

202

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "F"

Bogotá D.C., trece (13) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA

REFERENCIAS:

Radicación: 1100133 31 709 2011 00257 02
Demandante: GENARO ESCÁRRAGA TRIANA
Demandado: UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Controversia: RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

Correspondió a la Sala de Decisión Subsección "F" de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en uso de sus facultades legales, el conocimiento para emitir sentencia de segunda instancia del presente proceso tramitado a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Se procede entonces a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las partes, contra la sentencia proferida el treinta y uno (31) de agosto de dos mil quince (2015), por el Juzgado Segundo (2º) Administrativo Mixto de Descongestión Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.- PRETENSIONES DE LA DEMANDA

El demandante acudió a la Jurisdicción, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del Código de Procedimiento Administrativo, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la **Resolución No. FP - 0199 de 6 de julio de 2011**, expedido por el **Fondo Pensional – Caja de Previsión Social – Universidad Nacional de Colombia**, a través del cual negó la reliquidación de una pensión de vejez.

A título de restablecimiento del derecho solicita se condene a la entidad demandada a reliquidar la prestación y que esta sea pagada en cuantía del 75% de la totalidad de las sumas devengadas en el último año de prestación de servicios, esto es, que comprenda además de salario básico, prima de antigüedad y bonificación por servicios prestados, las sumas de: prima de navidad, prima de navidad por retiro, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de servicios por retiro, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados, bonificación bienestar universitario, bonificación bienestar universitario por encargo, bonificación especial de recreación, vacaciones del periodo y ajuste quinquenio por retiro.

Requirió que se le cancele el retroactivo pensional, debidamente actualizado. Se ordene a la demandada a realizar el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 177 del Decreto 01 de 1984, y dar cumplimiento a la sentencia en el término previsto en el artículo 176 ibídem.

Así mismo, solicita que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

2. HECHOS Y OMISIONES

Los hechos en que se apoyan las anteriores declaraciones y condenas se resumen de la siguiente manera:

- 1.- El demandante nació el **17 de febrero de 1955** y prestó sus servicios a la Universidad Nacional de Colombia desde el 1º de julio de 1977 hasta el 31 de mayo de 2010.
2. Manifestó que mediante Resolución No. CPS 0093 de 7 de abril de 2010, el **Fondo Pensional – Caja de Previsión Social – Universidad Nacional de Colombia** le reconoció pensión de vejez; en cuantía del 75% del promedio de los factores que constituyen el salario base de cotización para pensión, establecido en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó en los últimos 10 años.
3. La prestación fue reajustada a través de la Resolución No. CPS 0284 de 9 de agosto de 2010, en razón a los nuevos tiempos laborados.
4. El 4 de mayo de 2011, radicó petición ante la accionada, con el objeto de obtener el reajuste de la prestación con la inclusión de la totalidad de lo devengado en el último año de prestación de servicios.
5. La petición fue despachada en forma desfavorable por el Fondo de Pensiones de la Universidad Nacional, mediante Resolución No. FP-0199 de 6 de julio de 2011.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Considera la parte demandante como violadas las siguientes disposiciones:

CONSTITUCIONALES: artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 236 de la Constitución Política;

LEGALES: artículos 4º de la Ley 4ª de 1966; 5º del Decreto 1743 de 1966; 1º de la Ley 33 de 1985; 1º de la Ley 6 de 1985; artículo 2º de la Ley 4ª de 1992, párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Estructura el concepto de violación de la siguiente forma:

Manifiesta que en su condición de beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, su situación pensional está gobernada por el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, norma que se debe aplicar en concordancia con la Ley 62 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978, en las cuales se establece que, tendrá derecho a la pensión el trabajador que acredite veinte (20) años de servicio y cincuenta y cinco (55) años de edad, con un ingreso base de liquidación correspondiente al **75% del promedio de todos los salarios devengados en el último año de servicio**, tal y como lo señaló el H. Consejo de Estado en providencia de 4 de agosto de 2010.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Universidad Nacional contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en los siguientes términos (fs. 42 a 48):

Sostuvo que la solicitud de reliquidación del demandante resuelta a través de la Resolución No. FP-0199 de 6 de julio de 2011, no está llamada a prosperar, en razón a que fue decidida atendiendo los estrictos términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; normatividad de la que se lee con claridad que el Ingreso Base de Liquidación no es un elemento del régimen de transición, como lo son los requisitos de edad, tiempo, así como el monto de la pensión, que debe ser entendido como la tasa de reemplazo, por lo que para la liquidación de la mesada pensional fuerza acudir a lo dispuesto por los artículos 21 y ibídem, así como a los factores que de forma expresa trae consigo el Decreto 1158 de 1994.

Propuso las excepciones de inconstitucionalidad, sostenibilidad fiscal, compensación, improcedencia del aumento en la mesada, inexistencia del derecho reclamado y prescripción, (fs. 53 a 63)

II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE IMPUGNACIÓN

El Juzgado Segundo (2º) Administrativo Mixto de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá, en sentencia proferida el treinta y uno (31) de agosto de dos mil quince (2015), accedió a las pretensiones de la demanda. En tal sentido, declaró la nulidad de la Resolución No. FP-0199 de 6 de julio de 2011.

Como consecuencia de ello, condenó a la accionada reliquidar la prestación, en cuantía del 75% de la totalidad de las sumas devengadas en el último año de prestación de sus servicios (31 de mayo de 2009 al 30 de mayo de 2010), teniendo en cuenta los factores de asignación básica, prima de antigüedad, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación bienestar universitario, asignación por encargo, bonificación bienestar universitario por encargo y las doceavas partes de la bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones a partir del 31 de mayo de 2010, fecha de retiro del servicio.

Como sustento de tal determinación explicó que el señor Escárraga Triana se encuentra cobijado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que a la entrada en vigencia de tal normatividad había laborado por espacio superior a 15 años, por tanto, para efectos de determinar su derecho pensional, es necesario acudir a las normas especiales que regían para él en ese momento, las cuales corresponden a las contenidas en la Ley 33 de 1985 y Ley 62 de 1985; normatividad que tiene dicho que la prestación será igual al 75% del promedio mensual de las asignaciones que se hubieren devengado durante el último año de servicios.

Todo ello con apoyo en la providencia de 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, reiterada en la sentencia de 9 de febrero de 2017, precedente judicial que consideró aplicable, pues arguye que acudir al contenido de la sentencia SU 230 de 2015 constituye una vulneración a los principios de progresividad y favorabilidad; además de que los contornos fácticos de la situación allí estudiada, no se acompasa aquellos que dan origen al asunto bajo estudio.

III. RAZONES DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, el apoderado judicial de la entidad accionada, interpusieron recurso de apelación (fs. 172 a 180):

Adujo que la liquidación realizada por la entidad se encuentra ajustada a derecho, pues se efectuó de acuerdo con lo consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 21 *ibidem*, para lo cual se tomaron los factores sobre los cuales el demandante

204

realizó aportes al sistema de seguridad social, y se encuentran expresamente contenidos en el Decreto 1158 de 1994.

Señala que en la sentencia objeto del recurso el juez desconoció lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia SU 230 de 2015 en donde se establece que el régimen de transición ampara aspectos tales como la edad, el tiempo y el monto de la prestación, entendiendo esta última como la tasa de reemplazo, como quiera que el IBL debe establecerse conforme a las reglas establecidas en la Ley 100 de 1993.

IV. ALEGATOS FINALES DE LAS PARTES

Mediante auto de treinta y uno (31) de enero de dos mil veinte (2020), se corrió traslado a las partes por el término común de diez (10) días para que alegaran de conclusión (fs.196).

La entidad accionada reiteró lo expuesto en el escrito de impugnación (fs. 197 a 200).

El demandante no alegó de conclusión.

El Ministerio Público no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. COMPETENCIA.

Conforme lo dispone el artículo 133, numeral 1 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con lo establecido en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil y siendo la sentencia objeto del recurso de apelación fue proferida en primera instancia por el Juez Segundo (2º) Administrativo Mixto de Descongestión del Circuito de Bogotá, este Tribunal es competente para conocer de este asunto en segunda instancia.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Una vez examinado el contexto del litigio, la Sala considera que en la presente oportunidad el problema jurídico por resolver se contrae a determinar si el demandante, como beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tiene derecho a que su pensión de vejez sea liquidada teniendo en cuenta todos los factores de salario devengados durante el último año de prestación de servicios, de conformidad con lo previsto en la Ley 33 de 1985 y la interpretación que el Consejo de Estado hizo de esa norma en sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010¹.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 4 de agosto de 2010, Expediente núm. 2006-7509-01.

5.3. ANÁLISIS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

5.3.1. Ley 100 de 1993 y vigencia del Sistema General de Pensiones - Régimen de transición: evolución normativa regular.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los requisitos y condiciones generales para acceder a la pensión de jubilación por parte de los servidores públicos se encontraban contenidas en la Ley 33 de 1985, norma que tenía previsto que todo *“empleado oficial”* que acumulara 20 años de servicio y llegara a los 55 años de edad, tendría derecho al reconocimiento y pago de *“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 obstante, debe recordarse que dicha normativa no alcanzaba vocación de aplicación general ni siquiera en el sector público, pues en paralelo continuaban vigentes o seguían siendo expedidos regímenes especiales de pensiones consagrados en favor de servidores públicos de diversos sectores, tales como aquellos correspondientes a los empleados públicos de la Contraloría General de la República (Decreto 929 de 1976), Rama Judicial (Decreto 546 de 1971), o Departamento Administrativo de Seguridad (Decreto 1933 de 1989), entre otros.

La expedición de la Ley 100 de 1993 supuso el advenimiento del Sistema General de Pensiones, que significó un esfuerzo del Legislador para unificar la normatividad del sector con pretensiones de aplicación universal, e implicó la variación sustancial de los requisitos, parámetros y exigencias bajo los cuales es posible causar un determinado derecho pensional.

Para acometer tal objetivo, el artículo 273 de la Ley 100 de 1993 autorizó al Gobierno Nacional para proveer sobre la incorporación de los servidores públicos al Sistema General de Pensiones, asunto que concretó con la expedición del Decreto 691 de 1994, según el cual, la norma bajo estudio cobró vigencia para los servidores públicos, así: *i.* El 1º de abril de 1994, para los servidores públicos del orden nacional, y *ii.* A más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha en que así lo determine el respectivo gobernador o alcalde, respecto de los servidores públicos del orden territorial.

El establecimiento de esas nuevas reglas de juego en el horizonte prestacional supuso un cambio mayúsculo en el sistema colombiano de pensiones, que en todo caso, fue instituido sin perjuicio de los derechos adquiridos o expectativas legítimas de ciertos sectores de población, garantías que fueron protegidas, en concreto, con la prescripción adoptada en el artículo 11, según la cual *“se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores”*, para el primer caso y con la adopción de un régimen de transición pensional, para el segundo.

205

El mencionado mecanismo transicional fue previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de la siguiente manera:

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

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

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos. (...)"

El aparte normativo transcrito contempló un régimen de transición del cual se pueden beneficiar las personas que, al momento de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, se encontraran dentro de los siguientes grupos poblacionales: *i.* Hombres con 40 años cumplidos o más, *ii.* Mujeres con 35 años cumplidos o más, y *iii.* Personas en cualquier rango de edad que tuvieran más de 15 años cotizados. El beneficio de transición consiste, esencialmente, en mantener o conservar las condiciones que cobijaban a un individuo con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para efectos de causar una pensión de vejez, a propósito de los requisitos de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y monto pensional, prerrogativas que comprenden todo el universo de regímenes anteriores vigentes a la entrada de la Ley 100 de 1993, y no establece distinción alguna entre el régimen general (Ley 33 de 1985) o los regímenes especiales preexistentes.

Igualmente, los incisos segundo y tercero de esa norma dan cuenta de una suerte de distinción simple respecto del ingreso base de liquidación aplicable a los sujetos beneficiarios de la transición, que en consideración a la fecha de adquisición del estatus jurídico de pensionado de cada individuo, estableció maneras disímiles de calcular la base de liquidación de las pensiones de jubilación.

Dichas previsiones iniciales variaron a partir de la expedición de la sentencia C-168 de 20 de abril de 1995, providencia en la que la Corte Constitucional declaró "EXEQUIBLES los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993, salvo el aparte final de este último que dice: "Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos", el cual es INEXEQUIBLE"².

² Corte Constitucional. Sala Plena, Sentencia C-168 de 20 de abril de 1995. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Dicho lo anterior, en lo sucesivo, la Sala se ocupará del tema concerniente a las reglas de interpretación normativa que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han expuesto, a propósito del ingreso base de liquidación que debe ser aplicado para efectos de calcular la cuantía de las pensiones reconocidas en virtud del régimen de transición.

5.3.2 Evolución jurisprudencial acerca del ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas en virtud del régimen de transición.

La interpretación de las normas contenidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, referentes al ingreso base de liquidación que corresponde a las pensiones reconocidas bajo el amparo del régimen de transición, no ha sido uniforme y por ende, tampoco de aplicación sencilla en el ámbito de competencia de lo Contencioso Administrativo.

Sobre el particular, vale recordar que los términos normativos contenidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 han sido objeto de múltiples pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, quienes a través de su ejercicio jurisdiccional ordinario, han prohiado tesis que van desde la satisfacción del principio de sostenibilidad financiera del sistema, la adopción del principio de inescindibilidad normativa, o el acatamiento a los términos estrictos de la norma.

En efecto, vale recordar que a comienzos de este siglo, la jurisprudencia del Consejo de Estado se encaminaba a entender que el concepto de "monto" al que refería el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, necesariamente debería incluir el ingreso base de liquidación, de manera que, las pensiones reconocidas en virtud del régimen de transición deberían ser calculadas en cuantía igual al resultado de aplicar tanto la tasa de reemplazo como la base liquidatoria establecida en los regímenes preexistentes al Sistema General de Pensiones³.

Dicha posición, sin embargo, también admitió interpretaciones diversas por parte de la Sección Segunda del Consejo de Estado a la hora de dar aplicación al ingreso base de liquidación previsto en la Ley 33 de 1985, Corporación que en la década siguiente sostuvo razonamientos distintos sobre la base liquidatoria de las pensiones reconocidas bajo el régimen de transición, pues mientras en algunas ocasiones "consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras [...] expresó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y, finalmente [...] expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma"⁴.

³ Sobre el particular, pueden verse:

- Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", Sentencia de 21 de septiembre de 2000, Expediente núm. 470-1999.
- Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", Sentencia de 30 de noviembre de 2000, Expediente núm. 2004-2000.
- Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", Sentencia de 23 de noviembre de 2000, Expediente núm. 2936-1999.

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 4 de agosto de 2010, Expediente núm. 2006-7509-01

206

Tal divergencia fue zanjada mediante sentencia calendada 4 de agosto de 2010⁵, oportunidad en la cual el Órgano Vértice de la Jurisdicción privilegió la aplicación del principio de inescindibilidad o conglobamento⁶, y concluyó que *“la Ley 33 de 1985 no indic[ó] 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”*⁷. La interpretación acogida en 2010 por el Consejo de Estado coincidió con aquella expuesta y aplicada hasta ese momento por las Salas de Revisión de la Corte Constitucional.

Ello permaneció así hasta la expedición de la sentencia SU-230 de 2015, providencia hito a través de la cual la Corte Constitucional dispuso modificar el sentido de su jurisprudencia en vigor en el ámbito de la tutela, extendió la *ratio* consignada en la sentencia C-258 de 7 de mayo de 2013 referente al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y precisó que **el ingreso base de liquidación no es un elemento del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993**, y por tal razón, dichas pensiones deben ser liquidadas calculando el porcentaje previsto a manera de monto por el régimen anterior, sobre el ingreso base de liquidación previsto en la Ley 100 de 1993.

El precedente vertido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 2015 ha sido reiterado por esa Corporación en múltiples pronunciamientos, y las subreglas de interpretación normativa adoptadas fueron recientemente compiladas en sentencia SU-23 de 5 de abril de 2018, así:

“97. Como conclusión del análisis que antecede, las principales reglas jurisprudenciales, en cuanto al alcance del régimen de transición que estatuyó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, derivadas del ejercicio del control abstracto de constitucionalidad (Sentencia C-258 de 2013) y del alcance de los derechos fundamentales que involucra, decantadas en las sentencias de unificación antes citadas, son las siguientes:

98. (i) El régimen de transición no puede caracterizarse como una especie de derecho adquirido sino de expectativa.

99. (ii) El régimen de transición tenía como fecha final el 31 de julio de 2010, excepto para quienes hubiesen cotizado, al menos, 750 semanas al 25 de julio de 2005, momento en el cual entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005; para estas personas, dicho régimen se mantuvo hasta el 31 de diciembre de 2014, con el fin de que pudieran reunir los requisitos para ser acreedores a la pensión de vejez. Para estos últimos efectos, el derecho debía consolidarse hasta el 31 de diciembre de 2014.

100. (iii) El régimen de transición está restringido a tres categorías de trabajadores: (i) mujeres que al 1 de abril de 1994 tuvieran 35 años de edad o más; (ii) hombres que al 1 de abril de 1994 tuvieran 40 años de edad o más; y (iii) trabajadores que hubieran acreditado 15 o más años de servicios cotizados al 1 de abril de 1994 (750 semanas) sin consideración de su edad.

⁵ Ibidem.

⁶ Sobre el criterio de inescindibilidad o conglobamento, pueden verse:

- Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”. Sentencia de 9 de abril de 2014, Expediente No. 25000-23-25-000-2005-10200-01(2625-11). M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.
- Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”. Sentencia de 13 de febrero de 2014. Expediente No. 25000-23-25-000-2011-01355-01(2378-12). M.P. Alfonso Vargas Rincón.
- Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “B”, Sentencia de 26 de marzo de 2015. Expediente No. 2013-00055, M.P. César Palomino Cortés.

⁷ Ibidem.

101. (iv) A los beneficiarios del régimen de transición les son aplicables las reglas previstas en las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 sobre: (i) edad para consolidar el derecho; (ii) tiempo de servicios o semanas cotizadas; y (iii) monto de la pensión.

102. (v) El monto corresponde a la tasa de reemplazo o, en términos de la Corte Suprema de Justicia, al porcentaje que se aplica al calcular la pensión.

103. (vi) El Ingreso Base de Liquidación (IBL), para el caso de las personas a las que se refiere el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 del año 1993 (regla iii supra), es el que regula el inciso 3º del referido artículo 36, en concordancia con el artículo 21 ibídem y otras normas especiales en la materia.

104. (vii) Los factores constitutivos de salario, que deben tenerse en cuenta para calcular el monto de la pensión de jubilación, por un lado, deben valorarse según las consideraciones de la sentencia SU-395 de 2017 y, por el otro, tienen que ser específicamente calculados para cada caso en concreto.⁸

Luego entonces, la nueva posición jurisprudencial en vigor de la Corte Constitucional significó una ruptura respecto de la interpretación adoptada por el Consejo de Estado en la sentencia proferida el 4 de agosto de 2010, suceso que propició la expedición de sentencias en uno u otro sentido al interior del Contencioso Administrativo.

Empero, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado profirió sentencia de unificación jurisprudencial calendada 28 de agosto de 2018, en la cual se advierte que ese Tribunal cambió la postura que sostenía la Sección Segunda, en los siguientes términos:

"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 superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.
- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

(...)

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

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 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".

⁸ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-23 de 5 de abril de 2018, M.P. Dr. Carlos Bernal Pulido.

207

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 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.⁹

Así las cosas, una vez identificado el estado del arte jurisprudencial relacionado con controversias como las que nos convoca, esta Sala de Subsección considera que las reglas de interpretación normativa expuestas por la Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015, y por el H. Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2018 resultan de obligatoria aplicación para todos los beneficiarios del régimen de transición, teniendo en cuenta que la interpretación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 realizada por esa Corporación en sentencia C-258 de 2013 es de ineludible adopción, entendimiento que este Tribunal acata y reitera, tal como lo ha efectuado de manera consistente en casos análogos¹⁰.

5.3.3. Conclusiones.

Como compendio de todo lo antedicho, la Sala se permite derivar las siguientes conclusiones, a manera de subreglas de interpretación normativa:

- i. La fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no es uniforme para todos los servidores públicos, pues mientras dicha vigencia se predica a partir del 1 de abril de 1994 respecto de los servidores públicos vinculados a entidades y organismos del

⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 28 de agosto de 2018. Expediente núm. 52001-23-33-000-2012-00143-01, C.P. Dr. César Palomino Cortés.

¹⁰ Al respecto pueden verse las sentencias de segunda instancia proferidas por esta Subsección dentro de los siguientes expedientes: 11001333501120160017501, 1100133350212015042201, 11001334204920160032501, 11001333503020160027801, 11001333502320150063201, 11001334205020160016501, 25269334000220150011201, 11001333502320140072901, 11001333502320150004901, 11001333502820150096101, 11001333502320150034401.

orden nacional, la entrada en vigor de dicha normativa para aquellos servidores públicos vinculados a instituciones del **orden territorial** es aquella en que así lo determinó el respectivo gobernador o alcalde, data que a más tardar debe corresponder al 30 de junio de 1995.

- ii.* Son beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, quienes a la entrada en vigencia de dicha norma, se encontraran dentro de los siguientes grupos poblacionales: *i.* Hombres con 40 años cumplidos o más, *ii.* Mujeres con 35 años cumplidos o más, y *iii.* Personas en cualquier rango de edad que tuvieran más de 15 años cotizados.
- iii.* El beneficio de que trata el aludido régimen de transición consiste en mantener o conservar las condiciones que cobijaban a un individuo con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para efectos de causar una pensión de vejez, a propósito de los requisitos de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y monto pensional, entendido este último como la tasa de reemplazo.
- iv.* El régimen de transición de la Ley 100 de 1993 no comprende el ingreso base de liquidación de las pensiones, por ende, la base liquidatoria de toda prestación reconocida en virtud del régimen de transición debe corresponder a la prevista en los incisos segundo y tercero del artículo 36 *ejusdem*.
- v.* Los ingresos base de liquidación aplicables a las pensiones reconocidas en virtud de la pluricitada transición, son los siguientes:

a1. Las pensiones causadas entre la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 *-según corresponda-*, y hasta antes del cumplimiento de 10 años de su entrada, deben ser liquidadas con un ingreso base de liquidación que corresponde al más favorable entre las siguientes opciones¹¹: *i.* El promedio de lo devengado durante el tiempo que le hiciere falta para adquirir el estatus jurídico de pensionado, o *ii.* El promedio de lo cotizado durante toda la historia laboral.

a2. Las pensiones causadas a partir del cumplimiento de 10 años de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no tienen regla especial para calcular el ingreso base de liquidación de la prestación, de manera que ha de seguirse lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 36 *ejusdem*, y en consecuencia, dar aplicación del artículo 21 de ese Estatuto, razón por la cual el ingreso base de liquidación corresponde al más favorable entre las siguientes opciones: *i.* El promedio de lo cotizado por el afiliado durante los 10 años anteriores al

¹¹ Excepción hecha de las pensiones causadas en antes del 20 de abril de 1995 -día de expedición de la sentencia C-168/95-, pensiones que deben ser liquidadas partiendo de un ingreso base de liquidación constituido por el promedio de lo devengado en el último año de prestación de servicios.

208

reconocimiento de la pensión, o *ii*. El promedio de lo cotizado durante toda la historia laboral, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

vi. En todo caso, debe entenderse que los factores salariales que constituyen el ingreso base de liquidación de las pensiones de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son, en estricto sentido, únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al sistema de pensiones, siempre y cuando dichas cotizaciones estén autorizadas de manera legal o reglamentaria.

vii. Las anteriores subreglas de interpretación normativa constituyen el parámetro de derecho aplicable por esta Subsección de Tribunal para todos aquellos casos en los que se discuta la liquidación de pensiones reconocidas en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo que hace, en específico, al ingreso base de liquidación o los factores que deben ser incluidos en el mismo.

viii. Dichas conclusiones tienen vocación de aplicación continua y permanente, esto es, sin atención de lo general o especial del régimen pensional anterior cuya aplicación se invoque.

5.4. ANÁLISIS CRÍTICO DEL CASO EN CONCRETO.

Descendiendo al *sub exámine*, recuerda la Sala que en la presente oportunidad el señor **Genaro Escárraga Triana** pretende la reliquidación de la pensión vejez que disfruta teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, de conformidad con lo previsto en la Ley 33 de 1985.

La sentencia impugnada dispuso, previa declaratoria de nulidad de los actos administrativos demandados, la reliquidación de la pensión de vejez del señor **Genaro Escárraga Triana** con base en el 75% de la totalidad de factores devengados por el demandante durante el último año de servicios, prestación reconocida en virtud del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y la interpretación que el Consejo de Estado hizo de esa norma en sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010.

Por su parte, la entidad apelante señaló que la prestación reconocida al señor **Genaro Escárraga Triana** se encuentra correctamente liquidada, como quiera que la Ley 100 de 1993 es clara en señalar que solo son objeto de transición la edad pensional, el requisito de tiempo y el monto de la prestación, pues prescribió que las demás condiciones y requisitos aplicables serán los contenidos en la Ley 100 de 1993, de manera que el ingreso

base de liquidación, que difiere del concepto de "monto", corresponde a aquel previsto por el Legislador en las normas propias del Sistema General de Pensiones.

Planteado el objeto y alcance de la alzada, y a partir de las pruebas recaudadas en el expediente, procede la Corporación a efectuar el análisis crítico que corresponde.

Sea lo primero advertir que se encuentra probado que el demandante **nació el 17 de febrero de 1955 (f. 2)**, y que prestó sus servicios a la Universidad Nacional desde el **1º de julio de 1977 hasta el 30 de mayo de 2010 (f. 20 y 17)**.

Siendo así, se deriva el primer supuesto fáctico relevante para resolver la controversia, esto es: que el actor es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, como quiera que a **1 de abril de 1994** -fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del orden Nacional, había prestado sus servicios al Estado por tiempo superior a 15 años.

Por otra parte, se tiene que cumplió 55 años de edad el **17 de febrero de 2010**, fecha a la cual acumulaba más de 20 años de servicios prestados, razón por la cual es dable concluir que, de conformidad con los requisitos de edad y tiempo de servicios previstos en la Ley 33 de 1985, adquirió su estatus jurídico de pensionado el **17 de febrero de 2010**, esto es, en tiempo posterior al cumplimiento de 10 años de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para su caso particular.

De acuerdo con el contenido de la Resolución **0284 de 9 de agosto de 2010** (fs. 9) última que modificó el valor de la mesada pensional reconocida al demandante, se encuentra demostrado que para obtener el ingreso base de liquidación de la prestación, el **Fondo Pensional – Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia** tuvo en cuenta los emolumentos sobre los el demandante realizó aportes en los últimos 10 años de prestación de servicios, en consonancia con el Decreto 1158 de 1994, los que en su caso corresponden al salario básico, bonificación por servicios prestados y prima de antigüedad.

Por consiguiente, atendiendo el análisis normativo y jurisprudencial efectuado, y en acatamiento de las directrices compiladas por la Corte Constitucional en sentencia SU-23 de 5 de abril de 2018, la Sala concluye que no le asiste derecho a la parte demandante para obtener la reliquidación de su pensión de vejez teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, pues se encuentra probado que su situación está regida enteramente por el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de manera que el ingreso base de liquidación de su pensión corresponde al previsto en el artículo 21 *ejusdem*.

209

En consecuencia, si la sentencia de primera instancia ordenó la reliquidación de la pensión de vejez al demandante teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, resulta patente que tal providencia no se encuentra ajustada a la posición expuesta por esta Subsección, toda vez que no fue comprensiva de las previsiones contenidas en los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, normativa cuya aplicación resulta inexorable, referida al ingreso base de liquidación propio de las pensiones de vejez reconocidas bajo el amparo del régimen de transición.

En ese sentido, la Sala itera que en casos como el que nos ocupa, se deben observar las reglas expuestas por la Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015, a través de la cual adoptó y concretó la interpretación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 efectuada en sentencia C-258 de 2013, precedente que como ya se advirtió, resulta aplicable a todos los beneficiarios del régimen de transición, tal como lo indicó el Consejo de Estado en la sentencia de unificación jurisprudencial proferida el 28 de agosto de 2018¹².

Como corolario de lo expuesto, la Sala concluye que al demandante no le asiste razón jurídica para obtener la reliquidación pensional que persigue en esta oportunidad, y que por esa misma razón, la alzada promovida por la entidad accionada, cuenta con el mérito suficiente para que esta Corporación revoque la sentencia de primera instancia.

5.4.1. Costas en segunda instancia.

La Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, en razón a que no se encuentran probadas.

5.5. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. – **REVÓCASE** la sentencia proferida el treinta y uno (31) de agosto de dos mil quince (2015), dictada por el Juzgado Segundo (2º) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor **GENARO ESCÁRRAGA TRIANA** contra el **Fondo Pensional – Caja de Previsión Social – Universidad Nacional de Colombia**, de conformidad con lo expuesto

¹² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 28 de agosto de 2018, Expediente núm. 52001-23-33-000-2012-00143-01, C.P. Dr. César Palomino Cortés.

en la parte motiva de esta providencia, y en consecuencia **NIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. - ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia.

TERCERO.- En firme está sentencia, por la Secretaría de la Subsección envíese el proceso al juzgado de origen, previa las anotaciones que corresponda.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA

Magistrado

PATRICIA SALAMANCA GALLO

Magistrada

BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS

Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA (1)
CONSTANCIA DE FIJACIÓN
EDICTO # 3

Bogotá, D.C. 16 JUL 2020

HAGO CONSTAR que para notificar a las partes la anterior SENTENCIA se fijó el EDICTO en un lugar público de la secretaria, por un término legal.

Oficial mayor

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA (2)
NOTIFICACIÓN MINISTERIO PÚBLICO

Bogotá, D.C. hoy _____ me doy por notificado personalmente de la anterior providencia

Ministerio Público Oficial Mayor