



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "F"

Bogotá D.C., siete (07) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA

REFERENCIAS:

Radicación:	25000-23-25-000-2010-00813-01
Demandante:	MARÍA ROSALBA BURBANO PEÑA
Demandado:	FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA sucedido procesal por la UGPP
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Controversia:	RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

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

I. ANTECEDENTES

1.1- PRETENSIONES¹

La señora MARÍA ROSALBA BURBANO PEÑA, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda tendiente a obtener la nulidad de la **Resolución No. 0791 del 9 de agosto de 2007**, expedida por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA, a través de la cual se reconoció la pensión de jubilación a la demandante, y la nulidad de la **Resolución No. 1120 del 27 de noviembre de 2007**, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo anterior.

A título de restablecimiento del derecho solicita se ordene a la entidad accionada, reliquidar la pensión de jubilación de la demandante con el *"85% del promedio de los salarios que sirvieron de base para los aportes durante el último año efectivamente aportado, o sea sobre lo cotizado al Instituto de Seguro Social, del 1° de diciembre de 2005 al 30 de diciembre de 2006"*.

De forma subsidiaria requiere se condene a la demandada a reliquidar la pensión de la accionante con el 75% del promedio de lo devengado por todo concepto en el último año de servicios en el INCORA, esto es, desde el 1° de mayo de 1992 hasta el 30 de abril de 1993, incluyendo en la base pensional los emolumentos de sueldo, sobresueldos y

¹ Ver demanda a folios 35 a 41 y aclaración de la demanda a folios 92 a 94 del expediente

adiciones de sueldos, bonificación por servicios prestados, primas de antigüedad, del mes de junio, de navidad, de vacaciones, bonificación quinquenal y bonificación por recreación.

Finalmente, solicita se condene a la entidad a i) cancelar las diferencias que se adviertan entre lo ya pagado y la reliquidación que se ordene en el presente asunto, ii) efectuar los ajustes de valor a que haya lugar de conformidad con el IPC, *"desde la fecha de efectividad de la pensión, hasta la fecha en que se concrete el reconocimiento del derecho pretendido"*, iii) reconocer y pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, iv) dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del CCA.

1.2. HECHOS

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

- La señora MARÍA ROSALBA BURBANO PEÑA nació el 20 de marzo de 1952 y laboró al servicio del INCORA desde el 17 de noviembre de 1970 hasta el 30 de abril de 1993, siendo su último cargo el de Técnico Administrativo 09.
- Con posterioridad al retiro definitivo del servicio, la demandante efectuó cotizaciones al Instituto del Seguro Social, *"alcanzando como promedio en el último año de aportes la suma de \$3'500.000"*.
- Mediante la Resolución No. 0791 del 9 de agosto de 2007 el INCORA ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación a favor de la accionante, en cuantía de \$922.469. Dicha liquidación se efectuó con el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años de servicio.
- La demandante presentó recurso de reposición contra la resolución anterior, el cual fue decidido por la entidad a través de la Resolución No. 01120 del 27 de noviembre de 2007, confirmando dicho el acto administrativo en todas sus partes.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Considera la parte demandante como violadas las siguientes disposiciones:

LEGALES: artículo 1° de la Ley 33 de 1985, artículos 11, 13, 36 y 288 de la Ley 100 de 1993 y artículo 10 de la Ley 797 de 2003.

Con fundamento en las disposiciones que estima vulneradas, y con apoyo en varios pronunciamientos judiciales, adujo que al proferir los actos administrativos acusados se desconoció que la señora Burbano Peña es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, de manera que su situación pensional está gobernada por el artículo

1° de la Ley 33 de 1985. Así mismo, señaló que también le es aplicable el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, norma que resulta más favorable para sus intereses.

En la aclaración de la demanda, insistió en que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 superior debe darse aplicación al régimen pensional más favorable, por lo que de no efectuarse la reliquidación en los términos expuestos en la Ley 797 de 2003, la accionante tiene derecho a que se tenga en cuenta lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978, según los cuales la pensión de jubilación corresponde al 75% de lo devengado por todo concepto en el último año de servicios, aspecto ante el cual destacó lo resuelto por el H. Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010, radicado 2006-07509.

1.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Tal como se indicará en el acápite de trámite procesal correspondiente, advierte la Sala que en el presente asunto se vinculó inicialmente al **Ministerio de Salud y Protección Social**, el cual se pronunció en término frente a los hechos del presente asunto. Sin embargo, el auto que ordenó su notificación fue dejado sin efectos, razón por la cual no se relacionará la contestación aportada.

1.4.1. Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la protección Social.

En el trámite adelantado se estableció que el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles de Colombia se encuentra sucedido por la **UGPP**. Sin embargo, dicha entidad guardó silencio en esta etapa procesal.

1.4.2. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural² - litisconsorte necesario

Señaló que de conformidad con lo expuesto en las Resoluciones No. 791 de 2007 y 1120 del mismo año expedidas por el INCORA, se advierte que la pensión de jubilación de la demandante fue liquidada conforme a derecho, toda vez que se dio aplicación al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Al respecto, indicó que este beneficio *"lo que busca es proteger a las personas y permitirles pensionarse con la edad, semanas de la ley anterior"*, por lo que es claro que no incluye el ingreso base de liquidación como lo interpreta la accionante.

Propuso como excepciones las siguientes:

- Falta de legitimación en la causa por pasiva

Resaltó que dicho ministerio no es el encargado de pagar las pensiones y reliquidaciones del extinto INCORA, dado que estas prestaciones se encuentran en cabeza del Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia. En este punto explicó que si bien el Decreto 4986 de

² Folios 189 a 198 del expediente

2007 estableció como sucesor procesal del INCORA al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, lo cierto es que en su artículo 2° dispuso expresamente que el reconocimiento, revocatoria y revisión de las pensiones corresponde al aludido fondo.

Agregó que a partir de la entrada en vigencia del Decreto 2796 de 2013 las competencias asignadas al fondo fueron otorgadas a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, de manera que debe desvincularse del presente trámite al ministerio dado que en el evento de acceder a las pretensiones de la demanda el responsable de asumir la condena correspondiente es la UGPP.

- **Caducidad de la acción**

Expuso que conforme a lo dispuesto en el artículo 138 del CCA la acción de nulidad y restablecimiento del derecho debe presentarse dentro de los 4 meses siguientes a la notificación del acto administrativo acusado so pena de que se configure la caducidad de la acción. Al respecto, indicó que las resoluciones demandadas fueron proferidas en el año 2007 y la demanda fue radicada tres años después *"de la liquidación de la pensión de jubilación y su reconocimiento"*, de manera que puede concluirse que la acción fue incoada fuera del término previsto por el efecto.

- **Ineptitud sustantiva de la demanda por errónea interpretación del régimen de transición**

Insistió en que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contempla los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto dispuestos en el régimen pensional anterior al que se encontraba afiliado el servidor, en aplicación del principio de favorabilidad, pero que dicho beneficio no incluye el ingreso base de liquidación por lo que este debe determinarse con el promedio de devengados en los últimos 10 años de servicio y no con el último año como lo pretende la demandante.

- **Prescripción trienal**

Sostuvo que en el evento de acceder a las pretensiones de la demanda debe darse aplicación a la prescripción de las mesadas pensionales en los términos del artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, los artículos 41 y 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3135 de 1968, atendiendo en todo caso *"a la fecha de su causación, de presentación del libelo de la demanda y las fechas de notificación"*.

1.5. ALEGATOS FINALES

1.5.1. Parte demandante³

Reiteró los hechos y pretensiones planteadas en la demanda y agregó que en el *sub lite* no resulta aplicable lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994 dado que esta disposición regula

³ Folios. 376 a 379 del expediente

la liquidación de las pensiones de vejez, invalidez y de sobrevivientes reconocidas en los términos de la Ley 100 de 1993, de manera que dicha norma no puede considerarse para determinar el IBL de las prestaciones de los beneficiarios del régimen de transición.

Señaló que los emolumentos que deben ser incluidos en la base pensional son todos aquellos devengados por el empleado como contraprestación directa o indirecta de sus servicios, es decir, todos los sueldos, primas y bonificaciones percibidas, aspecto ante el cual citó lo dispuesto por el H. Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010 proferida en el proceso Radicado. 2006- 07509.

1.5.2. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural⁴

Explicó que mediante Decreto 1292 de 2003 se ordenó la supresión y liquidación del INCORA y que en Decreto 4986 de 2007 se estableció que como sucesor procesal de dicho instituto al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural pero el reconocimiento de pensiones se dejó a cargo del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Insistió en que carece de legitimación en la causa por pasiva, teniendo en cuenta que con la entrada en vigencia de Decreto 2796 de 2013 las competencias asignadas al citado fondo fueron asumidas por la UGPP.

1.5.3. Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP⁵

Sostuvo que los beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 tienen derecho a *“jubilarse con fundamento en el régimen pensional al cual se encontraban afiliados al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones”*, que para el caso de los servidores que no se tenían un régimen pensional especial es la Ley 33 de 1985.

Explicó que conforme a lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU.230 de 2015, el régimen de transición en comento solo contempla los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto el cual debe entenderse solo como la tasa de reemplazo, razón por la cual el IBL se determina con el promedio de los salarios devengados en los últimos 10 años de servicios o en el tiempo que le hacía falta al interesado para adquirir su derecho pensional si este fuere menor, pero no con el promedio de devengados en el último año de servicios como lo pretende la accionante.

Agregó que los factores salariales que se deben tener en cuenta en la base pensional son aquellos enlistados en el Decreto 1158 de 1994, norma que modificó el artículo 6° del Decreto 691 de 1994 y que resulta aplicable a los beneficiarios del régimen de transición. Al respecto, indicó que conforme a la disposición en comento, los emolumentos que pueden tenerse en cuenta en este tipo de liquidaciones son expresamente la asignación básica, los

⁴ Folios. 380 a 381 del expediente

⁵ Folios 383 a 386 del expediente

gastos por representación, las primas técnica, de antigüedad, ascensional y de capacitación siempre que sean factor salario, la remuneración por trabajo dominical, festivo, trabajo suplementario, horas extras o realizado en jornada nocturna y la bonificación por servicios prestados.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. COMPETENCIA

La Subsección "F" de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca es competente para decidir el asunto en primera instancia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Una vez examinado el contexto del litigio, la Sala considera que en la presente oportunidad se advierte la existencia de dos problemas jurídicos por resolver, a saber:

1. Determinar si la demandante tiene derecho a que su pensión de jubilación sea reliquidada teniendo **el 85% del promedio de los salarios que sirvieron de base para los aportes durante el último año efectivamente aportado**, esto es, del 1° de diciembre de 2005 al 30 de diciembre de 2006, en los términos de la Ley 797 de 2003.
2. Establecer si en virtud del régimen de transición, la prestación de la accionante debe reliquidarse con **el 75% del promedio de lo devengado en el último año de prestación de servicios en el INCORA**, es decir, desde el 1° de mayo de 1992 hasta el 30 de abril de 1993, de conformidad con lo previsto en la Ley 33 de 1985.

2.3. ANÁLISIS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

2.3.1. 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.

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 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. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere 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"*⁶.

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.

2.3.2. 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

⁶ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-168 de 20 de abril de 1995, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

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 Pensiones⁷.

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"*⁸.

Tal divergencia fue zanjada mediante sentencia calendada 4 de agosto de 2010⁹, oportunidad en la cual el Órgano Vértice de la Jurisdicción privilegió la aplicación del principio de inescindibilidad o conglobamento¹⁰, 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"*¹¹. 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

⁷ 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.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 4 de agosto de 2010, Expediente núm. 2006-7509-01

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ 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.

¹¹ *Ibidem*.

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.

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.”¹²

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:

¹² Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-23 de 5 de abril de 2018, M.P. Dr. Carlos Bernal Pulido.

437

"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 1° 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.”¹³

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 análogos¹⁴.

Como complemento, en lo que respecta a los factores que integran la base, la Corte Constitucional en reciente sentencia SU-226 de 2019, señaló que *“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, pues estas dos partes (el empleador y las entidades administradoras) están llamadas a hacer uso de los instrumentos legales y administrativos dirigidos a cumplir o a exigirse mutuamente el acatamiento de sus deberes”*.

E insistió en que *“sobre el trabajador, bajo ninguna circunstancia, pueden recaer los efectos negativos de las omisiones en que incurran el empleador o la entidad administradora correspondiente”, e indicó que “una actuación contraria a ese presupuesto jurisprudencial sería abiertamente trasgresora del derecho a la seguridad social del titular de la pensión a que haya lugar”*.

En este orden de ideas, esta Subsección observa que el incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 por parte del empleador, referentes a los deberes de descontar, aportar y trasladar el monto de las cotizaciones a las entidades administradoras de pensiones, no puede tenerse como un asunto oponible al trabajador, y por ende, no constituye óbice alguno para que este reclame el reajuste de su pensión con fundamento en los factores que constituyen la base legal y reglamentaria de liquidación de la prestación.

En consecuencia, esta Instancia Judicial considera que, si las pensiones deben ser liquidadas únicamente con inclusión de todos los emolumentos que constituyen factores legales o reglamentarios de cotización al sistema, en aquellos casos en que el empleador no haya efectuado cotizaciones sobre estos, se impone ordenar el reajuste pensional respectivo junto con el pago de las diferencias dinerarias no prescritas resultantes.

¹³ 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.

¹⁴ 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.

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 **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 opciones¹⁵: *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,

¹⁵ 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.

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 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, aquellos señalados en el Decreto 1158 de 1994 y en las normas de tipo legislativo o reglamentario que modifiquen o adicionen ese listado, independientemente de que el empleador haya efectuado o no los aportes correspondientes.
- 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.

2.3.3. Del régimen pensional dispuesto en la Ley 797 de 2003

La Ley 797 de 2003, *“por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”*, establece en su artículo 9° los requisitos para adquirir el derecho pensional en los siguientes términos:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Respecto de la tasa de reemplazo, en el artículo 10 de la norma en comento se señala que para determinarla se debe atender a las reglas que a continuación se exponen:

ARTÍCULO 10. *El artículo 34 de la Ley 100 de 1993 quedará así:*

437

Artículo 34. Monto de la Pensión de Vejez. El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

A partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.

En tal virtud, la tasa de reemplazo no solo se determina a partir del número de semanas adicionales cotizadas sino que además requiere de la aplicación de la fórmula ya citada, la cual implica un decreciente en el porcentaje en función del nivel de ingresos del interesado.

5.4. ANÁLISIS CRÍTICO

5.4.1. De las excepciones

Previo a resolver de fondo el presente asunto, considera la Sala que se hace necesario pronunciarse frente a las excepciones planteadas en la contestación presentada por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en calidad de litisconsorte necesario.

Se advierte entonces que se formularon como excepciones las siguientes: falta de legitimación en la causa por pasiva, caducidad de la acción, prescripción trienal e ineptitud sustantiva de la demanda por errónea interpretación del régimen de transición. Frente a esta última debe mencionarse que corresponde a un argumento de defensa que se desarrollará en el análisis del caso concreto, al momento de establecer el alcance del régimen de transición, razón por la cual no se resolverá nada al respecto en este acápite.

De otra parte, frente a los demás medios exceptivos se precisa lo siguiente:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva**

Considera el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural que las obligaciones frente a las prestaciones reconocidas por el extinto INCORA inicialmente se encontraban en cabeza del Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y finalmente fueron asignadas a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, de manera que debe desvincularse del presente trámite a dicha cartera ministerial.

Para resolver este medio exceptivo señala la Sala que el artículo 2° del Decreto 4986 de 2007 “por la cual se efectúa la distribución de negocios y asuntos y se modifica parcialmente el Decreto 1292 de 2003”, dispuso:

ARTÍCULO 2°. *Para efectos de los artículo 28,29 y 32 del Decreto 1292 de 2003, el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia reconocerá las pensiones que estaban a cargo del Incora en Liquidación, para lo cual se subrogará en la administración del contrato de fiducia que el Incora en liquidación celebre para administrar los recursos destinados a financiar los gastos de administración inherentes al reconocimiento, administración de nómina, administración de archivos y demás inherentes a esa labor.*

(...)

Posteriormente, se tiene que el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, creo la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, estableciendo entre otras funciones, la siguiente:

i) El reconocimiento de derechos pensionales, tales como pensiones y bonos pensionales, salvo los bonos que sean responsabilidad de la nación, así como los auxilios funerarios, causados a cargo del Régimen de Prima Media del orden Nacional, y de las entidades públicas del orden nacional y de las entidades públicas del orden nacional que hayan tenido a su cargo el reconocimiento de pensiones, respecto de las cuales se haya decretado su liquidación. Para lo anterior, la entidad ejercerá todas las gestiones inherentes a este numeral, tales como la administración de base de datos, nóminas, archivos y asignaciones al Gobierno Nacional en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003;

El Decreto No. 2796 de 2013, “por medio del cual se establecen las reglas para la asunción de la función pensional del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora) por parte de la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)”, dispuso en su artículo 1°, lo siguiente:

Artículo 1°. Asignación de competencias. *A partir del 30 de noviembre de 2013, las competencias asignadas al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, mediante el artículo 2° del Decreto número 4986 de 2007, serán asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).*

Así mismo, el decreto en comento en su artículo 3° estableció:

Artículo 3°. Cuotas Partes Pensionales. *La administración de las cuotas partes pensionales por cobrar y por pagar, reconocidas con posterioridad a la fecha de traslado de las competencias indicadas en el artículo 2° del Decreto número 4986 de*

1038

2007 al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, así como las posteriores al traslado de la función de que trata el artículo 1° del presente decreto a la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), estará a cargo de esta unidad.

Conforme a lo expuesto, concluye la Sala que es la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, la entidad que en la actualidad ostenta la competencia para asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones pensionales del INCORA y el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Así las cosas, se encuentra probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva frente al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. En tal virtud, no se hace necesario resolver las excepciones de caducidad y prescripción formuladas por dicho ministerio en tanto se ha desvinculado del presente trámite.

5.4.2. Del caso concreto

Descendiendo al *sub exámine*, observa la Sala que la accionante pretende la reliquidación de su pensión con el 85% del promedio de lo aportado en el último año, o en su defecto, con el 75% del promedio de todos los emolumentos devengados durante el último año de servicios.

Sea lo primero advertir que conforme a lo allegado al plenario, se encuentra probado que la demandante nació el **20 de marzo de 1952** (f. 3 y 10), y que según el certificado expedido por el Gerente Liquidador del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA (fs. 4 a 9) laboró al servicio de tal entidad desde el **17 de noviembre de 1970 hasta el 30 de abril de 1993** desempeñando como último cargo certificado el de “*Técnico Administrativo Grado 09*”, en calidad de empleada pública. Lo anterior para un total de 8200 días equivalentes a 1171 semanas.

Además, conforme a la Relación de Novedades del Sistema de Autoliquidación de Aportes Mensual (fs. 13 a 17), se advierten cotizaciones efectuadas al Instituto de Seguros Sociales, sobre un IBC variable y con diferentes interrupciones, entre los meses de mayo de 1997 y diciembre del año 2006, para un total de 368 semanas adicionales.

De conformidad con lo obrante en el plenario, se advierte que mediante la **Resolución No. 791 de 2007** (fs. 59 a 61), el INCORA reconoció una pensión de jubilación a favor de la demandante como beneficiaria del régimen de transición, en cuantía de \$922.469 efectiva a partir del 20 de marzo de 2007. La liquidación se efectuó en los siguientes términos:

“Que la liquidación para establecer la cuantía de la pensión de jubilación se hace en la forma prevista en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir con el promedio de los factores de ingreso base de cotización devengados en los diez años anteriores a la fecha de retiro del instituto, que corresponden al tiempo comprendido entre el 1° de mayo de 1983 hasta el 30 de abril de 1993, actualizado anualmente con la variación del índice de precios al consumidor certificado por el DANE (...).”

En el acto administrativo en comento, conforme a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, se aplicó una tasa de reemplazo del 75% y al comparar las sumas incluidas con los valores certificados por la entidad como devengados, observa la Sala que en la liquidación se incluyeron los emolumentos descritos en el Decreto 1158 de 1994.

La decisión anterior fue confirmada mediante la **Resolución 1120 del 27 de noviembre de 2007** (f. 23 a 25), en la cual el INCORA también explicó que no resulta procedente aplicar los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993 modificados por la Ley 797 de 2003 y por ende contabilizar los aportes adicionales, por cuanto la accionante no acreditó que se efectuaran también cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud. Al respecto, debe indicarse que contrario a lo afirmado en el acto administrativo en cita en la relación de novedades a que se hizo mención en párrafos anteriores, se señalan las cotizaciones a salud efectuadas durante el periodo ya descrito.

Ahora bien, atendiendo a lo expuesto encuentra la Sala que la accionante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 la Ley 100 de 1993, como quiera que a **1° de abril de 1994**¹⁶- contaba con más de 42 años de edad y 23 de servicio, por lo cual le tiene derecho a que su prestación se reliquide atendiendo a los requisitos de edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo que prevé la Ley 33 de 1985, norma con la cual adquirió el estatus jurídico de pensionada el **20 de marzo de 2007**, esto es, con posterioridad al cumplimiento de los 10 años de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para su caso particular.

De igual forma, se advierte que a la accionante también le resultan aplicables las disposiciones de la Ley 797 de 2003, al acreditar más de 55 años de edad y más de 1.000 semanas de cotización. Por lo tanto, corresponde determinar cuál es el régimen pensional más favorable para sus intereses, de conformidad con las pretensiones incoadas en la demanda, así:

- **Del régimen pensional de la Ley 33 de 1985**

Considera la Sala que bajo esta disposición la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora MARÍA ROSALBA BURBANO PEÑA no puede realizarse en los términos solicitados, toda vez que aunque la demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y al no pertenecer a ningún régimen especial dentro del sector público tiene derecho a la reliquidación de su pensión con aplicación de los requisitos de edad, tiempo y monto del régimen pensional anterior, esto es, la Ley 33 de 1985, el “*monto*” comprende únicamente la tasa de reemplazo y no el IBL, por lo que este último debe determinarse conforme con lo previsto en el artículo 21 *ejusdem*, esto es, con el promedio de lo cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión

¹⁶ **ARTÍCULO 151. VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES.** El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1o. de Abril de 1.994. No obstante, el Gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente Ley, a partir de la vigencia de la misma. **PARÁGRAFO.** El Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a jayamás tardar el 30 de junio de 1.995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental.

y no con el promedio de los emolumentos devengados por todo concepto en el último año de servicio como se pretende en la demanda. De igual forma, los factores salariales que se incluyen en la base pensional corresponden solo a los enunciados en la Ley 62 de 1985 para el periodo cotizado como servidora pública, y a los establecidos en el Código Sustantivo del Trabajo para los tiempos cotizados como independiente o trabajadora del sector privado; esto, de conformidad con el artículo 18 y 19 de la Ley 100, modificados por los 5 y 6 de la Ley 797 de 2003.

Lo anterior, atendiendo a 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 2018¹⁷.

En tal virtud, se concluye que a la demandante no le asiste razón jurídica para obtener la reliquidación que persigue, esto es, con el 75% del promedio de lo devengado por todo concepto en el último año de servicios en el INCORA, toda vez que la liquidación efectuada por la entidad se encuentra acorde con las reglas expuestas por el Alto Tribunal Constitucional y el órgano de cierre de esta Jurisdicción frente al alcance del régimen de transición. Por tanto, se negará esta pretensión.

- De la Ley 797 de 2003

Tal como se indicó anteriormente, advierte la Sala que además del tiempo de servicio que fue considerado en el acto acusado al momento de la liquidación, la demandante también acreditó cotizaciones adicionales ante el ISS las cuales se efectuaron con diferentes interrupciones entre los meses de mayo de 1997 y diciembre del año 2006, correspondientes a 368 semanas adicionales, razón por la cual se advierte que la accionante acreditó un total de 1.540 semanas de cotización durante su vida laboral.

Conforme lo anterior y atendiendo a lo descrito los artículos 33 y 34 de la Ley 797 de 2003, se tiene que para el año 2007, momento del reconocimiento pensional, correspondía acreditar un mínimo de 1.100 semanas, siendo las excedentes 440. En este punto, debe señalarse que contrario a lo afirmado en la demanda, un número considerable de semanas adicionales no implica *per se* una tasa de reemplazo automática del 85% como se pretende en el sub lite, pues se debe tenerse en cuenta que a partir del año 2005 el porcentaje máximo corresponde al 80%.

Además se debe aplicar en todo caso la fórmula prevista en la norma, la cual implica una cifra decreciente en el porcentaje en función del nivel de ingresos del interesado. De igual

¹⁷ 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.

forma, corresponde resaltar que el IBL bajo esta disposición también se determina con el promedio de los últimos 10 años de cotización y no con el último año como lo pretende la accionante.

Ahora bien, una vez indexado el IBL correspondiente al promedio de los últimos 10 años de cotización y efectuadas las operaciones que señala la norma, con aplicación además del elemento decreciente de la fórmula, encuentra la Sala que en el caso particular de la accionante la tasa de reemplazo oscila en un **76,75%** y por ende, el monto de la mesada pensional debería ser de \$1.164.930 y no el \$922.469 que le fue reconocido. En tal virtud, se tiene que al permitir una tasa de reemplazo superior a aquella que le fue reconocida (75%), la Ley 797 de 2003 resulta en todo caso más beneficiosa para los intereses de la señora MARÍA ROSALBA BURBANO PEÑA.

Por lo tanto, la Sala considera procedente acceder a la reliquidación de la prestación de la accionante, pero en los términos antes expuestos, es decir, determinado el IBL con los últimos 10 años de cotización y no el último año como se pretende en la demanda. En tal virtud, corresponde declarar la nulidad parcial de la **Resolución No. 791 del 9 de agosto de 2007** proferida por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria - INCORA, por la cual se ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación a favor de la accionante, así como la nulidad de la **Resolución 1120 del 27 de noviembre de 2007** emitida por la misma entidad, a través de la cual se confirmó el acto administrativo anterior.

En consecuencia de la declaración anterior, deberá reliquidarse la prestación reconocida tomando en consideración las semanas adicionales cotizadas y aplicando una tasa de reemplazo del **76.75%**, tal como se explicó en precedencia. En este punto, debe señalarse que si la entidad accionada, al efectuar la reliquidación determina que el porcentaje correspondiente es mayor al establecido en el presente asunto, en todo deberá caso aplicar el que resulte más favorable para la accionante.

5.4.3. Indexación.

Los valores que resulten de la condena serán actualizados en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, aplicando para ello la siguiente formula.

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la parte demandante a razón de la mesadas pensionales causadas, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, entre el índice vigente a la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

5.4.4 Conclusión

Expuesto todo lo anterior, en el presente asunto la Sala i) declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, ii) declarará la nulidad parcial de la **Resolución No. 791 del 9 de agosto de 2007**, así como la nulidad de la **Resolución 1120 del 27 de noviembre de 2007**, ii) En consecuencia, ordenará reliquidar la pensión de jubilación de la accionante en los términos de la Ley 797 de 2003, esto es, con el promedio de los últimos 10 años de cotización sobre los factores establecidos en la Ley 62 de 1985 para el periodo cotizado como servidora pública, y a los establecidos en el Código Sustantivo del Trabajo para los tiempos cotizados como independiente o trabajadora del sector privado; esto, de conformidad con el artículo 18 y 19 de la Ley 100, modificados por los 5 y 6 de la Ley 797 de 2003, tomando en consideración las semanas adicionales cotizadas y aplicando una tasa de reemplazo del **76.75%** o la que determine la entidad accionada, siempre que resulte más favorable para los intereses de la pensionada y iii) Las sumas a que hubiere lugar, se ordena pagar con la correspondiente indexación.

5.5. Costas.

Finalmente, y como quiera que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y en el *sub lite*, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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. – DECLÁRESE probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- DECLÁRESE la nulidad parcial de la **Resolución No. 791 del 9 de agosto de 2007** proferida por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria - INCORA, por la cual se ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación a favor de la señora MARÍA ROSALBA BURBANO PEÑA, y la nulidad total de la **Resolución 1120 del 27 de noviembre de 2007** emitida por la misma entidad, a través de la cual se confirmó el acto administrativo anterior.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNASE** a la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social [UGPP]**, a lo siguiente:

- A. Reliquidar la pensión de jubilación de la señora MARÍA ROSALBA BURBANO PEÑA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 34.526.266 de Popayán. La prestación será liquidada en los términos de la Ley 797 de 2003, esto es, con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años sobre los factores establecidos en la Ley 62 de 1985 para el periodo cotizado como servidora pública, y a los establecidos en el Código Sustantivo del Trabajo para los tiempos cotizados como independiente o trabajadora del sector privado; esto, de conformidad con el artículo 18 y 19 de la Ley 100 de 1993, modificados por los 5 y 6 de la Ley 797 de 2003, y teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del **76.75%**, o la que determine la entidad al momento de efectuar las operaciones a que haya lugar, siempre que resulte más favorable para los intereses de la accionante.
- B. Los valores que resulten de la condena serán actualizados en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, aplicando para ello la fórmula señalada en la parte motiva.

CUARTO.- DÉSE CUMPLIMIENTO a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

QUINTO.- NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda, de acuerdo con las consideraciones que anteceden.

SEXTO.- Sin condena en costas en esta instancia.

SÉPTIMO.- Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría de la Sección Segunda **liquídense** los gastos ordinarios del proceso, y si hubieren remanentes, **devuélvase** a la parte actora. Satisfecho lo anterior, por Secretaría de la Subsección, **devuélvase** al interesado los anexos sin necesidad de desglose y **archívese** el expediente, previas las constancias de rigor.

LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA

Magistrado

PATRICIA SALAMANCA GALLO

Magistrada

BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS

Magistrada

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados que conforman la Sala de la Sección Segunda, Subsección "F" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.

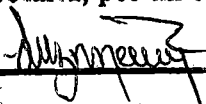
DEC 16/21 PM 4:53

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA (2)
CONSTANCIA DE FIJACIÓN
EDICTO # 1

Bogotá, D.C. 13 ENE 2022

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

Oficial mayor



JP6C