

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN
M.P. Dr. Gerardo Iván Muñoz Hermida

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

ACCION : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ESPERANZA SOTELO TAMAYO
DEMANDADO : UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.
PROVIDENCIA : SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA
RADICACIÓN : 41 001 33 33 001 2014 00048 01
RAD. INTERNA: 2017-0085

Aprobado en Sala de la fecha. Acta No. 18.

1. OBJETO A DECIDIR.

En virtud de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 247 de la Ley 1437 de 2011, procede la Sala a dictar sentencia y decidir de fondo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 29 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, mediante la cual se accedió de manera parcial a las súplicas de la demanda.

2. LA DEMANDA.

2.1. De las pretensiones.

Mediante apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, **ESPERANZA SOTELO TAMAYO** instaura demanda contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, para solicitar se efectúe las siguientes declaraciones:

-Nulidad parcial del artículo primero de la Resolución No. UGM-018919 de fecha 30 de noviembre de 2011 proferida por CAJANAL hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez, con efectividad a partir del 1 de agosto de 2011.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 001 2014 00048 01 Rad. Interna: 2017-0085

Demandante: ESPERANZA SOTELO TAMAYO.

Demandado: UGPP.

-Nulidad parcial del artículo primero de la Resolución No. RDP-002187 de fecha 18 de enero de 2013 proferida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, por la cual se reliquida la pensión de vejez efectiva a partir del 1 de junio de 2012.

-Nulidad de la Resolución No. RDP-037349 del 14 de agosto de 2013 por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación en contra de la Resolución No. 002187 del 18 de enero de 2013, confirmando la misma.

A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada, en aplicación del principio de favorabilidad, reliquidar la pensión de vejez, teniendo en cuenta el 75% del 100% de todos los factores de salario, devengados por la accionante en el último semestre de servicios, correspondientes al sueldo o asignación básica, bonificación por servicios prestados, bonificación especial (quinquenio), prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad e indemnización de vacaciones, con efectividad a partir del 1 de junio de 2012, de conformidad con lo establecido en los artículos 7, 17 y 23 del Decreto 920 de 1976, en concordancia con el artículo 20 del Decreto 720 de 1978, artículo 20 literal b) y artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, artículo 113 numeral 5 de la Ley 106 de 30 de diciembre de 1993.

Que se ordene igualmente pagar las diferencias entre lo que se ha venido cancelando por concepto de pensión y lo que se determine pagar en la sentencia, con efectividad a partir del 1 de junio de 2012, debidamente ajustadas conforme al índice de precios al consumidor conforme lo ordena el artículo 192 y 195 del CPACA.

Pretende también se condene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP- al pago de interés moratorios y dé cumplimiento al fallo dentro del término previsto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

Finalmente, solicita se condene al pago de costas a la entidad demandada.

2.2. De los hechos.

En síntesis, se expone que la señora Esperanza Sotelo Tamayo laboró para el servicio de la Contraloría General de la República por más de 30 años desde el 26 de febrero de 1982 hasta el 31 de mayo de 2012.

La extinta Caja Nacional de Previsión Social hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, mediante Resolución No. UGM-018919 del 30 de noviembre de 2011, reconoció a favor de la señora Esperanza Sotelo Tamayo el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez con efectividad a favor de la señora Esperanza Sotelo Tamayo con efectividad a partir del 1 de agosto de 2011, pero con efectos fiscales una vez demuestre el retiro definitivo del servicio, hecho que aconteció mediante Resolución No. 0802 del 7 de mayo de 2012.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 001 2014 00048 01 Rad. Interna: 2017-0085

Demandante: ESPERANZA SOTELO TAMAYO.

Demandado: UGPP.

Pensión que es objeto de reliquidación a través de la Resolución No. RDP-002187 del 18 de enero de 2013, con efectividad a partir del 1 de junio de 2012, acto administrativo en contra del cual se interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto mediante Resolución No. RDP-037349 del 14 de agosto de 2013, confirmando el acto recurrido.

Que al momento de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, establecido por la Ley 100 de 1993, la demandante tenía más de 35 años de edad, por lo que la edad, el tiempo de servicio, el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión es el establecido en el régimen anterior, esto es, el artículo 7 del Decreto 929 de 1976, en concordancia con el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y artículos 20 y 40 del Decreto 720 de 1978 y artículo 13 numeral 5 de la Ley 106 de 1993.

Normatividad según la cual la pensión de la demandante ha debido ser liquidada con el 75% del 100% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el último semestre de servicios.

2.3. Normas Violadas y Concepto de la Violación.

Enuncia como normas violadas las siguientes:

- Constitución Nacional: Artículos 2º. 6º, 13, 23, 25, 29, 46, 48, 53 y 58.
- Código sustantivo del Trabajo: Artículo 21, condición más favorable
- Las Leyes 57 y 153 de 1887, artículo 45, que nos enseña que, los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna.
- La Ley 33 de 1985 y Ley 62 de 1985, por errónea aplicación.
- Los Artículos 11, 36 en su inciso segundo parte final, 141 y 289 de la Ley 100 de 1993.
- Decreto 1045 de 1978, artículo 45
- Decreto 691 de 1994, por indebida aplicación
- Decreto 1158 /94, por indebida aplicación
- Ley 1437 de 2011 Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y Código Contencioso Administrativo **CPACA**.
- Convenio 95 de la Organización Internacional de Trabajo "OIT", aprobado por el Congreso mediante Ley 54 de 1962 , mediante el cual se dictaron disposiciones para la protección del salario, y, En general teniendo en cuenta **EI BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD**.

Como concepto de violación, expone que los actos administrativos demandados fueron expedidos con vulneración de las normas superiores en que deberían fundarse, y que tratarse de una exfuncionaria de la Contraloría General de la República, le es aplicable en su integridad el **régimen pensional especial** de pensiones que de manera excepcional consagra el Decreto 929 de 1976 en su artículo 7º, y el Decreto 720 de 1978, las cuales no fueron tenidas en cuenta al momento de determinar la cuantía, por cuanto **no** se hizo con base en el salario promedio del último semestre, es decir no se tuvo en cuenta lo devengado y percibido durante el periodo correspondiente entre el primero (1º) de diciembre de dos mil once (2011) y el treinta y uno (31) de mayo de dos mil doce (2012), sino con fundamento en

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 001 2014 00048 01 Rad. Interna: 2017-0085

Demandante: ESPERANZA SOTELO TAMAYO.

Demandado: UGPP.

el artículo 21 y inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993, norma general que no le es aplicable a los funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República, que se encuentran cobijados por el fenómeno jurídico del régimen de transición y por tener un **régimen pensional especial**, propia su aplicación a esta clase de servidores públicos.

Que los factores de salario que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional de la señora **Esperanza Sotelo Tamayo**, son los enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, "Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional".

En cuanto a la indemnización por vacaciones, se indica que a pesar de no estar enlistada en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, las vacaciones que no se disfrutaron deben ser tenidas en cuenta como factor salarial para el cálculo del reconocimiento y liquidación de la pensión, y como se ve en el certificado de sueldos y factores salariales de los últimos seis (06) meses de servicio.

Así mismo, la bonificación especial (quinquenio) constituye factor salarial para el cálculo de la pensión mensual vitalicia por vejez, establecida en el artículo 23 del Decreto 929 de 1976 y la Ley 100 de 1993, por constituir una de las sumas que periódicamente reciben los funcionarios de la Contraloría General de la República, como retribución por sus servicios y que por haberse percibido el pago dentro de los últimos seis meses laborados y por encontrarse incluida en la correspondiente certificación, debe ser tenida como factor salarial para reliquidar, reconocer y pagar el monto de la pensión.

Para finalizar, sostiene que la demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez, equivalente al **75%** del promedio de los salarios devengados y percibidos durante el último semestre laborado, es decir, teniendo en cuenta el 100% de lo certificado por concepto de **SUELDO BÁSICO, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS, BONIFICACIÓN ESPECIAL (QUINQUENIO), PRIMA DE VACACIONES, PRIMA DE SERVICIOS, PRIMA DE NAVIDAD e INDEMINIZACIÓN DE VACACIONES** y no en la forma arbitraria como lo hizo la Entidad de Previsión Social lo efectuó en los actos demandados.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Según constancia secretarial de fecha 20 de enero de 2015, venció en silencio el término legal que tenía la entidad demandada-UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP – para contestar la demanda.

4. La Sentencia de Primera Instancia. (Fl. 194-205 C. 1Inst.)

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, mediante sentencia proferida el 29 de noviembre de 2016 resolvió:

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 001 2014 00048 01 Rad. Interna: 2017-0085

Demandante: ESPERANZA SOTELO TAMAYO.

Demandado: UGPP.

“PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción de **“PRESCRIPCIÓN”**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDA: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No. UGM 018919 del 30 de noviembre de 2011, mediante la cual se reconoció pensión de vejez a la accionante, la nulidad de la Resolución No. RDP 002187 del 18 de enero de 2013, por medio de la cual se reliquidó la pensión de vejez sin incluir todos los factores salariales en el último semestre de servicios; la nulidad de la Resolución RDP 012940 del 15 de marzo de 2013 por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición; así como la nulidad de la Resolución RDP 037349 del 14 de agosto de 2013 por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación, que despachó desfavorablemente la petición de reliquidación; de acuerdo con las consideraciones expuestas.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho **CONDENAR** a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, a reconocer, liquidar y pagar a la señora ESPERANZA SOTELO TAMAYO, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.590.009, el valor que resulte a su favor, reliquidando su pensión vitalicia de vejez en consideración al 75% de lo devengado por todo concepto salarial durante los últimos seis (6) meses de servicios, incluyendo los factores salariales de carácter legal, como lo son, la asignación básica (sueldo), bonificación por servicios, la bonificación especial (quinquenio), la prima de servicios, de vacaciones y de navidad, en proporción a lo causado en el período comprendido desde el 1 de diciembre de 2011 al 31 de mayo de 2012, cuyo disfrute inicia desde el 1 de junio de 2012, con aplicación de los ajustes legales pertinentes; las sumas reconocidas deberán indexarse de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandada, las cuales serán liquidadas por Secretaría, dando aplicación a lo señalado en los artículos 365 y 366 del C.G.P.

QUINTO: FIJAR como agencias en derecho el 6% del valor de las pretensiones de conformidad con el Acuerdo PSAA16-1055 del 5 de agosto de 2016 “Por la cual se establecen las tarifas de agencias en derecho” del Consejo Superior de la Judicatura.

SEXTO: La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP**, DARÁ cumplimiento a este fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y si así no lo hiciere, se condena al pago de los intereses previstos en el artículo 195 del ibídem.

SÉPTIMO: REMITIR por Secretaría los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del C.P.A.C.A. para el cumplimiento de la sentencia, y en firme esta providencia, **EXPEDIR** a las partes las copias o fotocopias que soliciten, teniendo en cuenta lo preceptuado en los artículos 114 y 115 del C.G.P.

OCTAVO: DISPONER la devolución del remanente de los gastos del proceso, si los hubiere, una vez liquidados por Secretaría.

NOVENO: ARCHÍVESE el proceso una vez ejecutoriado el fallo y desanotado

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 001 2014 00048 01 Rad. Interna: 2017-0085

Demandante: ESPERANZA SOTELO TAMAYO.

Demandado: UGPP.

del sistema de radicación.”

Para tal efecto, consideró el a quo que en aplicación del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la demandante, quien para la entrada en vigencia de la Ley 100 contaba con 42 años de edad, le resulta aplicable los requisitos previstos en el régimen pensional de los funcionarios de la Contraloría General de la República establecido en el Decreto 926 de 1976, acreditando así la edad de 50 años y 20 años de servicio.

Que según constancia de tiempo de servicio, la demandante laboró en la Contraloría General de la República entre el 26 de febrero de 1982 y el 31 de mayo de 2012, por lo que el semestre a tener en cuenta para la liquidación de la pensión, comprende desde el 1 de diciembre de 2011 hasta el 31 de mayo de 2012, con la inclusión de los factores devengados durante dicho período, correspondientes a sueldo, bonificación por servicios, bonificación especial, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad, de manera proporcional y según el período causado y no por el total devengado dividido entre los seis meses que componen el último semestre de servicio de la demandante en un monto del 75%, previo los descuentos de ley sobre los que no se hubieren realizado aportes.

Conclusión a la que arribó con fundamento en los principios de favorabilidad y progresividad en materia laboral, por tratarse de una prestación económica que la actora percibió de manera habitual y periódica.

Que como quiera que el derecho a la pensión se hizo exigible a partir de la fecha de retiro (1 de junio de 2012), con la petición radicada el 8 de octubre de 2012 interrumpió el término de prescripción trienal y la demanda se radicó el 27 de enero de 2014, el fenómeno de la prescripción de las mesadas no tuvo operancia.

Finalmente, resuelve condenar en costas a la entidad demandada, ordenando su liquidación por secretaría y fija como agencias en derecho la suma equivalente al 6% del valor de las pretensiones.

5. El Recurso de Apelación. *(Fl. 208-212 C. 1Inst.)*

Solicita la parte demandada se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se denieguen las pretensiones de la demanda y se acceda a las excepciones propuestas.

Considera que la UGPP dio aplicación al régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual reconoció la intangibilidad del sistema anterior, al cual se encontraba afiliado la demandante, en tres factores: (i) la edad para acceder a la pensión, (ii) el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y (iii) el monto de la pensión, aclarando que el Ingreso Base de Liquidación corresponde a la forma indicada en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, que para quienes les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 001 2014 00048 01 Rad. Interna: 2017-0085

Demandante: ESPERANZA SOTELO TAMAYO.

Demandado: UGPP.

si este fuere superior, actualizado anualmente con base a la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Indica también que el salario base para calcular la cotización al sistema de seguridad social se encuentra constituido por los factores taxativamente enlistados en el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, por lo que la pretensión de la demandante, de la inclusión de nuevos factores salariales en un IBL que no fueron objeto de cálculo para las cotizaciones que se efectuaron cuando se encontraban laborando y que incrementa el monto de su mesada pensional, genera un detrimento para los recursos del Estado y especialmente para la sostenibilidad del sistema pensional.

Acto seguido manifiesta que mediante sentencia C-168 de 1995 se declaró exequible el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, decisión que de acuerdo con el artículo 48 de la Ley 270 de 1996 tiene efectos de cosa juzgada constitucional, y por lo tanto resulta de forzosa aplicación por parte de los operadores jurídicos.

Finalmente, resalta que la diferencia interpretativa entre las altas Cortes genera un menoscabo del derecho a la igualdad de los asociados al generar que la misma normatividad (régimen de transición respecto a la Ley 33 de 1985) sea aplicada de manera distinta a sus destinatarios, situación que justifica aún más la necesidad de un pronunciamiento de la Corte Constitucional en su condición de garante supremo de la Constitución y cuyo precedente tiene aplicación preferente, razón por la cual se debe dar aplicación a la interpretación autorizada, última y unificada dada por la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013, respecto a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011 y las sentencias de constitucionalidad C-539 de 2011, C-634 de 2011 y C-816 de 2011.

6. DE LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN ESTA INSTANCIA.

6.1. De la parte demandante. (Fl. 13-14 C. 2Inst.)

Manifiesta que la extinta Caja Nacional de Previsión Social hoy UGPP al momento de reconocer la pensión a la demandante no tuvo en cuenta el régimen pensional especial, como exfuncionaria de la Contraloría General de la República consagrado en el artículo 7 del Decreto 929 de 1976, aplicándole el régimen general contenido en la Ley 100 de 1993, Decreto 691 de 1994 y Decreto 1158 de 1994, normas que en su sentir no le resulta aplicable por hacer revisión expresa del inciso segundo del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, la cual excluye de su aplicación a las personas con un régimen especial de pensiones.

Que en virtud del principio de favorabilidad e inescindibilidad, la norma especial – artículo 7 del Decreto Ley 929 de 1976 - debe ser aplicada en su integridad, y por tanto la pensión debe ser liquidada con el 75% del 100% del promedio de todos los factores devengados en el último semestre de servicios correspondientes a sueldo, bonificación por servicios prestados, bonificación especial (quinquenio), prima de vacaciones, prima de servicios, prima de

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 001 2014 00048 01 Rad. Interna: 2017-0085

Demandante: ESPERANZA SOTELO TAMAYO.

Demandado: UGPP.

navidad e indemnización de vacaciones, factores que se deben tomar de manera completa e integral y no fraccionada.

6.2. De la parte demandada. *(Fl. 16-30 C. 2Inst.)*

Argumenta que el demandante es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, razón por la cual se aplicaron los factores salariales consagrados en el Decreto 1158 de 1994, por lo que los factores que pretende incluir al no estar contenidos en dicha norma, no procede su reconocimiento como salario base de liquidación para la pensión de jubilación.

Expone luego, que la Corte Constitucional en sentencias SU-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-298 de 2015, determinó que el ingreso base de liquidación no hace parte del régimen de transición y por tanto son las reglas contenidas en la ley 100 de 1993, las que establecen los parámetros para determinar el monto de la prestación económica, en razón a que el régimen de transición solo tiene aplicación en lo concerniente a la edad, tiempo de servicio y monto, concluyendo así que no puede darse aplicación a la norma anterior más favorable en cuanto a la manera de liquidar la pensión.

6.3. Del Agente del Ministerio Público. *(Fl. 84 C. 2Inst.)*

No emitió concepto.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Cumplidos con los trámites propios del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en el proceso y sin que exista causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a pronunciarse sobre el asunto de la referencia.

7.1 Problema jurídico a resolver.

Consiste en determinar si debe revocarse la sentencia calendada 29 de noviembre de 2016 proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Neiva que accedió de manera parcial a las súplicas de la demanda y como consecuencia de ello declarar que a la parte demandante – **ESPERANZA SOTELO TAMAYO** – **NO** le asiste derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación que devenga teniendo en cuenta el 75% de la totalidad de los factores salariales certificados como devengados durante el último semestre de servicios de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley 929 de 1976.

7.2. De lo probado.

Del acervo probatorio debidamente allegado al proceso, se puede colegir que:

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 001 2014 00048 01 Rad. Interna: 2017-0085

Demandante: ESPERANZA SOTELO TAMAYO.

Demandado: UGPP.

La señora **Esperanza Sotelo Tamayo** nació el 22 de noviembre de 1951. (Fl. 70-72 C. 1Inst.)

Mediante **Resolución No. UGM 018919 del 30 de noviembre de 2011** proferida por la extinta Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL E.I.C.E. EN LIQUIDACIÓN, reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia por vejez a favor de la señora **Esperanza Sotelo Tamayo** efectiva a partir del 1 de agosto de 2011, supeditando su disfrute al retiro definitivo del servicio. Pensión que es reconocida con base en el **75%** sobre un ingreso base de liquidación conformado por el promedio de los salarios devengados durante el último semestre, entre el 1 de febrero de 2011 y el 30 de julio de 2011, en aplicación del artículo 7 del Decreto 929 de 1976, teniendo en cuenta como factor salarial la asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de servicios y prima de vacaciones, que le generó una mesada de **\$2.597.601 M/cte.**

Para tal efecto, se indica que la señora **Esperanza Sotelo Tamayo** adquirió el status jurídico de pensionado el 25 de febrero de 2002 y prestó sus servicios en la Contraloría General de la República desde el 26 de febrero de 1982 hasta el 30 de julio de 2011, para un total de 10.595 días equivalentes a 1.513 semanas laboradas. (Fl. 45-50 C. 1Inst.)

Por medio de Resolución ordinaria No. 0802 del 7 de mayo de 2012 se acepta la renuncia presentada por la señora Esperanza Sotelo Tamayo, al cargo de Profesional Universitario Nivel Profesional Grado 02 de la Gerencia Departamental del Huila, a partir del 1 de junio de 2012. (Fl. 68-69 C. 1Inst.)

A través de la Resolución No. RDP 002187 del 13 de enero de 2013, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social-UGPP, se reliquida la pensión de vejez de la actora con ocasión de la ocurrencia del retiro definitivo del servicio, esto es, con efectividad a partir del 1 de junio de 2012, determinando el ingreso base de liquidación en aplicación del artículo 7 del Decreto 929 de 1976, esto es, aplicando un 75% sobre el promedio de los salarios devengados durante el último semestre, del 1 de diciembre de 2011 y el 30 de mayo de 2012, teniendo en cuenta los siguientes factores salariales: asignación básica, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y quinquenio, generándole una mesada de **\$3.906.802 M/cte.** (Fl. 52-55 C. 1Inst.)

El 5 de febrero de 2013 se interpone recurso de reposición y apelación en contra de la Resolución No. RDP 2187 del 18 de enero de 2013. (Fl. 56 C. 1Inst.)

Por medio de la **Resolución No. RDP 012940 del 15 de marzo de 2013**, se resuelve el recurso de reposición, disponiendo modificar el acto recurrido en el sentido de descontar de las mesadas atrasadas la suma de \$6.674.079 M/cte, por concepto de aportes para pensión de factores de salarios no efectuados. (Fl. 60-56-58 C. 1Inst.)

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 001 2014 00048 01 Rad. Interna: 2017-0085

Demandante: ESPERANZA SOTELO TAMAYO.

Demandado: UGPP.

Mediante Resolución No. RDP 037349 del 14 de agosto de 2013, se resuelve el recurso de apelación y se confirma en todas sus partes la Resolución No. RDP 012940 del 15 de marzo de 2013. (Fl. 60-66 C. Inst.)

Según certificado de información laboral de fecha 20 de enero de 2014, expedido por la Dirección de Gestión de Talento Humano de la Contraloría General de la República, la señora **Esperanza Sotelo Tamayo**, prestó sus servicios entre el 26 de febrero de 1982 hasta el 31 de mayo de 2015. (Fl. 73-75 C. 1Inst.)

Finalmente, de conformidad con el certificado de salarios de fecha 3 de agosto de 2018 suscrito por la Directora de Gestión del Talento Humano de la Contraloría General de la República, la señora **Esperanza Sotelo Tamayo**, durante su último semestre de servicio, periodo comprendido del 1 de diciembre de 2011 y el 31 de mayo de 2012, devengó los siguientes factores salariales: sueldo, bonificación por servicios, bonificación especial, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad e indemnización por vacaciones. (Fl. 72 C. 1Inst.)

7.3. Del Régimen de Transición de la Ley 100 de 1993.

En primer lugar, resulta importante precisar que con la expedición de la Ley 100 de 1993 se derogan los regímenes pensionales que existían previamente a su expedición, y se crea un régimen unificado de seguridad social, protegiendo así las expectativas de quienes se encontraban próximos a cumplir los requisitos para acceder a una pensión de jubilación determinados en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

En tal sentido, se estableció en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que la edad, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión, serán las establecidas en el régimen anterior, de las personas que al momento de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1° de abril de 1994), tuvieran la edad de treinta y cinco (35) años en el caso de las mujeres; o cuarenta años (40) o más en el caso de los hombres; o que, indistintamente, tuvieran quince (15) o más años de servicios.

Ahora bien, la norma vigente con anterioridad a la Ley 100 de 1993 correspondía a la Ley 33 de 1985, no obstante, en el inciso segundo de la Ley 33 de 1985 se estableció como **excepción** a la aplicación de dicha norma a los empleados oficiales que por Ley disfruten de un régimen especial de pensiones así:

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

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 001 2014 00048 01 Rad. Interna: 2017-0085

Demandante: ESPERANZA SOTELO TAMAYO.

Demandado: UGPP.

(...)

Norma cuya aplicación se exceptúa para aquellos servidores que disfruten de un régimen especial de pensiones, como lo es el dispuesto para la Contraloría General de la República. En tal sentido, el Decreto Ley 929 de 1976, en su artículo 7 dispone lo siguiente:

“Los funcionarios y empleados de la Contraloría General tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y 50 si son mujeres, y cumplir 20 años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto, de los cuales por lo menos diez lo hayan sido exclusivamente a la Contraloría General de la República a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre”.

Ahora bien, entorno a los beneficiarios del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, ha sido un tema de constante discusión por parte de las Altas Cortes lo concerniente al **“monto de la pensión”**, respecto del cual la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia consideran que el IBL, referente a la forma cómo se calcula el salario sobre el cual se va a aplicar la tasa de reemplazo o porcentaje que representa la pensión del trabajador respecto del salario percibido, no hace referencia al monto, y por tanto para calcular el IBL se debía aplicar lo previsto en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, no así la tasa de reemplazo que correspondía a lo establecido en el régimen anterior.

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional en sentencia **C-168 de 1995** al estudiar la constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, declaró exequibles los incisos segundo y tercero del referido artículo, para lo cual precisó:

“Adviértase, cómo el legislador con estas disposiciones legales va más allá de la protección de los derechos adquiridos, para salvaguardar las expectativas de quienes están próximos por edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas a adquirir el derecho a la pensión de vejez, lo que corresponde a una plausible política social que, en lugar de violar la Constitución, se adecua al artículo 25 que ordena dar especial protección al trabajo.

(...)

Y sobre la discriminación que, según el actor, se crea entre las personas que quedan comprendidas por el precepto demandado frente a las demás, cobijadas por el régimen anterior, cabe anotar que mal podría considerarse que la situación de las personas que se van acercando por edad o tiempo de servicio a las contempladas en la ley para acceder a la pensión de vejez, es la misma de aquellas que apenas inician una vida laboral, llevan pocos años de servicio o su edad está bastante lejos de la exigida, pues a pesar de que en ambos casos se tienen meras expectativas, las que como tantas veces se ha reiterado, pueden ser reguladas por el legislador a su discreción, sus condiciones, por ser distintas, justifican un trato diferente. Recuérdese que la igualdad formal no es ajena al establecimiento de diferencias en el trato, fincadas en condiciones relevantes que imponen la necesidad de distinguir situaciones para otorgarles tratamientos distintos; esta última hipótesis expresa la conocida regla de justicia que exige tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales en forma desigual.”

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 001 2014 00048 01 Rad. Interna: 2017-0085

Demandante: ESPERANZA SOTELO TAMAYO.

Demandado: UGPP.

Así mismo, en sentencias **C-258 de 2013**, **SU230 de 2015**, **SU-395 de 2017** y **SU-023 de 2018**, la Corte Constitucional enfatizó que el ingreso base de liquidación no era un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resultando obligatorio únicamente el respeto a los beneficiarios del régimen de transición de las condiciones de edad, tiempo de servicio y monto de la pensión.

Por su parte, en sentencia de unificación proferida por la **Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado**, calendada 4 de agosto de 2010, radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, y previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, arribó a la conclusión que para los beneficiarios del régimen de transición y cuyo régimen anterior aplicable era la Ley 33 de 1985, que la misma no indicaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, exceptuando únicamente la indemnización de vacaciones y la bonificación por recreación, y se ordenaba la reliquidación de las pensiones teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales percibidos durante el último año de servicios y se ordenaba efectuar los descuentos de los factores salariales sobre los cuales no se hubiere cotizado y cuya inclusión se ordena.

Entendiendo igualmente que el IBL si era un elemento de lo que se denomina monto de la pensión, de tal manera que se debía incluir en el régimen de transición, lo que significaba que las pensiones de los trabajadores beneficiarios de dicho régimen debían calcularse con el IBL correspondiente del régimen al que se encontrara afiliado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Posición jurisprudencial que es reiterada nuevamente en sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 25 de febrero de 2016, radicación 25000234200020130154101 (4683-2013), al precisar que régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no establece una excepción respecto a los factores base de liquidación de la pensión ni de la forma de liquidar la misma, al considerar que el monto de la pensión es el establecido en las normas vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia, así como, que **por monto se ha de entender no solo como el porcentaje de la pensión, sino que abarca también la base de liquidación de dicho porcentaje**, debiéndose en consecuencia, tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 del mismo año.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 001 2014 00048 01 Rad. Interna: 2017-0085

Demandante: ESPERANZA SOTELO TAMAYO.

Demandado: UGPP.

No obstante, la anterior decisión fue dejada sin efectos mediante sentencia de tutela del 15 de diciembre de 2016¹ proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, para lo cual expuso:

*“Ahora bien, la posición reiterada² de esta Sala en relación al tema de discusión, es que **la regla que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 y que hizo extensiva en la SU- 230 de 2015 al resto de los regímenes especiales de pensión, que consiste en que el ingreso base de liquidación –IBL- no era un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.***

*Es así como en casos similares este juez constitucional ha arribado a la misma conclusión respecto de la extensión de la regla jurisprudencial creada en la sentencia C-258 de 2013, la cual se hizo **obligatoria para todas las autoridades judiciales y administrativas a partir de la publicación de la sentencia SU 230 de 2015,**³ a saber: (...)*

(...)

En dicho fallo se definió con suma claridad que el juez constitucional como intérprete autorizado de la Constitución al desentrañar el sentido o contenido de una norma constitucional o al aplicarla directamente a un caso concreto genera lo que se denomina doctrina constitucional la que, por su naturaleza, tiene fuerza vinculante en razón del carácter normativo de la Constitución, pues en aquella se interpreta la norma fundamental, interpretación que debe ser acatada por los jueces, porque de no hacerlo, se desconocería la norma fundamental misma.

(...)”

Pese a lo anterior, en sentencia del 12 de diciembre de 2017⁴, la Sección Segunda, en el proceso con rad. 15001-23-33-000-2013-00562-01(3518-14)⁵ manifestó:

*“Luego entonces, la Sala no comparte el argumento de la UGPP en el sentido que la sentencia del a quo desconoce la sentencia C-258-13 de la Corte Constitucional, no solo por lo anotado en precedencia sino también porque si bien es cierto dicha sentencia y otras posteriores, como la SU-230 de 2015 y T-615 de 2016, pretenden romper la tesis dominante en esta Jurisdicción, no lo es menos que en **sentencia de 17 (sic) de febrero de 2017**⁶ esta Corporación reiteró la tesis sostenida especialmente en la ya referida Sentencia de Unificación de Jurisprudencia de 4 de agosto de 2010 y concluyó que la tesis de la sentencia C-258-13 de la Corte Constitucional se originó en el contexto del control abstracto de constitucionalidad de un régimen especial y coyuntural, que extendió con las también citadas sentencias SU-230 de 2015 y T-615 de 2016, a todos las situaciones amparadas por el régimen de transición, pero que de aplicarse de*

¹ C.P.:Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad.: 11001-03-15-000-2016-01334-01. actor: U.G.P.P. demandados: Consejo de Estado Sección Segunda – otro.

² Ver pte de página No. 1.

³ Publicada en el sistema web de la Corte Constitucional el 6 de julio de 2015, como se constató en los procesos de los cuales ahora se reitera su criterio.

⁴ Consejero Ponente: César Palomino Cortés.

⁵ En esta decisión se desató la apelación interpuesta por la entidad demandada contra la sentencia proferida el 27 de mayo de 2014, en la que el Tribunal Administrativo de Boyacá accedió a las pretensiones de la demanda promovida por Fulvio Zorro Vásquez contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), que accedió a las pretensiones de la demanda.

⁶ Radicado 250002342000201301541 01; C.P. César Palomino Cortés.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 001 2014 00048 01 Rad. Interna: 2017-0085

Demandante: ESPERANZA SOTELO TAMAYO.

Demandado: UGPP.

tajo a todos los regímenes generales, es desfavorable y atentatorio del concepto de salario, de los principios de progresividad y compromete los derechos fundamentales del pensionado. (Resaltado del texto)

*En esa oportunidad, esta Corporación detectó, además, **que en realidad el problema trasciende a la mera interpretación de los componentes del régimen de transición y de los regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993**; pues en estructura, radica en la noción de salario y la tendencia de adoptar como política pública una posición restrictiva del mismo con el argumento de la estabilidad de las finanzas estatales, lo que no es nuevo, sino que se remonta a los años ochenta del siglo pasado. (Resaltado de la Sala)*

*Adicionalmente, esta Corporación en **sentencia de 26 de noviembre de 2016**⁷ extendió los efectos de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 en el proceso radicado con el No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-2009); al reafirmar en esa oportunidad, de manera categórica, que «cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad (principio de inescindibilidad), sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho»; e igualmente expuso las razones por las cuales la particular interpretación de la sentencia SU-230 de 2015 no obliga a las demás Cortes de Cierre.» (Resaltado del texto)*

Sin embargo, mediante sentencia proferida ya no por la Sección Segunda sino por la **Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado**, en sentencia de unificación calendada 28 de agosto de 2018, radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01 se modifica la posición adoptada desde el año 2010, y se adoptan las siguientes reglas jurisprudenciales:

“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 **subreglas**:

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

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere

⁷ Consejo de Estado. Sentencia del 26 de noviembre de 2016. Rad.: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13). C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 001 2014 00048 01 Rad. Interna: 2017-0085

Demandante: ESPERANZA SOTELO TAMAYO.

Demandado: UGPP.

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.

(...)

*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.***

Concluyendo así que con la segunda subregla (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.

Y en relación con la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 fue enfática en manifestar:

*“101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, **dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.** (Negrillas y Subrayas de la Sala)*

Evidenciándose así, una interpretación acorde con la postura de la Corte Constitucional y en especial una postura unificada entre las altas cortes del sistema jurídico Colombiano, de conformidad con la cual, los servidores públicos **beneficiarios** del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, les resulta aplicable las reglas establecidas en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados en cuanto a **edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión**, entendido este como la tasa de reemplazo, no así lo correspondiente al ingreso base de liquidación, el cual se ha de regir por lo establecido en la Ley 100 de 1993 artículos 21 y 36 inciso 3 y sus decretos reglamentarios, dependiendo del tiempo faltante para la adquisición del derecho a la pensión a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100, y con la inclusión como factor

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 001 2014 00048 01 Rad. Interna: 2017-0085

Demandante: ESPERANZA SOTELO TAMAYO.

Demandado: UGPP.

salarial únicamente el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado.

Posición que por disposición del Consejo de Estado resulta aplicable a todos los casos pendientes de solución en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias, exceptuándose únicamente los casos en los que operó el fenómeno de la cosa juzgada en garantía del principio de la seguridad jurídica, en aplicación del precedente en forma retrospectiva que se otorgó por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018.

7.4. De la obligatoriedad del precedente jurisprudencial.

En este punto resulta importante manifestar que el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo es el Consejo de Estado **órgano de cierre de la jurisdicción Contencioso Administrativa**, encargado de dirimir los conflictos entre los particulares y la administración y entre la administración misma, administrándose en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011 que el Consejo de Estado, por importancia jurídica, trascendencia económica o social, o por necesidad de unificar la jurisprudencia, podrá proferir sentencias así⁸:

- **Por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo** en los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público⁹.
- Por las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso¹⁰.”

Precedente que resulta ser supremamente útil para decisiones futuras y preservar así la seguridad jurídica, el derecho de acceso a la administración de justicia, y el derecho a la igualdad para aquellas personas con similares supuestos fácticos objeto de discusión, la necesidad de dar una interpretación uniforme y consistente a la ley para que así los ciudadanos puedan delimitar autónomamente el ejercicio de sus libertades, así como, el principio de buena fe y la protección de la confianza legítima de los ciudadanos hacia la consistencia y uniformidad en la aplicación de la ley por los jueces.

En ese orden de ideas, el Consejo de Estado como órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sus decisiones son últimas, intangibles e inmodificables¹¹, razón por la cual, siendo la relación de la demandante con la entidad demandada aquellas que se encuentran bajo el conocimiento del Consejo de Estado, se ha de regir por la jurisprudencia de

⁸ *Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto del primero (1) de febrero de dos mil trece (2013). Radicación número: 11001-03-27-000-2012-00045-00(19718). Consejero Ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia.*

⁹ Art. 271 Inc. 1° C.P.A.C.A.

¹⁰ Art. 271 Inc. 2° C.P.A.C.A.

¹¹ *Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “b”. Sentencia del tres (3) de febrero de dos mil nueve (2009). Expediente número: 11001-03-15-000-2009-01268-00(AC). Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.*

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 001 2014 00048 01 Rad. Interna: 2017-0085

Demandante: ESPERANZA SOTELO TAMAYO.

Demandado: UGPP.

unificación proferida el 28 de agosto de 2018, radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01 por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con relación a la interpretación que ha de aplicarse al régimen de transición establecido por el artículo 36 de la Ley de 1993.

7.5. Del caso concreto.

Descendiendo al fondo del asunto, la parte demandada solicita se revoque la sentencia de primera instancia que accedió de manera parcial a las pretensiones de la demanda y en su lugar se declare que la actora no tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación sobre un porcentaje del 75% sobre el ingreso base de liquidación conformado el promedio de la totalidad de los factores salariales devengados en el último semestre de servicio, en los términos del artículo 7 del Decreto Ley 929 de 1976, aduciendo ser beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al considerar que la forma de establecer el ingreso base de liquidación no hace parte de los aspectos de transición.

En ese orden de ideas, encuentra la Sala que la Ley 100 de 1993 crea el denominado “*Sistema de Seguridad Social Integral*”, normativa que empezó a regir a partir del 1 de abril de 1994, no obstante lo anterior, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 determinó un **régimen de transición** para aquellas personas con expectativas para adquirir el derecho pensional por encontrarse próximas a cumplir los requisitos legales dispuestos para ello.

Disposición normativa según la cual, las personas que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones tuvieran 15 años de servicio cotizados, o **35 años de edad si es mujer** o 40 años de edad si es hombre tendrán derecho a que se les reconozca la pensión teniendo en cuenta la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión consagrados en el régimen anterior al que se encontraban afiliados los servidores públicos del orden nacional al 1 de abril de 1994, fecha de vigencia del Sistema de Pensiones según lo establecido en el parágrafo del artículo 151¹² de la Ley 100 de 1993.

Situación que resulta aplicable a la demandante, comoquiera que de las pruebas obrantes en el proceso, se evidencia que para el 1 de abril de 1994 la demandante, quien nació el 22 de noviembre de 1951 (*Fl. 71 C. 1Inst.*), tenía 42 años, 4 meses y 10 días de edad.

En consecuencia, observa la Sala que la demandante por el **factor de la edad** resulta ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cual significa que no se ha de regir por lo dispuesto en dicha norma sino por el régimen anterior vigente a la referida Ley, correspondiente al **Decreto Ley 929 de 1976**, teniendo en cuenta que la

¹² **ARTÍCULO 151. VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES.** *El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1o. de Abril de 1.994. No obstante, el Gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente Ley, a partir de la vigencia de la misma.*

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

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 001 2014 00048 01 Rad. Interna: 2017-0085

Demandante: ESPERANZA SOTELO TAMAYO.

Demandado: UGPP.

señora **Esperanza Sotelo Tamayo** laboró al servicio de la Contraloría General de la República durante 30 años, 3 meses y 4 días, desde el 22 de febrero de 1982 hasta el 30 de mayo de 2012, según se acredita con la constancia de tiempo de servicios obrante a folios 73 a 75 del cuaderno de primera instancia.

En ese orden de ideas, teniendo claridad que la señora **Esperanza Sotelo Tamayo** es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, le resulta aplicable los requisitos de la **edad, tiempo se servicio y tasa de reemplazo del régimen especial de pensiones vigente con anterioridad a la Ley 100 de 1993, es decir, el Decreto Ley 929 de 1976** en lo concerniente a 50 años de edad para consolidar el derecho, 20 años de servicios y como monto de la pensión o tasa de reemplazo un 75%, teniendo en cuenta que laboró al servicio de la Contraloría General de la República del 26 de febrero de 1982 hasta el 30 de mayo de 2012.

No así lo correspondiente a la forma de establecer el Ingreso Base de Liquidación, el cual se encuentra regulado por el inciso 3 del artículo 36 y el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, como lo determina la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, así:

- i. Cuando falten menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el IBL será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.
- ii. Cuando falten 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.

Factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994, el cual preceptúa que el salario mensual base para calcular las **cotizaciones** al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
- g) La bonificación por servicios prestados.”

En ese orden de ideas, observa la Sala que la entidad demandada al momento de reconocer la pensión vitalicia de vejez a favor de la señora

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 001 2014 00048 01 Rad. Interna: 2017-0085

Demandante: ESPERANZA SOTELO TAMAYO.

Demandado: UGPP.

Esperanza Sotelo Tamayo, mediante **Resolución No. UGM 019919 del 30 de noviembre de 2011** efectiva a partir del 1 de agosto de 2011, condicionando su disfrute al retiro definitivo del servicio, aplicando una tasa de reemplazo del **75%** sobre un Ingreso Base de Liquidación conformado por el promedio de los salarios devengados durante el último semestre, periodo comprendido del 1 de febrero de 2011 y el 30 de julio de 2011, en aplicación del Decreto 929 de 1976 y la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta como factor salarial la asignación básica mes, bonificación por servicios prestados, prima de servicios y prima de navidad, que le generó una mesada de **\$2.597.601 M/cte.** (Fl. 45-50 C. 1Inst.)

Aplicándose así de manera íntegra a la demandante, el régimen especial que la cobijaba – Decreto Ley 929 de 1976 – en cuanto a edad, tiempo de servicio, monto y el ingreso base liquidación, aun cuando para este último se debía aplicar el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto el IBL según lo manifestado por el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado no es un aspecto de la transición.

Ahora bien, con ocasión del retiro definitivo del servicio, el cual tuvo ocurrencia a partir del 1 de junio de 2010 (Fl. 68-69 C. 1Inst.), la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP – a través de la **Resolución No. RDP 002187 del 18 de enero de 2013**, reliquida la pensión de vejez, con efectividad a partir del 1 de junio de 2012, determinando el ingreso base de liquidación con base en el artículo 7 del Decreto Ley 929 de 1976, aplicando un 75% sobre el promedio de los salarios devengados en el último semestre de servicio, esto es, entre el 1 de diciembre de 2011 y el 30 de mayo de 2012, teniendo en cuenta los siguientes factores salariales: asignación básica mes, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y quinquenio, generándole una mesada pensional de **\$3.906.802.** (Fl. 52-54 C. 1Inst.)

Acto administrativo que fuera modificado por la Resolución No. RDP 012940 del 15 de marzo de 2013 al disponer el descuento sobre las mesadas adeudadas a la demandante, del valor correspondiente a los aportes que debieron efectuarse sobre los factores de salarios incluidos y sobre los cuales no se realizó la deducción legal (Fl. 56-58 C. 1Inst.), el cual fue confirmado en todas sus partes a través de la Resolución No. RDO 037349 del 14 de agosto de 2013 “Por la cual se resuelve un Recurso de Apelación en contra de la Resolución No. 002187 del 18 de enero de 2013 del Sr. (a) SOTELO TAMAYO ESPERANZA, con C.C. No. 41.590.009”. (Fl. 60-66 C. 1Inst.)

Procediendo la parte demandante a demandar la nulidad de los anteriores actos administrativos al considerar que por ser beneficiaria del régimen de transición le resulta aplicable no solo la edad, tiempo de servicio y monto establecido en el Decreto 546 de 1971, sino también la forma de liquidar, pretensión, pretensión que atendiendo a las prescripciones normativas y en cumplimiento del más reciente precedente jurisprudencial del máximo tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, **NO** le asiste derecho, como quiera que el Ingreso Base de Liquidación de su mesada pensional no

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 001 2014 00048 01 Rad. Interna: 2017-0085

Demandante: ESPERANZA SOTELO TAMAYO.

Demandado: UGPP.

es un aspecto del régimen de transición, y por tanto, se encuentra regulado por la Ley 100 de 1993 artículos 21 y 36 inciso 3.

Sin embargo, se evidencia que la entidad demandada mediante **Resolución No. RDP 002187 del 18 de enero de 2013**, al momento de reliquidar la pensión de vejez de la actora con ocasión del retiro definitivo del servicios, determinó el ingreso base de liquidación con base en el artículo 7 del Decreto 546 de 1971, aplicando un 75% sobre un ingreso base de liquidación conformado por la asignación mensual más elevada en el último año de servicio entre el 1 de julio de 2009 y el 30 de junio de 2010, teniendo en cuenta los siguientes factores salariales: asignación básica mes, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y quinquenio, los cuales corresponden a los factores salariales certificado por la Dirección de Gestión de Talento Humano de la Contraloría General de la República, para dicho período.

En consecuencia, la mesada pensional que devenga la demandante en aplicación del Decreto 929 de 1976 en su integridad, resultó ser mayor, que la que se hubiera generado en aplicación del Decreto 926 de 1976 en cuanto a los requisitos de edad, tiempo de servicio y tasa de reemplazo (75%) y el IBL con base en el artículo 36 inciso 3 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, no se ordenará reliquidación de la pensión de la demandante, teniendo en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación lo establecido en el inciso 3 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ello implicaría la disminución de la mesada pensional de la actora, lo cual no fue objeto de demanda de reconvencción por parte de la entidad demandada.

8. CONCLUSIÓN.

De conformidad con el sustento fáctico y jurídico previamente expuesto ha de concluir la Sala que a los empleados de la Contraloría General de la República, beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100, el ingreso base de liquidación, se encuentra regulado por la Ley 100 de 1993 artículo 36 inciso 3, por cuanto fue decisión del legislador y de conformidad con el reiterado precedente constitucional y el más reciente del Consejo de Estado, que el IBL no fuera objeto de transición, razón por la cual, la sentencia de primera instancia que accedió a las súplicas de la demanda ha de ser revocada, como quiera que los actos administrativos cuya nulidad se deprecian se encuentran ajustados a derecho, quedando incólume su legalidad.

9. COSTAS.

En relación con el tema de costas y con ocasión de la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ha sido objeto de discusión constante si allí se consagró un criterio objetivo en lo que corresponde a la imposición de las costas a la parte a quien se le resuelva de manera desfavorable las pretensiones de la demanda, sin tener en cuenta la conducta asumida por la parte vencida.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 001 2014 00048 01 Rad. Interna: 2017-0085

Demandante: ESPERANZA SOTELO TAMAYO.

Demandado: UGPP.

Al respecto, la Sección Segunda¹³ del H. Consejo de Estado sobre el particular, ha dejado en claro que en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la facultad de **disponer** sobre su condena, a partir del análisis de diversos aspectos dentro de la actuación procesal y principalmente aparezcan causadas y comprobadas, descartándose así una apreciación objetiva que atienda únicamente a quien resulte vencido para que le sean impuestas.

En este sentido, se pronunció esa corporación:

“De la condena en costas

Esta Subsección en providencia con ponencia del suscrito ponente¹⁴ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA; en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

- a) **El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «subjetivo» –CCA- a uno «objetivo valorativo» –CPACA-.**
- b) **Se concluye que es «objetivo» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.**
- c) **Sin embargo, se le califica de «valorativo» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.**
- d) *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
- e) *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
- f) *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP¹⁵, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g) **Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.¹⁶**

¹³ Sentencia del 19 de enero de 2015, No. Interno 4583-2013, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 16 de julio de 2015, No. Interno 4044-2013, Consejera Ponente (e) Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁴ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

¹⁵ «ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 26 de julio de

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 001 2014 00048 01 Rad. Interna: 2017-0085

Demandante: ESPERANZA SOTELO TAMAYO.

Demandado: UGPP.

Así las cosas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 188¹⁷ del CPACA en toda sentencia se decidirá sobre las costas procesales bien sea para condenar total o parcialmente o, en su defecto, para abstenerse, para lo cual se deberá verificar que las costas efectivamente se causaron, sin que sea acertado proceder a su imposición con el único criterio que la parte resultó vencida en el proceso. A su vez, el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso indican que *“Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*.

Teniendo en cuenta los anteriores lineamientos normativos y jurisprudenciales que esta Sala acoge, como quiera que la sentencia de primera instancia accedió de manera parcial a las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandada y se niegan ahora las pretensiones de la demanda, se ha de revocar los ordinales **CUARTO** y **QUINTO** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia calendada 29 de noviembre de 2016, que dispuso:

*“**CUARTO: CONDENAR** en costas a la parte demandada, las cuales serán liquidadas por Secretaría, dando aplicación a lo señalado en los artículos 365 y 366 del C.G.P.*

***QUINTO: FIJAR** como agencias en derecho el 6% del valor de las pretensiones de conformidad con el Acuerdo PSAA16-1055 del 5 de agosto de 2016 “Por la cual se establecen las tarifas de agencias en derecho” del Consejo Superior de la Judicatura.”*

Ahora bien, en lo que respecta a las costas y agencias en derecho en la segunda instancia, advierte la Sala que en el trámite aquí surtido no hay prueba de su causación, y por lo tanto no procede condena en costas, lo anterior en aplicación del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y los numerales 5 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, que entrega al juez la facultad de **disponer** sobre su condena, descartándose así una apreciación objetiva que atienda únicamente a quien resulte vencido para que le sean impuestas, sino que se debe comprobar su causación.

10. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila – Sala Segunda de decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en audiencia celebrada el 29 de noviembre de 2016 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito judicial de Neiva, de conformidad con lo argumentos expuestos en esta instancia. Como consecuencia,

2018. radicación número: 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14). Consejero ponente: William Hernández Gómez.

¹⁷ Artículo 188.- *Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA

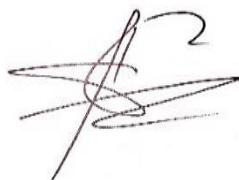
Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 41 001 33 33 001 2014 00048 01 Rad. Interna: 2017-0085

Demandante: ESPERANZA SOTELO TAMAYO.

Demandado: UGPP.

SEGUNDO: DENEGAR las pretensiones de la demanda.**TERCERO:** Sin condena en costas en primera y segunda instancia.**CUARTO:** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, una vez hechas las anotaciones en el software de gestión.**Notifíquese y Cúmplase**

GERARDO IVAN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado



JOSE MILLER LUGO BARRERO
Magistrado

BEATRÍZ TERESA GALVIS BUSTOS
Magistrada
(Ausente con permiso)