



Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13001-23-33-000-2014-00390-00
Demandante:	Hugo Enrique Romero Vásquez
Demandado:	UGPP
Asunto	Reliquidación de pensión de jubilación
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Corporación emitir fallo de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

III. ANTECEDENTES

3.1. La demanda

a) Pretensiones.

El señor Hugo Enrique Romero Vásquez, mediante apoderado judicial, presentó demanda contra la UGPP en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., en la cual solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en las Resoluciones Nos. 035219 del 27 de febrero de 2012 y 042071 del 10 de abril del 2012, por medio de las cuales, se le negó, el reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación, a cargo de La UNIDAD ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES, y consecuentemente,

*2.- A título de restablecimiento en el derecho violado se condene a la entidad demandada a; reconocer y pagar la reliquidación de la Pensión Mensual Vitalicia de jubilación, en la forma y términos indicados en la leyes 33 y 62 de 1.985, en armonía con lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1.993, teniendo en cuenta la indexación de la primera mesada, en cuanto no tuvo presente para su liquidación, **el setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes en el último año de servicio**."*

2.1. Ordenar pagar el ajuste de valor conforme al C.C.A. sobre todos los valores causados.

2.2.-Ordenar el pago de los intereses moratorios en cumplimiento del C.C.A., en concordancia con la Sentencia C- 188/99, a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta el pago efectivo.

3.-Pagar las Costas del Proceso. (...)"



b) Hechos

Para sustentar fácticamente la demanda el accionante afirmó, en resumen, lo siguiente: (fs. 36--59):

Nació el 30 de julio de 1946 y prestó sus servicios al Estado por más de 20 años

Es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, por lo anterior tiene derecho a la aplicación de la Ley 33/85.

Al momento de su retiro, el 8 de marzo de 1.992, devengó por sus servicios prestados al Instituto de Crédito Territorial, I.C.T, antes, hoy INURBE, sueldo básico, salario en especie (alimentación), prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, bonificación por retiro voluntario, sumas de dinero, a las que se le hicieron los descuentos, como lo dispuso la Ley 4ª de 1966, y su Decreto 1743 del mismo año, esto es el 5% del salario recibido, con destino a la Caja Nacional de Previsión Social.

Por lo anterior, su mesada pensional, en virtud de lo dispuesto las Leyes 33 y 62 de 1.985, es igual al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, de donde resulta una mesada pensional de: \$ 791.502,07.

Mediante Resolución No. 06406 de 1º marzo de 2003, reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación, a partir del 30 de julio de 2001, en la suma de \$ 973.187.20.

La mesada pensional fue liquidada con el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 2 años y 10 meses, cotizado al ISS entre el 1º de junio de 1.996 al 30 de septiembre de 2000.

Mediante memoriales presentados a la demandada el 25 de agosto, 21 de septiembre del 2011, enero 22 y febrero 15 de 2012, solicitudes de reliquidación de la pensión de jubilación, las cuales fueron denegadas mediante oficios Nos. UGM DP-CE-14653-2011; UGM DP-CE-26426-2011; PABF-DAUE-0609 de 15 febrero 2011; PABFDAUE-264476-2011 de 17 mayo 2011.

Por Resolución No. UGM 035219 de 27 de febrero del 2012 se negó la reliquidación de la pensión.

Inconforme con la decisión anterior presentó recurso de reposición el cual fue resuelto mediante Resolución No. UGM - 042071 de 10 de abril de 2012, la cual confirmó en todas sus partes la resolución recurrida.



c) Normas violadas y concepto de la violación.

La accionante afirmó que con la expedición de los actos administrativos acusados la UGPP violó los artículos 2, 7, 23 y 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; 3, 8 y 26 de la ley 74 de 1968 que ratifica el Pacto Internacional de Derechos Civiles; 6 y 21 de la ley 16 de 1972 que ratifica el Pacto de San José; 1, 2, 13, 25, 29, 46, 47, 48, 53, 58, 93, 333 y 373 de la Constitución Política; Leyes 33 de 1985, 62 de 1985, 4ª de 1.992; artículos 4, 11, 36, 146, 272, 273, 288 de la Ley 100/93; 19 y 21 del C.S.T.; 10 del C.C.A.; 71 y 72 del C.C., y el principio de favorabilidad.

Sostuvo que su pensión de jubilación se debe reconocer y pagar con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes en el último año de servicio.

El acto acusado no se fundó en la norma vigente aplicable al caso, no apreció las pruebas aportadas y se motivó con argumentos ilógicos.

Pese a que existen normas que establecen la obligación de aplicar el régimen anterior a la vigencia de la Ley 100/93, la entidad demandada no lo hizo.

Adicionalmente, al no aplicar la Ley 33/85 de forma íntegra, se viola los derechos legalmente adquiridos, el principio de favorabilidad en materia laboral, el principio pro homine y la condición más beneficiosa al trabajador, todos ellos previstos en la constitución Política.

Finalmente, solicitó que se de aplicación a la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010.

3.2. Trámite

La demanda se admitió mediante auto de 1º de octubre de 2014 (f. 71-72); la UGPP contestó la demanda el 3 de diciembre de 2014 (fs. 79-88).

El 4 de diciembre de 2015 se corrió traslado de las excepciones presentadas por la demandada (f. 116); mediante auto de 26 de agosto de 2015 se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial (f. 143 ibídem); mediante auto de 24 de septiembre de 2015 se reprogramó la audiencia inicial (f.145); el 30 de noviembre de 2015 se llevó a cabo la audiencia y se decretaron pruebas (fs. 152-155); y por auto de 15 de marzo de 2018 se ordenó correr traslado para alegar (f.164).



3.2. Contestación¹.

La UGPP contestó la demanda y se opuso a las pretensiones, en resumen, con los siguientes argumentos:

Los actos acusados se encuentran ajustados a derecho.

En cuanto a la pretensión de inclusión de todos los factores salariales, es pertinente señalar que la demandante, en virtud del régimen de transición que le es aplicable a su caso, el periodo sobre el cual se liquida la pensión, así como los factores que deben tenerse en cuenta en la liquidación, son los indicados en la Ley 100/93 y su Decreto Reglamentario 1158 de 1994.

Los descuentos que se hubieren hecho sobre los demás factores reclamados y no tenidos en cuenta en la liquidación, se consideran ilegales, pues el decreto mencionado señala taxativamente sobre qué factores se debe hacer las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones.

En la liquidación de la pensión de vejez de la accionante, se incluyeron los factores salariales a que tiene derecho, acorde a la normatividad citada.

La peticionaria se encuentra cobijada por el régimen de transición, pues adquirió el estatus pensional el 30 de julio de 2001, en vigencia de la Ley 100 de 1993; y para estos beneficiarios, la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, así como el monto de la pensión, serán los establecidos por el régimen anterior al cual se encuentre afiliada. Pero la liquidación de la pensión, así como los factores que deben tenerse en cuenta, son los establecidos por la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

De liquidarse la pensión con base en todos los factores salariales reclamados, se violaría el principio de sostenibilidad presupuestal, consagrado en el artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2005, el cual llama a la cordura y a la razonabilidad del sistema presupuestal.

Propuso como excepciones la prescripción de las mesadas, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y la genérica o innominada.

3.3. Audiencia inicial

Vencido el término de traslado de las excepciones, mediante auto de 26 de agosto de 2015 se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial. No

¹ Fs. 63-72



obstante, la cual fue reprogramada mediante auto de 24 de septiembre de 2015 para el 30 de noviembre de 2015, fecha en que se llevó a cabo.

3.4. Alegatos

Una vez agotada la etapa probatoria, mediante providencia de 15 de marzo de 2018, se dispuso correr traslado a las partes y al Agente del Ministerio Público para que presentaran por escritos sus alegaciones y concepto, respectivamente (f. 164).

Las partes no presentaron alegatos y el Ministerio Público no rindió concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotado el trámite descrito sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a proferir fallo de primera instancia.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Cuestiones procesales previas sobre las excepciones propuestas

La apoderada de la demandada alegó la inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; y aunque adujo que se trataba de excepciones, en estricto rigor procesal no son tales, pues no constituyen hechos nuevos con la aptitud de enervar las pretensiones de la demanda, sino razones de defensa que deben ser examinadas por la Sala al momento de abordar el estudio de fondo de la demanda, como en efecto se hará.

5.2. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala establecer, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, si tal y como afirma el demandante, en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, teniendo en cuenta el 75 % de todo lo devengado durante el último año de servicios, como lo permitía las Leyes 33 y 62 de 1985.

5.3. Tesis de la Sala.

El demandante no tiene derecho a la reliquidación en los términos que reclama, porque de acuerdo con la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 28 de agosto de 2018, en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, las pensiones deben liquidarse teniendo en cuenta el



monto (la tasa de reemplazo), la edad y el tiempo de servicios previstos en la Ley 33/85, pero el ingreso base de liquidación no hace parte del régimen de transición, pues está regulado por la Ley 100/93, y los factores que deben incluirse en el mismo son exclusivamente aquéllos sobre los cuales se haya hecho aportes al sistema de seguridad social en pensiones, con base en el Decreto 1158/94.

En consecuencia, se negarán las pretensiones.

5.4. Marco jurídico y jurisprudencial.

5.4.1. Régimen de transición.

La Ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social integral, con el objetivo de amparar a la población en las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, para los afiliados y sus beneficiarios, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales y a crear mecanismos de carácter económico que contrarrestaran las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se veían sometidos. No obstante lo anterior, la referida ley en su artículo 36 preceptúa lo siguiente:

"ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. (...)"

El régimen de transición creado por la Ley 100 de 1993 ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

Las pruebas allegadas al expediente demuestran que el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 del 1993, el actor tenía más de 40



años de edad, por lo cual se encuentra amparado por el régimen de transición.

La Sala precisará la norma anterior a la Ley 100/93 que regulaba la situación pensional del actor para efectos de establecer la cuantía de la prestación que se le debió reconocer.

5.4.2. Régimen pensional aplicable al caso concreto

Con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 el **régimen general de pensiones estaba contemplado en la Ley 33 de 1985**, cuyo artículo 1º dispone:

"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 años (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 (...).

PARÁGRAFO 2o. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad si son mujeres o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

PARÁGRAFO 3o. En todo caso los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley"

El artículo 3º ibídem estableció la forma como se liquidaría la pensión de jubilación. Posteriormente esta disposición fue modificada por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 en la siguiente forma:

"ARTÍCULO 1o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del



orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcularlos aportes".

5.4.2. Sentido y alcance del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

El Consejo de Estado había adoptado de manera reiterada y pacífica el criterio según el cual a las pensiones de los servidores del estado beneficiarios del régimen de transición se les debía aplicar el régimen normativo que con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 regulaba lo relativo a la edad, tiempo de servicios y el **monto de la pensión**, y que la expresión subrayada comprendía tanto el porcentaje o tasa de reemplazo (75%), como el ingreso base de liquidación, pues el principio de inescindibilidad imponía aplicar la norma comentada de manera integral e impedía liquidar la pensión aplicando edad y tiempo de servicio del régimen anterior y el monto del nuevo régimen.

También sostuvo la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo Subsección A, en sentencia de 4 de agosto de 2010, radicación 250002325000200607509 01 (0112-2009), que para efectos de la liquidación de la pensión debían tenerse en cuenta todos los factores salariales (...) *En aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios"*

En la sentencia C-258 de 2013 la Corte Constitucional estudió una demanda contra el artículo 17 de la Ley 4 de 1992,² cuyo texto es el siguiente: "El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores. Aquéllas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que,

²Ley 4 de 1992, *Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.*



durante el último año, y por todo concepto, perciba el Congresista. Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal. - PARÁGRAFO. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decreta la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva."

En este fallo la Corte asumió una interpretación distinta del artículo 36 de la Ley 100/93, según la cual el concepto de monto comprende únicamente el porcentaje o tasa de reemplazo (75%), el cual diferenció del ingreso base de liquidación, al cual se aplica para liquidar la mesada pensional, y por ello el IBL de las personas cobijadas por el régimen de transición se debían regir por la Ley 100/93 y no por el régimen anterior.

La Corte sostuvo los criterios anteriores aduciendo la violación del principio de igualdad por la norma acusada - porque conduce a transferir subsidios públicos excesivos a un grupo de personas que no sólo no están en condición de vulnerabilidad o debilidad, sino que por regla general pertenecen a un sector en mejores condiciones socio-económicas, e impone un sacrificio desproporcionado de los principios y finalidades de la seguridad social - y declaró inexecutable las expresiones "durante el último año y por todo concepto", "Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal", contenidas en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, así como la expresión "por todo concepto", contenida en su parágrafo.

De acuerdo con esta segunda interpretación los beneficiarios del régimen de transición tendrían derecho a una pensión equivalente al 75 % (monto) del promedio de los factores salariales devengados durante los últimos 10 años de servicio (IBL).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, mediante sentencia T-078 de 2014, denegó el amparo solicitado por un ciudadano que alegó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia incurrió en causal de procedencia de tutela contra providencia judicial, al desconocer el régimen especial que se basa en el sistema de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto se tomó como base para liquidar la pensión, el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, y no el ingreso base de liquidación, que corresponde a lo devengado en el último año de servicio, tal y como lo disponen las normas especiales que rigen para las pensiones de los trabajadores de la extinta Telecom. Se apoyó esta sentencia de tutela en los parámetros de interpretación utilizados por sentencia C-258/13 frente a la norma mencionada.



El ciudadano afectado por la sentencia T-078 solicitó su nulidad ante la Sala Plena invocando la vulneración del derecho al debido proceso por desconocimiento del precedente constitucional en vigor de las Salas de Revisión.

Por auto 326 de 2014 la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió denegar la petición de nulidad porque consideró que no se configuraba el desconocimiento del precedente, dado que antes de la Sentencia C-258 de 2013 no existía un pronunciamiento de constitucionalidad expreso de Sala Plena sobre la interpretación del monto y el ingreso base de liquidación en el marco del régimen de transición, y a falta de dicha interpretación estaba permitida aquella que de acuerdo con Constitución y la ley acogiera cualquiera de las Salas de Revisión en forma razonada y suficientemente justificada y aclaró las sentencias C-168 de 1995, C-1056 de 2003, C-754 de 2004 proferidas por la Sala Plena sobre el tema, ninguna se había referido a las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición, y por ello el precedente aplicable al caso luego de la Sentencia C-258 de 2013 era el fijado en ésta.

Aseguró la Corte en esta providencia que "...el parámetro de interpretación fijado por la Corte en la materia, a pesar de que no se encuentra situado de forma expresa en la parte resolutive de dicha providencia, fundamenta la ratio decidendi que dio lugar a una de las decisiones adoptadas en la Sentencia C-258 de 2013 y, por tanto, constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no puede ser desconocido en forma alguna".

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en la sentencia SU-230 de abril 29 de 2015, examinó los conceptos de precedente judicial y jurisprudencia en vigor y su carácter vinculante; así como la jurisprudencia de las Salas de Revisión previa a la Sentencia C-258/13 que establecían que el monto de la pensión de las personas cobijadas por el régimen de transición de la Ley 100/93 era el previsto en el régimen anterior – en concordancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado –; describió igualmente los fundamentos de la Sentencia C-258/13 que consideró que el IBL de dichas personas debía regirse por la Ley 100/93 y las sentencias T-078 de 2014 que por vía de tutela reiteró dicho criterio y del auto de Sala plena que negó la solicitud de nulidad en su contra. Describió igualmente la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia para concluir que se identificaba con los criterios adoptados en la misma materia por el fallo de constitucionalidad mencionado y reiteró que éste constituía un precedente jurisprudencial obligatorio para todas las autoridades.



Así mismo, la Corte Constitucional en la **Sentencia T-615 de 9 de noviembre de 2016**, precisó que **los derechos pensionales causados antes de la expedición de la expedición de la sentencia C-258 de 2013**, no son afectados por la interpretación consignada en ella:

Sin embargo, la Sentencia T-615/16 fue anulada por la Corte Constitucional, a solicitud de la UGPP, según consta en Auto 229 de diez (10) de mayo de dos mil diecisiete (2017), Magistrado Ponente (E) José Antonio Cepeda Amarís, debido a que se estableció que en la misma no se tuvo en cuenta el precedente de la Corporación surgido desde la sentencia C-168 de 1995 y materia de las sentencias C-258/13, SU/230/15, SU 405/16 y SU-210 de 2017 .

Ahora bien, en reciente pronunciamiento, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de 28 de agosto de 2018, dentro del proceso seguido por Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro contra CAJANAL En Liquidación, dentro del radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01, sostuvo:

Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición

92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

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

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes **sub-reglas**:

94. **La primera sub-regla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.
- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera sub-regla, no cubre a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la



Ley 91 de 1989³. Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**

(...) 96. **La segunda sub-regla** 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 sub-regla se sustenta en el artículo 1º de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como "un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y **solidaridad**, en los términos que establezca la Ley". El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como "[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil".

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

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se 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.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social.

La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de

³ Ley 100 de 1993. "Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]".



configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.

La Sala prohíja los criterios expuestos por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de la Sala Plena, citados previamente, y los aplicará al caso concreto.

5.4.3. Los principios protectores de favorabilidad, *in dubio pro operario* y condición más beneficiosa, como criterios de interpretación en el análisis de casos concretos que involucren la protección del derecho a la seguridad social

Con relación al tópico bajo estudio ha dicho la Corte Constitucional, entre otras sentencias, en la T-730/14, lo siguiente:

El artículo 53 de la Constitución, contiene los principios mínimos fundamentales del derecho laboral. Así, la citada disposición Superior garantiza la protección de la "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho" [38], a través de dos principios hermenéuticos: (i) favorabilidad en sentido estricto e (ii) *in dubio pro operario* [39] (...)

6.4.1. Los principios de favorabilidad e *in dubio pro operario*

El principio de favorabilidad "se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal" [41]. Determina "en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador" [42].

Sobre su aplicación, ha dicho este Tribunal Constitucional lo siguiente:

"[S]e aplica en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. En estos eventos los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social. El texto legal así escogido debe emplearse respetando el principio de inescindibilidad o conglobamiento, es decir, aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible



escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido.

29. El legislador desarrolló el principio de favorabilidad en armonía con el criterio de conglobamento en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo (...)

- 6.4.2. Sobre el principio *in dubio pro operario* [44] (favorabilidad en sentido amplio), se dijo en la jurisprudencia ya citada que:

"...Implica que una o varias disposiciones jurídicas aplicables a un caso, permiten la adscripción de diversas interpretaciones razonables dentro de su contenido normativo, generando duda en el operador jurídico sobre cuál hermenéutica escoger [45]. En esta hipótesis el intérprete debe elegir la interpretación que mayor amparo otorgue al trabajador [46].

33. Mientras el principio de favorabilidad en sentido estricto recae sobre la selección de una determinada disposición jurídica, el principio *in dubio pro operario* lo hace sobre el ejercicio interpretativo efectuado por el juzgador al identificar el contenido normativo de una disposición jurídica. Para la Corte Constitucional "la "duda" que da lugar a la aplicación de los principios de favorabilidad e *in dubio pro operario* "debe revestir un carácter de seriedad y objetividad, pues no sería dable que ante una posición jurídicamente débil, deba ceder la más sólida bajo el argumento que la primera es la más favorable al trabajador. (...)

6.4.3. El principio de la condición más beneficiosa

El operador judicial debe acudir al criterio hermenéutico de la condición más beneficiosa en favor del afiliado o beneficiario de la seguridad social, para analizar los asuntos sometidos a su conocimiento.

(...)De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc., o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.

La Sala utilizará los criterios expuestos para decidir el sub-lite.

5.5. Caso concreto

5.5.1. Pruebas relevantes para decidir.

- Certificado suscrito por el Jefe de División Administrativa de INURBE de 18 de junio de 2002, mediante el cual hace constar que el demandante en el último año de servicios devengó: sueldo mensual, salario en especie, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicio prestado y bonificación por retiro voluntario (f. 3).



- Copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que consta que nació el 30 de julio de 1946. (f.5)
- Resolución N° 06406 del 21 de marzo de 2003, por medio de la cual la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL EICE -, reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia de vejez a favor del demandante, teniendo en cuenta el 75% de lo devengado durante los últimos de 2 años y 10 meses de servicios, incluyendo la asignación básica (fs. 6-9).
- Resolución N° UGM 035219 de 27 de febrero de 2012, por medio de la cual se niega una reliquidación de pensión (f. 23-25).
- Resolución N° UGM 042071 de 10 de abril de 2012, por medio de la cual se decidió desfavorablemente el recurso de reposición contra la decisión anterior (fs. 31-33).

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

El artículo 36 de la Ley 100/93 estableció un régimen de transición para quienes a la entrada en vigencia de dicha ley hubieran cumplido 35 años de edad, si fueran mujeres, y 40 si fueran hombres; o 15 años de servicios.

De acuerdo con las sentencias de unificación de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado descritas en el marco normativo y jurisprudencial, la norma anterior debe ser interpretada en el sentido de que a las personas beneficiarias del régimen de transición se les debe aplicar la Ley 33 de 1985, únicamente en cuanto a la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, y el monto o tasa de remplazo, entendido este último concepto como el porcentaje sobre el cual se liquidará la pensión. Pero el ingreso base de liquidación – IBL -, debe calcularse de acuerdo con lo previsto en la Ley 100/93, pues este componente no fue sometido a transición. Y los factores que deben tenerse en cuenta en estos casos para liquidar la pensión son aquéllos sobre los cuales se hayan realizado aporte o cotización a la seguridad social en pensiones, que corresponden a los enlistados en el Decreto 1158/94.

Tal como quedó establecido en el proceso, el demandante estaba amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en consideración a su edad (tenía 47 años al entrar en vigencia la Ley 100/93); y el régimen previo a dicha ley era el establecido en la Ley 33/85 y 62/85.

Se encuentra acreditado en el proceso que al demandante CAJANAL EICE le reconoció su pensión mediante la Resolución N° 06406 del 21 de marzo de



2003, teniendo en cuenta el 75% de lo devengado durante los últimos de 2 años y 10 meses de servicios, incluyendo solamente la asignación básica (fs. 6-9, con fundamento en las Leyes 100/93 y 33/85.

Al examinar el contenido de la Resolución anotada, se advierte que tuvo en cuenta la edad, el tiempo de servicios y monto (tasa de reemplazo), previstos en la Ley 33/85, modificada por la Ley 62/85; el ingreso base de liquidación estuvo referido a los 2 últimos años y 10 meses de servicios, en aplicación del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100/93; y el único factor que se tuvo en cuenta fue la asignación básica, prevista como ingreso base de cotización por el Decreto 1158 de 1994; todo ello conforme a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100/93 que ha adoptado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en las sentencias de unificación que en esta oportunidad prohíja la Sala, salvo en lo que se refiere al tiempo considerado para el IBL.

Lo anterior, porque a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100/93 el accionante ya tenía el tiempo de servicios requerido para obtener la pensión, aunque le faltaban siete años y tres meses para cumplir con la edad, razón por la cual ese fue el tiempo al que debió referirse el IBL en la resolución de reconocimiento, en aplicación del artículo 36 de la Ley 100/93; no obstante lo cual se tuvieron en cuenta los últimos 2 últimos años y 10 meses de servicios.

Si bien el accionante manifestó haberse retirado del servicio estatal desde el 1992, su pensión debió ser reconocida aplicando el IBL en los términos de la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado; esto es, teniendo en cuenta los factores salariales cotizados en el tiempo que faltaba para cumplir el requisito de pensión luego de la entrada en vigencia de la Ley 100/93.

A folios 6-9 del expediente obra Resolución N° 06406 del 21 de marzo de 2003 en la que consta que el accionante siguió cotizando a seguridad social en los años de 1996, 1998, 1999 y 2000, pero no obra en el proceso prueba alguna de los factores salariales cotizados durante ese periodo, lo cual impide establecer si se cumplieron con las exigencias del Acto Legislativo 01/2005 y el Decreto 1158/1994.

A juicio de la Sala, no se cuenta en el proceso de medios de prueba que permitan establecer si el aparente error de CAJANAL EICE mejoró o desmejoró la liquidación de la pensión del accionante, y en todo caso se trata de un asunto que no fue materia de debate en el proceso.

Con independencia de la observación relativa al tiempo que CAJANAL tuvo en cuenta para calcular el ingreso base de cotización, la Sala debe desestimar las pretensiones de reliquidación de la pensión con base en el 75%



de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, por la sencilla razón de que se aparte de la interpretación que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado hacen del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, sobre todo, porque no se probó que se hubiera cotizado sobre los factores que reclama, y porque bajo ninguna circunstancia debe tenerse en cuenta solo lo devengado el último año de servicios para calcular el IBL.

- El apelante invocó en su apoyo el principio de favorabilidad.

Sin embargo, debe la Sala considerar que, como enseña la jurisprudencia constitucional comentada previamente, el principio de favorabilidad se aplica en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto, evento en los cuales se debe elegir la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social, pero "respetando siempre el principio de inescindibilidad o conglomeramiento, por lo que debe aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece.

En el presente caso no cabe aplicar el principio alegado por el apelante, porque pretende escisiones o fragmentaciones, tomando lo más favorable de la Ley 100/93 y de la Ley 33/85, y utilizando disposiciones jurídicas contenidas en cada régimen normativo, lo cual está proscrito por el principio bajo estudio.

El principio in dubio pro operario o favorabilidad en sentido amplio, recae, por su parte sobre el ejercicio interpretativo efectuado por el juzgador al identificar el contenido normativo de una disposición jurídica, sobre el cual surgen dudas; que "debe revestir un carácter de seriedad y objetividad, carácter que en este caso no tiene la supuesta duda planteada por la demandante, pues tanto el IBL como la tasa de reemplazo previstos en el régimen especial y el general invocados por el actor están dotados de claridad y la supuesta duda la hace surgir invocando la posibilidad de integrar elementos de una y otra norma para integrar una tercera.

Finalmente, el principio de la condición más beneficiosa, impone ante una misma situación jurídica regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, el deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas de escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador, pero en ningún caso permite al



juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.

Por lo anterior, se negaran las pretensiones de la demanda.

5.6. Condena en costas

En el presente caso procede la aplicación del artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, de acuerdo con el cual se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

No obstante que en el presente caso la parte demandante resulta vencida en esta instancia, la Sala no le impondrá condena en costas, teniendo en cuenta que para la fecha en que presentó su demanda, la tesis que sostenía este Tribunal con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, respaldaba las pretensiones; de modo que el demandante actuó bajo el convencimiento de que sus pretensiones podrían ser prósperas.

Dado que la falta de prosperidad de la demanda se produjo con ocasión del cambio de criterio de esta Corporación, resulta inequitativo condenar al demandante en costas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

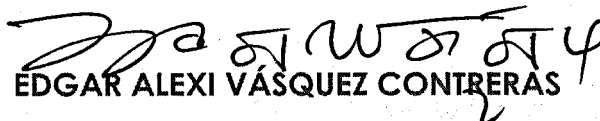
VI.- FALLA

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda.

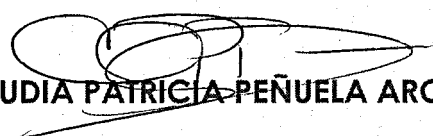
SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS,


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Ausente con permiso


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE