró y aportó un total de 11790 días.
- La liquidación se efectuó con el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de los últimos 10 años, entre el 1.° de noviembre de 1999 y el 30 de octubre de 2009. Como factores salariales se incluyeron: la asignación básica, la bonificación por servicios prestados y gastos de representación (2008-2009).

Mediante Resolución PAP 056611 del 9 de junio de 2011[9] Cajanal resolvió el recurso de reposición[10] formulado contra el anterior acto administrativo, con la finalidad de que se ordenara liquidar la prestación con base en el salario devengado durante el último año de servicios, con la inclusión de los factores que sirvieron de base para efectuar las cotizaciones al sistema general de pensiones, confirmándolo en su integridad.

En sustento de la negativa de la reliquidación solicitada, la entidad manifestó que el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 implica que se atiendan las exigencias de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión del régimen anterior al que venía afiliado el cotizante, sin embargo el ingreso base de liquidación se calcula con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales se

[9] Folios 11 a 14 C. ppal.
[10] Folios 6 a 10 C. ppal.

han efectuado las cotizaciones durante los últimos 10 años o en todo el tiempo si fuere inferior y en los factores señalados por el Decreto 1158 de 1994.

Análisis de la Sala

No es objeto de controversia en el *sub lite*, la condición de beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, del señor Jesús Antonio Parra Barrero. Es decir, que para el reconocimiento de su pensión deben aplicarse las reglas de la Ley 33 de 1985, en cuanto a edad, tiempo de servicios y tasa de remplazo.

En este sentido, esta Subsección concluye que el señor Parra Barrero no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, toda vez que adquirió el estatus pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, el 7 de mayo de 2008, empero, al ser beneficiario del régimen de transición de dicha norma, se atendieron las exigencias de edad y el tiempo de servicios previsto en la Ley 33 de 1985.

Así las cosas, para calcular el monto de su pensión debe tomarse la tasa de reemplazo del 75% sobre un ingreso de liquidación IBL equivalente «al promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.»

De acuerdo con lo anterior, se tiene que la aplicación del régimen de transición para el reconocimiento pensional del actor, en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y conforme a la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, se concreta así:

Beneficio de la transición pensional (Artículo 36 de la Ley 100 de 1993)	**Consolidación del Derecho (edad/55 años + tiempo de servicio o número de semanas cotizadas/20 años) Artículo 1.° Ley 33 de 1985.**		**Ingreso Base de Liquidación (Inciso 3.° artículo 36 de la Ley 100 de 1993/Decreto 1158 de 1994)**		**Tasa de reemplazo, Artículo 1.° Ley 33 de 1985**
	Edad	**Tiempo de**	**Periodo**	**Factores**	

		servicio			
El señor Parra Barrero a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de **42 años**.	55 años	20 años	10 años[11]	-Asignación básica. - Bonificación por servicios prestados - Gastos de representación (años 2008 y 2009)	75%
	Adquirió el estatus de pensionado el **7 de marzo de 2008**				

En relación con la segunda subregla fijada en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sobre los factores salariales que se deben incluir en el IBL en el régimen de transición, en el caso concreto se tiene lo siguiente:

Factores de salario - base de cotización – servidores públicos incorporados al sistema general de pensiones – Decreto 1158 de 1994.	**Factores de salario devengados y cotizados por el señor Jesús Antonio Parra Barrero en el último año de servicios (1.° de noviembre de 2008 a 31 de octubre de 2009)[12].**	**Factores salariales incluidos en el IBL que sirvió de base para liquidar la pensión del demandante[13]**
Asignación básica mensual	Asignación básica mensual	Asignación básica
Bonificación por servicios prestados	Gastos de Representación	Bonificación por servicios prestados
Prima técnica, cuando sea factor de salario	Prima de servicios	Gastos de representación (años 2008 y

[11] Según la Resolución PAP 049113 del 19 de abril de 2011, por la cual se reconoció la pensión al demandante a partir del 1.° de noviembre de 2009.

[12] Certificación expedida por la Secretaría Administrativa del Grupo de Gestión del Talento Humano del municipio de Ibagué.

[13] Folio 3 C. ppal.

		2009)
Primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario	Prima de vacaciones	
Remuneración por trabajo dominical o festivo	Prima de navidad	
Remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna		
Gastos de representación		

Con fundamento en lo anterior, la Sala precisa que el reconocimiento de la pensión del señor Jesús Antonio Parra Barrero, bajo el régimen de transición, se ajustó a derecho, por cuanto se tuvieron en cuenta los factores que devengó y cotizó en el periodo previsto en el inciso 3.° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que están previstos en el Decreto 1158 de 1994.

Conclusión: El señor Jesús Antonio Parra Barrero no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicio, como quiera al estar cobijado por el régimen de transición, su prestación debe liquidarse según lo dispuesto por el inciso 3.° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta los factores salariales que devengó y sobre los cuales cotizó, previstos en el Decreto 1158 de 1994.

Segundo problema jurídico

¿Era procedente la condena en costas de la UGPP en la primera instancia?

La condena en costas en el Decreto 01 de 1984

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso[14] y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

[14] Artículo 171 No. 4 del CCA en concordancia con el art. 178 ib.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias en derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3.° y 4.º del artículo 366 del CGP[15], y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado[16] los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos, conforme los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8.º de la Ley 1123 de 2007[17].

En materia contencioso administrativa el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, prohibía la condena en costas al Estado, aunque sí autorizaba la condena en costas al particular vencido, incluso en incidentes, salvo en nulidad y electorales[18]. Este criterio armonizaba con el antiguo inciso 2.º del numeral 1.º del artículo 392

---

[15] «**[…]** 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado. Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.
4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. **[…]»**

[16] Criterio aceptado por la Corte Constitucional en Sentencia C-043 de 2004 y C-539 de 1999

[17] Regula la norma como deber de los abogados, el de «[…] fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto».

[18] «**[…]** ARTICULO 171. CONDENA EN COSTAS. En todos los procesos, con excepción de los de nulidad y de los electorales habrá condena en costas para el litigante particular vencido en el proceso, incidente o recurso, en los términos del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil. **[…]».**

del CPC[19], modificado por el Decreto 289 de 1989, artículo 1, numeral 198[20], derogado por la Ley 794 de 2003 artículo 42[21].

Posteriormente, la Ley 446 de 1998, al modificar el original artículo 171, consagró una norma que autorizó la condena en costas, previa evaluación del juez de la conducta asumida por las partes[22]. Esta modificación fue objeto de análisis por parte de esta Corporación en sentencia de 18 de febrero de 1999[23], en la cual se precisó lo siguiente:

> […] La nueva disposición contiene dos modificaciones sustanciales: a) posibilita la condena en costas para la entidad pública vencida, pues bajo la vigencia del artículo 171 del CCA sólo se permitía dicha condena para el litigante particular vencido en el proceso, incidente o recurso, con lo cual se atiende por este aspecto al principio de igualdad de las partes y, b) exige una valoración subjetiva para su condena, en tanto que en la norma anterior el criterio para su procedencia era simplemente objetivo, pues remitía al artículo 392 del Código de Procedimiento Civil. […]

Se dijo de la referida modificación, que se trataba de una cláusula abierta o indeterminada, que debía concretarse con la apreciación del juez en cada caso particular.

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia C-043 del 27 de enero de 2004, declaró exequible la expresión «[…] teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes podrá[…]» del artículo 171, modificado por la Ley 446 de 1998. En aquella providencia se dio alcance a la reforma del artículo 171 del CCA al precisar que «[…] No cabe duda ahora de que él permite la condena en costas a las entidades públicas vencidas, tanto en lo concerniente a las expensas

---

[19] «**[…]** 1.- La parte vencida en el proceso, o la que pierda el incidente o el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto, será condenada al pago de costas a favor de la contraria, aunque o haya mediado solicitud.
Sin embargo, la Nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías y los municipios no serán condenados en costas. **[…]».**

[20] «**[…]** 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, a la que pierda el incidente o los trámites especiales que lo sustituyen, señalados en el numeral 4 del artículo 351, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este Código.
En ningún caso la nación, ~~las instituciones financieras nacionalizadas~~, los departamentos, ~~*las intendencias, las comisarías*~~, los distritos especiales y los municipios podrán ser condenados a pagar ~~*agencias en derecho*~~, ni reembolso de impuestos de timbre. . […]».
Apartes tachados INEXEQUIBLES por la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia No. 98 del 29 de julio de 1990.

[21] «**[…]** 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. **. […]».**

[22] **«[…] ARTÍCULO 171.** Modificado por el art. 55, Ley 446 de 1998- Condena en costas. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil**. […]».**

[23] Sección Tercera, Expediente No 10.775.

judiciales como a las agencias en derecho (salvo el impuesto de timbre). […]» Y que «[…] es muy clara en cuanto introduce un factor subjetivo en la determinación de la responsabilidad de las partes por el reembolso de las costas judiciales y así lo ha reconocido también el Consejo de Estado […]». Ello, señaló la sentencia, pese a la remisión que se hacía al artículo 392 del CPC que regulaba un criterio objetivo en tal sentido. Continúa la Corte Constitucional, «[…] pues este aspecto es regulado de manera distinta por esa misma norma, introduciendo un factor subjetivo para la definición de esa responsabilidad […]» tal como lo había precisado el Consejo de Estado en decisión que es objeto de cita en esta sentencia[24].

Caso concreto

En el asunto bajo estudio la parte demandante considera que el hecho de que la demandada hubiera ejercido el derecho de defensa, oponiéndose a las pretensiones de la demanda pese a lo que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido en casos como en el presente.

Al respecto, observa la Subsección que el artículo 74 del Código de Procedimiento Civil, vigente para el momento en el que se instauró la demanda, disponía que hay temeridad o mala fe, en los siguientes eventos:

> 1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición, incidente o trámite especial que haya sustituido a éste.
> 2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.
> 3. Cuando se utilice el proceso, incidente, trámite especial que haya sustituido a éste o recurso, para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos.
> 4. Cuando se obstruya la práctica de pruebas.
> 5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso.

A su vez, el artículo 79 del Código General del Proceso, en relación con este aspecto, precisa lo siguiente:

> 1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.
> 2. Cuando se aduzcan calidades inexistentes.
> 3. Cuando se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos.
> 4. Cuando se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas.

[24] Consejo de Estado. Sentencia del 8 de marzo de 2001. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C.P Olga Inés Navarrete Barrero.

> 5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso.
> 6. Cuando se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas.

En ese orden, se advierte que la UGPP al contestar la demanda (ff. 61 a 66 y 67 a 69 del C. ppal.), alegar de conclusión en primera instancia (ff. 169 a 173 C. ppal. y presentar el recurso de apelación contra la sentencia del *a quo* (ff. 228 a 231 C. ppal.), para exponer las razones en las que sustenta la legalidad de los actos acusados, con la explicación de los fundamentos jurídicos para su expedición, no incurrió en una conducta temeraria, por cuanto no se trata de una manifiesta ausencia de fundamento legal.

De esta manera, la Subsección observa que la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Tolima atendió el criterio subjetivo aplicable en materia de condena en costas a procesos tramitados en vigencia del Código Contencioso Administrativo, motivo por el cual no tiene vocación de prosperidad el planteamiento del demandante, máxime si se tiene en cuenta que con base en el estudio de sus argumentos logró que se revocara la sentencia condenatoria.

Conclusión: La decisión del juez de primera instancia de abstenerse de condenar en costas de la UGPP se encuentra ajustada a derecho, pues de su conducta procesal no se desprende temeridad o mala fe.

Decisión de segunda instancia

Por lo expuesto la Sala considera que se impone revocar la sentencia de primera instancia proferida el 9 de mayo de 2014 por el Tribunal Administrativo del Tolima, en cuanto ordenó incluir en la reliquidación de la pensión del demandante todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, pues, de conformidad con el Decreto 1158 de 1994 únicamente procedía la inclusión de los factores que fueron incluidos por la entidad demandada, por tal razón carecen de vocación de prosperidad los argumentos del recurso de apelación impetrado por el apoderado de la parte actora. En su lugar, se denegarán las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Revóquese la sentencia de primera instancia proferida el 9 de mayo de 2014 por el Tribunal Administrativo del Tolima, en cuanto ordenó incluir en la

reliquidación de la pensión del demandante todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios. En su lugar, se dispone:

Deniéguense las pretensiones de la demanda.

Segundo: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ **RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ