



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "F"**

MAGISTRADA PONENTE: DRA. BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS

Bogotá D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado No.: 11001-33-42-055-2016-00476-01
Demandante: MANUEL GUILLERMO MILLÁN GUTIÉRREZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 21 de mayo de 2018, mediante la cual el Juzgado Cincuenta y Cinco (55) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. negó las pretensiones de la demanda.

I. DEMANDA¹

1.1. PRETENSIONES

Mediante apoderado judicial, la parte actora promovió demanda contencioso administrativa ante esta Jurisdicción en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (en adelante UGPP), con el objeto de que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. RDP 019486 del 29 de abril de 2013, expedida por la entidad.

A título de restablecimiento del derecho pide que por ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se reliquide la pensión de vejez con el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último año laborado, a saber: asignación básica, bonificación por servicios prestados, auxilio de alimentación, vacaciones, prima de

¹ Fls. 34 a 52 del expediente.

vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, prima extraordinaria, bonificación por recreación, bonificación por convención y estímulo a la recreación, efectiva a partir del 1° de septiembre de 2012.

Solicita que se paguen las diferencias entre lo que se ha venido cancelando y lo que se ordene reliquidar, a partir del 1° de septiembre de 2012, valores que deben ser debidamente indexados.

Pide que se condene en costas a la demandada.

1.2. HECHOS

La Sala los resume en los siguientes términos:

El actor nació el 3 de junio de 1947 y cumplió 55 años en 2002.

El demandante prestó sus servicios por más de 20 años al Estado como empleado público.

El último lugar de trabajo del accionante fue en el Fondo Nacional del Ahorro, en el cargo de Auxiliar Administrativo, grado 1 de la División Comercial, donde laboró hasta el 30 de agosto de 2012, fecha del retiro definitivo del servicio.

Mediante la Resolución No. PAP 034976 del 27 de enero de 2011 la extinta CAJANAL reconoció la pensión de jubilación al demandante con fundamento en la Ley 33 de 1985, con el promedio de los salarios devengados en los últimos 10 años.

Contra el anterior acto el demandante presentó recurso de reposición, resuelto por la entidad por medio de la Resolución No. PAP 056903 del 10 de junio de 2011 "*actualizando la liquidación pero tomando el promedio de los 10 últimos años*".

A través de la Resolución No. RDP 007916 del 20 de febrero de 2013 la

entidad negó una solicitud de reliquidación del actor.

Mediante la Resolución No. RDP 019486 del 29 de abril de 2013 la entidad resolvió el recurso de apelación, en el sentido de revocar la Resolución No. RDP 007916 del mismo año y reliquidar la pensión del accionante con el 75% del promedio de los aportes de los últimos 10 años, con fundamento en la Ley 71 de 1988.

La entidad no tuvo en cuenta en la liquidación pensional del actor la bonificación por servicios prestados, auxilio de alimentación, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, prima extraordinaria, bonificación de recreación, bonificación por convención y estímulo a la recreación.

Sostuvo que es ajeno a que no se haya cotizado por todos los factores salariales y que tal situación no puede afectar sus derechos pensionales.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

- Constitución Política: arts. 25, 48 y 53.
- Ley 65 de 1946.
- Ley 5ª de 1969.
- Leyes 33 y 62 de 1985.
- Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.
- Decreto Ley 1045 de 1978.
- Decreto 717 de 1978.

Explicó que el demandante es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y, por ende, le resulta aplicable lo dispuesto en las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988, así como el Acuerdo 049 de 1990. Sin embargo, por favorabilidad se debe tener en cuenta el régimen pensional de la Ley 33 de 1985, esto es, con el 75% del salario promedio devengado en el último año de servicio.

Sostuvo que aunque la UGPP tuvo en cuenta lo previsto en la Ley 33 de 1985, no liquidó en debida forma la pensión de jubilación como lo ordena dicha norma, con lo cual se evidencia que no se dio aplicación a los

principios de igualdad, favorabilidad e inescindibilidad de la Ley.

Explicó que la Ley 65 de 1946 indica que el concepto de salario o sueldo *"es toda retribución cuya naturaleza sea, por su habitualidad, propósito y circunstancias, la de remunerar los servicios personales al trabajador en beneficio directo y principal de este, aunque sea otra denominación y el pago se descomponga en diferentes denominaciones"*.

Adujo que la pensión se constituye en una protección económica de las personas al cumplir los requisitos del régimen pensional del cual es beneficiario, el cual debe ser proporcional a los salarios devengados.

Indicó que el H. Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010, radicado No. 25000-23-25-000-2006-00709-01 (0112-09), se pronunció sobre la inclusión de todos los factores salariales para los beneficiarios del régimen pensional de la Ley 33 de 1985.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La UGPP manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda argumentando que los actos enjuiciados fueron expedidos conforme a derecho, aplicando el 75% sobre un IBL conformado con el salario promedio sobre el cual cotizó entre el 1º de septiembre de 2002 y el 30 de agosto de 2012, condicionado al retiro definitivo del servicio.

Al respecto, mencionó que el accionante está cobijado por la Ley 797 de 2003, razón por la cual los factores salariales para la liquidación de la pensión son los establecidos en esa Ley y el Decreto Reglamentario 1158 de 1994, sin que se puedan incluir otros que no se encuentren enlistados en dichas normas.

Por otra parte, expuso que no se puede acceder a lo solicitado, por cuanto el actor adquirió el estatus jurídico el 3 de junio de 2007, en vigencia de la Ley 100 de 1993, motivo por el cual se respeta el tiempo de

² Fls. 66 a 75 del expediente.

servicio, edad y monto de la Ley 33 de 1985, pero en la liquidación se incluyen los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994.

Enfatizó que conforme al criterio expuesto por la H. Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, el régimen de transición solo cobija los aspectos de edad, monto pensional o tasa de reemplazo y tiempo de cotización, por lo que estos se determinan conforme al régimen anterior. Así mismo, resaltó que dicho beneficio no se hace extensivo al ingreso base de liquidación, el cual se determina conforme a las reglas contenidas en la Ley 100 de 1993.

Adicionalmente, citó apartes de una sentencia expedida por el H. Consejo de Estado, sin indicar la fecha ni el radicado.

Respecto de la indexación o corrección monetaria, solicitó que se tenga en cuenta lo previsto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, así como a la sentencia del 8 de noviembre de 1995 del H. Consejo de Estado, M.P. Dr. Joaquín Barreto Ruiz.

Propuso como excepciones las siguientes: "*ausencia de vicios en el acto administrativo demandado*", "*inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido*", "*inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales*", "*prescripción de mesadas*", "*imposibilidad de condena en costas*", "*sobre la indexación*", "*no pago de los intereses moratorios*" y "*genérica*".

III. LA SENTENCIA IMPUGNADA³

Mediante sentencia del 21 de mayo de 2018, el Juzgado Cincuenta y Cinco (55) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. negó las pretensiones de la demanda.

Explicó lo relacionado con el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como la aplicación de la norma

³ Fls. 86 a 91 del expediente.

anterior (Ley 71 de 1988) y su alcance.

Hizo alusión a las sentencias C-258 de 2013 y SU-395 de 2017 de la H. Corte Constitucional, relacionadas con la aplicación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, expediente No. 2006-7509 del H. Consejo de Estado, manifestando que conforme lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 las sentencias de unificación dictadas por el Órgano de Cierre Constitucional tienen prelación sobre aquellas expedidas por cualquier otra Corte de cierre, conforme lo dispuso esa Corporación en la sentencia C-634 de 2011.

En cuanto a la situación en particular, adujo que el actor es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por ende, le es aplicable lo previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985 y 71 de 1988.

Respecto del IBL, sostuvo que conforme la línea jurisprudencial de la H. Corte Constitucional se tiene en cuenta el promedio de lo devengado en los diez últimos años de servicio, razón por la cual no procede la reliquidación pensional solicitada por el actor con el último año laborado.

Mencionó que no se pronunciaría sobre la liquidación de la pensión del demandante en los términos de la sentencia SU-230 de 2015 de la H. Corte Constitucional, "esto es, con el IBL de los últimos 10 años de servicios", comoquiera que no fue objeto de discusión en sede administrativa ni en la demanda.

Finalmente, condenó en costas al actor, fijando como agencias en derecho el 1% de las pretensiones de la demanda.

IV. RECURSO DE APELACIÓN⁴

El actor presentó recurso de apelación solicitando que se revoque en su totalidad el fallo de primera instancia, manifestando que tiene derecho a que el ingreso base de liquidación de la pensión reconocida corresponde al promedio de lo devengado en el último año de servicios, conforme lo establece el artículo 6° del Decreto 2709 de 1994, y no con el promedio de los últimos 10 años como lo indicó el acto enjuiciado.

En relación con el IBL de los beneficiarios de la Ley 71 de 1988, en virtud del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 *"no se aplica el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por tener norma propia expedida bajo vigencia del sistema general de pensiones como lo es el Decreto 2709 de 1994, que no es un Decreto reglamentario de la Ley 100, sino que es un Decreto reglamentario de la Ley 71 de 1988 y por lo tanto por ser norma especial prima sobre la general del artículo 36"*.

Explicó que en relación con los factores que se deben incluir en la pensión se deben tener en cuenta las sentencias del H. Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, radicado No. 2006-07509, M.P. Dr. Víctor Alvarado y, del 25 de febrero de 2016, radicado No. 4681-2013, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

V. ALEGATOS Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandante⁵ manifestó que sí procede la reliquidación pensional, teniendo en cuenta que la UGPP aplicó parcialmente el régimen pensional de la Ley 71 de 1988, pues no tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 2709 de 1994, en el cual se establece la forma de liquidar las prestaciones de las pensiones de jubilación por aportes, máxime si se tiene en cuenta que dicho decreto fue expedido con posterioridad a la Ley 100 de 1993 y no es reglamentario de esta, sino de la ley 71 de 1988.

⁴ Fls. 99 a 105 del expediente.

⁵ Fls. 116 y 117 del expediente.

La UGPP⁶ en sus alegatos reitera que el actor es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y, por lo tanto, se le debe respetar la edad, el tiempo o semanas de cotización y el monto del régimen anterior, correspondiente a la Ley 71 de 1988, a excepción del IBL, que se calcula con fundamento en la primera ley citada. Además, los factores que se deben incluir son aquellos establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Sostuvo que el artículo 6º del Decreto 2709 de 1994 estableció que el salario base para la liquidación de la pensión de la Ley 71 de 1988 será el promedio de los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la Ley. En ese sentido, *"no es posible que cuando el legislador ha establecido expresamente la manera de liquidar la pensión, se disponga lo contrario por parte de otra autoridad, lo anterior teniendo como fundamento al precedente jurisprudencial 'preferente' y 'vinculante' de la Corte Constitucional"*.

Distingue entre *"factor salarial"* y *"elemento salarial"*, afirmando que sólo los primeros sirven de base para la liquidación de prestaciones sociales.

Solicitó que se tenga en cuenta la postura actual del H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, radicado No. 202-00143-01.

El Ministerio Público no rindió concepto.

VI. TRÁMITE PROCESAL

Repartido el proceso a este Tribunal Contencioso en segunda instancia, se admitió el recurso de apelación⁷ presentado por el actor. Corrido el traslado para alegar de conclusión, ambas partes lo presentaron. El Ministerio Público no rindió concepto.

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir de fondo el asunto.

⁶ Fls. 114 y 115 del expediente.

⁷ Fl. 111 del expediente.

VII. CONSIDERACIONES

7.1. COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer el presente asunto en segunda instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA.

7.2. PROBLEMA JURÍDICO

Se contrae a establecer si el demandante tiene derecho o no a la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 2709 de 1994, dado que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

7.3. TESIS DE LA SALA

La Sala considera que debe confirmarse lo decidido por el A quo, en cuanto no procede la reliquidación solicitada, comoquiera que según los criterios establecidos en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, entre otras, proferidas por la H. Corte Constitucional, y lo resuelto en la sentencia de unificación de jurisprudencia del 28 de agosto de 2018 por el H. Consejo de Estado, el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, del cual es beneficiario el demandante, solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización, y excluye el ingreso base de liquidación. Por ende, los factores salariales que se deben tener en cuenta son los enlistados en el Decreto 1158 de 1994 y demás normas que lo modifiquen o adicionen, causados durante los últimos 10 años de servicios o en el tiempo que le hiciere falta para adquirir el status pensional a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que no resulta procedente la reliquidación solicitada.

Esta tesis se soporta en los siguientes argumentos:

7.4. HECHOS PROBADOS Y MEDIOS PROBATORIOS

- El demandante nació el 3 de junio de 1947⁸. Por lo tanto, tenía 46 años de edad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994). Cumplió 60 años en 2007.

- Según la Resolución No. RDP 019486 del 29 de abril de 2013⁹ expedida por la UGPP, el demandante laboró por 9.227 días, equivalentes a 1.318 semanas, en las siguientes entidades públicas y privadas:

- "Privados ISS" del 18 de agosto de 1975 al 31 de mayo de 1977, del 1º de abril de 1982 al 12 de diciembre de 1983, del 6 al 15 de abril de 1987 y del 18 de febrero al 30 de julio de 1988.
- Fondo Nacional del Ahorro del 2 de enero de 1991 al 30 de agosto de 2012.

- Según certificación expedida por el Fondo Nacional del Ahorro¹⁰, el accionante devengó entre el mes de septiembre de 2011 y el mes de septiembre de 2012: asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima extraordinaria, auxilio de alimentación, vacaciones proporcionales, vacaciones tiempo, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, bonificación de recreación, bonificación por convención y estímulo a la recreación.

- Por medio de la Resolución No. PAP 034976 del 27 de enero de 2011¹¹ la extinta CAJANAL reconoció la pensión de jubilación al actor en un 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de los últimos 10 años entre el 16 de febrero de 1999 y el 15 de febrero de 2009, incluyendo la asignación básica y la bonificación por servicios, condicionada al retiro definitivo del servicio.

- Mediante la Resolución No. PAP 056903 del 10 de junio de 2011¹² la extinta

⁸ Fl. 33 del expediente.

⁹ Fl. 27 del expediente.

¹⁰ Fl. 32 del expediente.

¹¹ Fls. 4 a 9 del expediente.

¹² Fls. 11 a 21 del expediente.

CAJANAL reliquidó la pensión de jubilación al actor por nuevos tiempos de servicios, en un 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de lo devengado entre el 21 de enero de 2001 y el 30 de diciembre de 2010, incluyendo como factores la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, condicionada al retiro definitivo del servicio.

- A través de la Resolución No. RDP 007916 del 20 de febrero de 2013¹³ la UGPP negó la reliquidación pensional solicitado por el actor, por cuanto no aportó el certificado de los factores salariales, como lo establece el artículo 3° del Decreto 13 de 2001 y la Circular Conjunta No. 13 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Ministerio de Protección Social.

- Mediante la Resolución No. RDP 019486 del 29 de abril de 2013¹⁴ la UGPP revocó el acto administrativo citado en el párrafo anterior y reliquidó la pensión del demandante por nuevos tiempos certificados con fundamento en la Ley 71 de 1988, con el 75% del promedio de lo devengado entre el 1° de septiembre de 2002 y el 30 de agosto de 2012, incluyendo como factores salariales la asignación básica y "OTROS FACTORES DEC 1158", los cuales corresponden, por su valor, a los certificados por la entidad como bonificación por servicios.

7.5. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES

7.5.1. Del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993

La Ley 100 de 1993, que entró en vigencia para el orden nacional el 1° de abril de 1994, y para el nivel territorial el 30 de junio de 1995, estableció en su art. 36 un régimen de transición en los siguientes términos:

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

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el

¹³ Fls. 23 y 24 del expediente.

¹⁴ Fls. 25 a 30 del expediente.

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 hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARÁGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Conforme con la norma transcrita, quienes cumplan con los requisitos señalados para ser beneficiarios del régimen de transición establecido, tienen derecho a que la edad, el tiempo y el monto a tener en cuenta para el reconocimiento y pago de su pensión sea el previsto "(...) en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados", como reconocimiento a las expectativas legítimas de quienes venían aportando para su pensión en aplicación de aquel, que para el caso de los empleados públicos no sujetos a regímenes especiales es el consagrado en la Ley 33 de 1985, para quienes tuvieran tiempos cotizados al ISS (sector privado y algunas entidades públicas) es el Decreto 758 de 1990 y para los que acreditan

haber laborado en el sector público y en el privado, la Ley 71 de 1988.

7.5.2. Monto e ingreso base de liquidación aplicable a los beneficiarios de los regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993 en virtud de su régimen de transición

La H. Corte Constitucional, mediante sentencia C-258 de 2013¹⁵, fijó una interpretación del art. 36 de la Ley 100 de 1993 en los siguientes términos:

Para el efecto, la Corte acudirá a la regla general de Ingreso Base de Liquidación prevista en los artículos 21 y 36 de la Ley 100. En efecto, el artículo 36 estableció dos reglas específicas en la materia: **(i)** para quienes el 1º de abril de 1994, les faltara menos de 10 años para pensionarse, el IBL sería **(a)** "el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta" para reunir los requisitos para causar el derecho a la pensión, o **(b)** el promedio de lo "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". **(ii)** En los demás casos, es decir, en la hipótesis de las personas a quienes el 1º de abril de 1994 les faltaban más de 10 años para reunir los requisitos de causación de la pensión, a falta de regla especial en el artículo 36 y teniendo en cuenta que el inciso segundo *ibídem* solamente ordena la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes especiales sobre edad, tiempo de cotización o servicios prestados, y tasa de reemplazo, se les debe aplicar la regla general del artículo 21 de la Ley 100 [...].
 [...]

En vista de que **(i)** no permitir la aplicación ultractiva de las reglas de IBL de los regímenes pensionales vigentes antes de la Ley 100 fue el propósito original del Legislador; **(ii)** por medio del artículo 21 y del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100, el Legislador buscó unificar las reglas de IBL en el régimen de prima media; **(iii)** ese propósito de unificación coincide con los objetivos perseguidos por el Acto Legislativo 01 de 2005, específicamente con los de crear reglas uniformes que eliminen privilegios injustificados y permitan diseñar mecanismos que aseguren la sostenibilidad del sistema -de ahí que la reforma mencione expresamente el artículo 36 de la Ley 100 la Sala considera que en este caso el vacío que dejará la declaración de inexecutable de la expresión "durante el último año" debe ser llenado acudiendo a las reglas generales previstas en las dos disposiciones de la Ley 100 referidas.

Es de anotar que en dicho fallo la H. Corte Constitucional se pronunció sobre el régimen pensional de los Congresistas previsto en la Ley 4ª de 1992, por lo que, en principio, lo resuelto en el mismo no aplicaba para los demás regímenes pensionales. No obstante, a través de la sentencia SU-230 de 2015¹⁶, dicha Corporación hizo extensiva la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a los demás servidores, concluyendo que:

¹⁵ M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁶ M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

331. Si bien existía un precedente reiterado por las distintas Salas de Revisión en cuanto a la aplicación del principio de integralidad del régimen especial, en el sentido de que el monto de la pensión incluía el IBL como un aspecto a tener en cuenta en el régimen de transición, también lo es que esta Corporación no se había pronunciado en sede de constitucionalidad acerca de la interpretación que debe otorgarse al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando que el IBL no es un elemento del régimen de transición.

332. En ese sentido, como la Sala Plena tiene competencia para establecer un cambio de jurisprudencia, aún en aquéllos casos en que existe la denominada jurisprudencia en vigor, el anterior precedente interpretativo (el fijado en la sentencia C-258 de 2013) es de obligatoria observancia.
 (...).

De forma posterior, la H. Corte Constitucional profirió la sentencia SU-427 de 2016¹⁷, en la cual ratificó su interpretación respecto al monto a aplicar a los beneficiarios del régimen de transición. En dicha providencia señaló:

6.15. En resumen, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el petitionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión.

(...) [Subrayado fuera de texto].

En ese mismo contexto, el Alto Tribunal de lo Contencioso profirió la sentencia SU-210 de 2017¹⁸ en la cual precisó que:

En suma, la jurisprudencia de la Corte ha determinado que el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, está circunscrito a los aspectos de la edad, tiempo de servicios o cotización, y el monto de la pensión. Y que lo atinente a las demás condiciones y requisitos pensionales que no estén regulados por dicho artículo de la ley, como el ingreso base de liquidación, deben regirse por las normas contenidas en la ley, correspondientes al sistema general de pensiones. (Subrayado fuera del texto original)

Finalmente, la Corte ha advertido que debe tenerse en cuenta que la Ley 100 de 1993, al regular el régimen de transición, no estableció un derecho autónomo. Por el contrario, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional¹⁹20 (i) la estabilidad del régimen pensional, si bien no da lugar a un derecho adquirido, sí protege una expectativa legítima, (ii)

¹⁷ M.P. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁸ M.P. Dr. José Antonio Cepeda Amarís (E).

¹⁹ Cfr. Sentencias C-789 de 2002, C-1011 de 2008 y C-258 de 2013 (Referencia del fallo en cita).

esa especial protección se deriva no sólo de la confianza legítima a la estabilidad de las reglas pensionales, sino también del carácter progresivo de los derechos sociales, y, por consiguiente, (iii) el Legislador solo puede reformar ese régimen, cuando la modificación se encuentre suficientemente justificada y respete criterios de razonabilidad y proporcionalidad²⁰ (...).

Ahora, en la sentencia SU-395 de 2017²¹ el máximo Tribunal Constitucional indicó cómo quedaron establecidos los términos de la transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993:

8.6. En síntesis, son tres los parámetros aplicables al reconocimiento de las pensiones regidas por normas anteriores a la Ley 100 de 1993, los que a su vez constituyen el régimen de transición:

- (i) *La edad para consolidar el acceso al beneficio prestacional.*
- (ii) *El tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas para el efecto.*
- (iii) *El monto de la misma.*

8.7. Respecto de los dos primeros presupuestos no ha habido mayor dificultad en su interpretación. Sin embargo, frente al tercero de ellos, esto es, "el monto", cabe decir que ha sido objeto de amplios debates a nivel doctrinario y jurisprudencial.

8.8. La problemática reside, esencialmente, en que no es uniforme el criterio que se aplica al concepto de monto, tratándose de pensiones de regímenes especiales aplicables por transición, como por ejemplo el de los empleados de la Rama Judicial o el de los servidores públicos regidos por la Ley 33 de 1985, entre otros, y si dicho concepto debe comprender tanto el porcentaje aplicable como la base reguladora señalada en dicho régimen, a fuerza del desconocimiento del principio de inescindibilidad de la norma si se liquida el monto de las mesadas pensionales de conformidad con lo consagrado en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
 (...)

8.17. Vistas así las cosas, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión.
 (Subrayas fuera del texto original)

²⁰ En la Sentencia C-754 de 2004, este Tribunal, reiteró la Sentencia C-789 de 2002, y señaló que aunque el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 protegía las expectativas legítimas de las personas próximas a pensionarse, la consagración de tal tipo de régimen generó un derecho a continuar en el régimen de transición para quienes ya ingresaron a él, por lo que los cambios normativos posteriores que afecten ese derecho resultan inconstitucionales. Con todo, la Corte explicó que ello no implica la imposibilidad del legislador de hacer modificaciones al sistema pensional, pero ellas siempre deberían respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad en la toma de decisiones del legislador. En igual sentido, consultar la sentencia C-789 de 2002 (Referencia del fallo en cita).

²¹ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

8.18. A similar conclusión también se arribó en la Sentencia SU-210 de 2017 previamente referida, en el sentido de advertir que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, está circunscrito únicamente a los aspectos de la edad, tiempo de servicios o cotización, y el monto de la pensión, en la medida en que *"lo atinente a las demás condiciones y requisitos pensionales que no estén regulados por dicho artículo, como el ingreso base de liquidación, deben regirse por las normas contenidas en la ley, correspondientes al sistema general de pensiones"*.

La postura de la H. Corte Constitucional en cuanto a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 fue reiterada recientemente en las sentencias **SU-023²²** y **068 de 2018²³**. En esta última providencia se indicó que la sentencia SU-230 de 2015 (citada en párrafos anteriores) fijó un criterio de interpretación del inciso 2º del artículo 36 según el cual, *"el beneficio del régimen de transición consiste en la aplicación ultractiva del régimen anterior [que] opera en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, empero no incluye el ingreso base de liquidación. Lo anterior, con el fin de evitar que se reconozcan pensiones con abuso del derecho"*²⁴. Adicionalmente explicó que:

(...) En esas decisiones, la Sala Plena consideró en términos generales que, de conformidad con lo decidido en las Sentencias C-168 de 1995 y C-258 de 2013, a los beneficiarios del régimen de transición se les debe aplicar el ingreso base de liquidación (IBL) establecido en el artículo 21 y el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el que corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento pensional. Esa posición se fundamentó en que esa era la interpretación normativa que mejor se ajusta a los principios constitucionales de equidad, eficiencia y solidaridad del artículo 48 Superior y a la cláusula de Estado Social de Derecho. Así mismo, esa hermenéutica evita los posibles casos de evasión y fraude al sistema. En ese contexto, resaltó que la liquidación de pensiones de regímenes especiales no puede incluir todos los factores salariales, en tanto solo deben incorporarse aquellos que sean directamente remunerativos del servicio sobre los cuales los beneficiarios hayan realizado los correspondientes aportes.

La mencionada regla judicial no puede ser desconocida por los jueces que resuelven los casos donde se discute la aplicación y el contenido del régimen de transición, puesto que ello significaría quebrantar los principios de igualdad, de justicia formal, de buena fe y de seguridad jurídica, así como realizar la coherencia y consistencia del sistema jurídico. Inclusive, esa prohibición se extiende al Consejo de Estado en el marco del mecanismo de extensión de jurisprudencia.

²² M.P. Dr. Carlos Bernal Pulido

²³ M.P. Dr. Alberto Rojas Ríos

²⁴ Postura de la H. Corte Constitucional en las sentencias SU- 417 de 2016, SU 395 de 2017, SU-210 de 2017 y SU 631 de 2017.

Por su parte, respecto del criterio de interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 la Sala Plena del H. Consejo de Estado, Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés, en sentencia de unificación de jurisprudencia del 28 de agosto de 2018²⁵, tras efectuar un análisis sobre el ingreso base de liquidación en el régimen de transición previsto en la norma en comento, fijó la regla jurisprudencial y las subreglas para su aplicación, de la siguiente manera:

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

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989²⁶. Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**

²⁵ Expediente No. 52001-23-33-000-2012-00143-01. Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. En Liquidación.

²⁶ Ley 100 de 1993. "Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]."

(...)

Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812 de 2003).

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".

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.

En ese contexto, la Sala reconoce la vinculatoriedad de las sentencias de unificación del H. Consejo de Estado y de la H. Corte Constitucional, de conformidad con lo establecido en los artículos 102⁷ y 102²⁸ del CPACA.

Por su parte, la Sala acoge la última postura señalada en la sentencia de unificación del H. Consejo de Estado, en observancia del deber de consideración del precedente judicial por parte de los operadores judiciales en garantía del derecho fundamental a la igualdad, de los principios de legalidad, buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, en pro de la coherencia y armonía del sistema jurídico.

Por otra parte, debe mencionarse que la Sala en anteriores oportunidades resolvió casos similares al presente dando aplicación al criterio acogido en la sentencia proferida el 4 de agosto de 2010 por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado. Así mismo, los decidió dando aplicación a lo resuelto en las sentencias T-615 de 2016 de la H. Corte Constitucional y la proferida el 25 de febrero de 2016 por el H. Consejo de Estado.

Posteriormente, la Sala mayoritaria se apartó de tales pronunciamientos ya que la primera de ellas contradecía las sentencias de unificación de la H. Corte Constitucional, la segunda fue dejada sin efectos y la tercera anulada, es claro que actualmente no son aplicables por vía de la institución del precedente judicial.

La Sala considera que actualmente existe un criterio de interpretación claro de los incisos 2º y 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a la luz de la Constitución Política, que tiene raíces en un análisis de constitucionalidad efectuado a la norma y está consolidado en varios

²⁷ Declarado exequible por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-634 de 2011, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁸ Declarado exequible por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-816 de 2011, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.

pronunciamientos posteriores, como lo es la actual sentencia de unificación del H. Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018.

Esta postura se acoge en concordancia con la sentencia de unificación SU-226 del 23 de mayo de 2019 proferida por la H. Corte Constitucional, según la cual *"el incumplimiento de las obligaciones del empleador o de las entidades administradoras en materia de pensiones no es imputable ni oponible al trabajador, por lo cual las consecuencias negativas de estas omisiones no podrán serle adversas y nunca serán razón suficiente para enervar el acceso a una prestación pensional"*.

Adicionalmente, es de resaltar que no es posible dar aplicación en este caso a la jurisprudencia del H. Consejo de Estado vigente a la fecha de causación del derecho, pues dicha forma de interpretación ha sido proscrita del ordenamiento, tan es así que la sentencia T-615 de la H. Corte Constitucional que preveía esa posibilidad fue anulada por la misma Corporación mediante auto 229 de 2017, y las sentencias de unificación de la H. Corte Constitucional como del H. Consejo de Estado citadas en precedencia, son claras en determinar que la interpretación de la norma allí contenida es de obligatoria aplicación por todos los Jueces de manera inmediata.

En conclusión, el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 respeta a sus beneficiarios la edad, el tiempo y el monto del régimen pensional que les venía aplicando con anterioridad a la entrada en vigencia de tal norma, bajo el entendido de que el monto hace referencia únicamente la tasa de reemplazo y no comprende el IBL, puesto que para liquidar el monto pensional el IBL que debe tenerse en cuenta es el previsto en el inciso 3º de la mencionada ley y solo podrán incluirse los factores salariales sobre los cuales se hayan efectuado aportes o cotizaciones al sistema pensional, o se hayan debido efectuar conforme a las normas vigentes.

7.5.3. Del régimen pensional de la Ley 33 de 1985

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 y lo

analizado en precedencia, quienes cumplan con los requisitos señalados para ser beneficiarios del régimen de transición establecido en dicha norma tienen derecho a que la edad, el tiempo y el monto (referido solamente a la tasa de reemplazo) a tener en cuenta para el reconocimiento y pago de su pensión sea el previsto "(...) en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados" o que los cobijaba con anterioridad a la entrada en vigencia de tal Ley, que para el caso de los empleados públicos no sujetos a regímenes especiales es el consagrado en la Ley 33 de 1985.

La Ley 33 de 1985 estableció en su artículo 1º que el empleado oficial que haya prestado **20 años de servicio continuos o discontinuos** y llegue a la **edad de 55 años** tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le reconozca y pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al **75% del salario promedio** que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No obstante, por lo analizado líneas atrás, el porcentaje de retorno establecido en el art. 1º de la Ley 33 de 1985 (75%) debe aplicarse al IBL previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993.

Luego, los factores salariales que deben ser incluidos en la liquidación de la pensión, de acuerdo con el Decreto 1158 de 1994, son los siguientes:

ARTÍCULO 1º. El artículo 6º del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización".

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 negrilla por la Sala)

7.5.4. Del régimen pensional por aportes de la Ley 71 de 1988

La Ley 71 de 1988, por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones, en su artículo 7º consagró la "pensión de jubilación por acumulación de aportes", es decir, aquella que se obtiene sumando los tiempos de cotización y de servicios en el sector público y en el privado.

Conforme a la Ley 71 de 1988, los empleados oficiales y los trabajadores particulares que acrediten, 55 años si es mujer y 60 años si es varón, y 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo en una o varias entidades de previsión social o las que hagan sus veces, con los efectuados en el Seguro Social, tendrán derecho a recibir la prestación de jubilación por efectos de la acumulación de aportes derivados de la relación de trabajo de carácter particular y oficial.

El mencionado artículo 7º fue estudiado por la H. Corte Constitucional en sentencia C-012 del 21 de enero de 1994, con ponencia del Dr. Antonio Barrera Carbonell, en la que se declaró inexecutable su parágrafo segundo, disponiendo en la parte resolutive de la sentencia:

SEGUNDO: Según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia, su efecto jurídico se extiende al reconocimiento de los derechos pensionales adquiridos por las personas que hubieren cumplido con los requisitos previstos en el inciso 1º del artículo 7º de la ley 71 de 1988, esto es, por aportes hechos en cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades de previsión social oficial de cualquier orden, y en el Instituto de los Seguros Sociales, cuando cumplan el requisito de la edad. (Subrayado por la Sala).

Conforme a lo anterior, el artículo 7º de la Ley 71 de 1988 estableció la posibilidad de computar el tiempo servido en el sector público con el tiempo cotizado en el ISS, es un régimen pensional aplicable a quienes estuvieron vinculados laboralmente al sector oficial, a empleadores públicos y privados afiliados al I.S.S. o a ambos, y requieren de la suma de todos los aportes hechos, para reunir los requisitos para acceder al derecho de pensión.

La Ley 100 de 1993 estableció, en la misma línea de lo dispuesto por la Ley 71 de 1988, la posibilidad de acumular para efectos pensionales, los tiempos de servicios y de cotizaciones tanto en el sector público como en

el sector privado. No obstante, fijó nuevas reglas y requisitos para el reconocimiento de las pensiones, previendo un régimen de transición pensional en su artículo 36, conforme al cual quienes cumplieran determinados requisitos para ser sujetos de dicho régimen, tendrían derecho a que su pensión se reconociera con los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión conforme a la normatividad anterior.

En virtud de dicho régimen de transición pensional, es posible para quienes son beneficiarios del mismo obtener la pensión de jubilación con la sumatoria de los tiempos cotizados al Seguro Social y a otras cajas de previsión como servidores públicos y trabajadores del sector privado en virtud de lo previsto en la Ley 71 de 1988 y sus decretos reglamentarios.

La Ley 71 de 1988 fue reglamentada inicialmente por el Decreto 1160 de 1989, que dispuso, entre otros aspectos, que no sería computable como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes el laborado en empresas privadas no afiliadas al ISS, ni *"el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege"*.

Posteriormente, el Decreto 2709 de 1994 derogó la mayoría de los artículos del Decreto 1160 de 1989 y señaló:

ARTÍCULO 1º. PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES. La pensión a que se refiere el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.

Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público.

ARTÍCULO 6º. SALARIO BASE PARA LA LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES. El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley.

Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá certificar lo pagado por los citados conceptos durante el período correspondiente.

ARTÍCULO 8º. MONTO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES. El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75% del salario

base de liquidación. El valor de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley.

El artículo 6° antes citado fue derogado por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997. No obstante, dicha derogatoria fue anulada por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado mediante sentencia del 15 de mayo de 2014 en el proceso 11001-03-25-000-2011-00620-00 (2427-2011), con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve, precisando que la regla jurídica para determinar el ingreso base de liquidación de las personas beneficiarias del régimen de transición y que tengan derecho a la pensión de jubilación por aportes es la establecida en el artículo 6° del Decreto 2709 de 1994.

No obstante, atendiendo el criterio expuesto por la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 del H. Consejo de Estado, dentro del proceso No. 52001-23-33-000-2012-00143-01, dicho IBL solo sería aplicable en caso de pensiones causadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, puesto que a partir de esta el IBL es el previsto por su artículo 36.

Así las cosas, la tasa de retorno del 75% establecido en la Ley 71 de 1988 debe aplicarse al IBL previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con la inclusión de los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Por ende, emolumentos como auxilio de alimentación, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, prima extraordinaria, bonificación por recreación, bonificación por convención y estímulo a la recreación, no pueden ser tenidos en cuenta en el cálculo de la pensión, pues sobre los mismos no se efectúan aportes.

7.6. CASO CONCRETO

Se encuentra acreditado que el señor MILLÁN GUTIÉRREZ, al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994), tenía 46 años de edad, por lo que es beneficiario del régimen de transición general previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y le es aplicable lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, en cuanto a los requisitos para acceder a

la pensión y el monto de la misma. Así mismo, se encontró que adquirió el status pensional el 3 de junio de 2007, después de la entrada en vigencia de las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Recapitulando, se tiene que la UGPP aplicó el régimen pensional de la Ley 71 de 1988 para reconocer la pensión del demandante, con el 75% del promedio de lo devengado en los últimos 10 años, con la inclusión de los factores salariales enlistados en el Decreto 1158 de 1994, a saber: asignación básica y bonificación por servicios prestados.

En ese contexto, la Sala considera que acertó la entidad al liquidar la pensión de jubilación del accionante, teniendo en cuenta que, tal como se ha venido explicando en esta providencia, si bien tiene derecho a acceder a la pensión con aplicación de los requisitos de edad, tiempo y monto del régimen pensional de la Ley 71 de 1988, el "monto" comprende únicamente la tasa de reemplazo. De este modo, el IBL se calcula conforme lo dispone el artículo 21 o el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Además, únicamente se tienen en cuenta los factores salariales dispuestos en el Decreto 1158 de 1994.

Así las cosas, no procede lo solicitado por la parte actora respecto a la reliquidación de la pensión de jubilación que actualmente devenga con la inclusión de los factores salariales devengados exclusivamente durante el último año de servicios, de acuerdo con la postura actual del H. Consejo de Estado y de la H. Corte Constitucional.

En ese sentido, la Sala confirmará la sentencia de primer grado que negó las pretensiones de la demanda.

7.7. CONDENA EN COSTAS

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del C.G.P., numeral 8^o²⁹, como quiera que no se encuentra comprobada la causación de costas en el *sub lite*, además que no se

²⁹ **ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

(...).

FEB 5 5:21 PM 439

encuentra que las partes hayan observado una conducta temeraria ni desplegado maniobras dilatorias³⁰, no hay lugar a condenar en las mismas a la parte desfavorecida con la decisión adoptada en esta instancia. Por la misma razón, procede revocar la condena en costas impuesta en el numeral segundo de la sentencia impugnada.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVÓCASE el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia proferida el 21 de mayo de 2018 por el Juzgado Cincuenta y Cinco (55) Administrativo de Bogotá, en cuanto condenó en costas al actor.

SEGUNDO: CONFÍRMASE en lo demás el fallo impugnado, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

TERCERO: Sin condena en costas en la instancia.

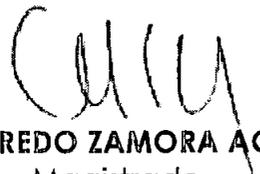
CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

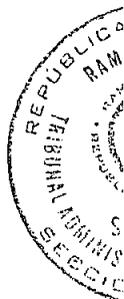
(Discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha)


BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS
 Magistrada

AUSENTE CON EXCUSA
PATRICIA SALAMANCA GALLO
 Magistrada


LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA
 Magistrado

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, sentencia del 13 de febrero de 2020, Radicación: 76001-23-31-000-2013-0007-01 (4468-18).





República de Colombia
Rama Judicial del Poder público
Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Sección Segunda - Subsección F

NOTIFICACIÓN POR ESTADO *Sentencia*

El auto anterior se notifica a las partes por Estado

Nº. 01 09 FEB. 2021 JRC

Oficial Mayo *[Signature]*



THE UNIVERSITY OF CHICAGO
DEPARTMENT OF CHEMISTRY
5800 S. UNIVERSITY AVENUE
CHICAGO, ILLINOIS 60637
TEL: 773-936-3700
WWW: WWW.CHEM.UCHICAGO.EDU