



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, Ibagué, treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicado Nro.: 73001-33-33-005-2018-00397-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: German Gaviria López
Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP"

Advertido que el numeral 1°. del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020 facultó al juez Contencioso Administrativo a proferir sentencia anticipada en asuntos de puro derecho o cuando no fuere necesario practicar pruebas, y como quiera que en el presente asunto se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión en diligencia celebrada el día 26 de agosto de 2021 (renglón 18 carpeta cuaderno principal 1 expediente digital), sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho¹ profiere la decisión de mérito y que en derecho corresponda dentro del presente medio de control.

Antecedentes.

La demanda:

El señor **German Gaviria López** actuando por conducto de apoderada judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho establecido en el artículo 138 del C. de P.A. y de lo C.A., promovió demanda contra **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP"**, tendiente a obtener mediante sentencia judicial, un pronunciamiento favorable sobre las siguientes:

Declaraciones y condenas:

1. *"Se declare la nulidad de la Resolución RDP 037176 del 11 de septiembre de 2015, por medio de cual desconocieron y negaron los factores salariales correspondientes a la pensión de jubilación de la señora Marlene Muñoz Gracia (q.e.p.d.), sustituida al señor German Gaviria López, negando con ésta sus derechos adquiridos.*
2. *Se declare la nulidad de la Resolución Nro. RDP51429 del 3 de diciembre de 2015, notificada el día 29 de diciembre de 2015, por medio del cual resolviendo un recurso de apelación confirmó la Resolución Nro. RDP 377176 del 11 de septiembre de 2015, desconociendo y negando los factores salariales correspondientes a la pensión de*

¹ Atendiendo las pautas establecidas desde el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, mediante el cual se imparten instrucciones en virtud del "Estado de Emergencia económico, social y ecológico" decretado en el territorio nacional, y con fundamento en los estragos de la pavorosa plaga clasificada como SARS-CoV-2 por las autoridades sanitarias mundiales de la OMS, causante de lo que se conoce como la enfermedad del Covid-19 o popularmente "coronavirus"; y desde el Acuerdo PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual se tomaron medidas por motivos de salubridad pública, **la presente providencia fue aprobada a través de correo electrónico y se notifica a las partes por el mismo medio.**

sobrevivientes del señor **German Gaviria López**, negando con ésta sus derechos adquiridos.

3. Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, igualmente se declare que el actor tiene pleno derecho a que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP", le reconozca y ordene pagar su pensión de jubilación, en cuantía de \$431.868 ML/Cte., efectiva a partir del 1 de julio de 1994, fecha en que adquirió el status pensional por cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad y veinte (20) de servicio, asimismo, proceda a liquidar los reajustes pensionales decretados en la ley.
4. Se condene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP", a pagar al actor una pensión mensual vitalicia de jubilación, equivalente al setenta y cinco (75%) por ciento de la totalidad de los factores de salario devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio oficial del causante dando aplicación al IPC (índice de precios al consumidor), dado que el mismo se retiró del servicio el 30 de junio de 1994 cumpliendo con mas de veinte (20) años de servicio, debiendo esperar hasta el 11 de junio de 2001, fecha en la cual cumplió con el segundo requisito para alcanzar el status de pensionado, ósea, \$431.868 ML/Cte, conforme el régimen ordinario aplicable a los empleados del sector oficial según la Ley 33/85, 62/85, 71/88 y las demás normas concordantes, recurriendo a estas para la forma de liquidación por principio de favorabilidad para el trabajador habiendo cuenta, adicionalmente, de haber consolidado mas de 15 años de servicio con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 33, por lo que en efecto se había generado en su favor un beneficio conforme al régimen de transición de la Ley 33 de 1985.
5. Se ordene liquidar y pagar, a expensas de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP", a favor del actor, la totalidad de las diferencias entre lo que se le ha venido pagando en virtud de la Resolución Nro. 30771 del 4 de octubre de 2005 y la Resolución Nro. 19555 del 1 de junio de 2009, mediante el cual se reconoce una pensión de sobrevivientes y la sentencia que de fin a este proceso, a partir de la adquisición del status jurídico de la causante hasta el momento de inclusión en nómina con la totalidad de factores salariales demandados, teniendo en cuenta para efectos de la cuantía definitiva, los siguientes factores salariales: auxilio de transporte, subsidio de alimentación, prima de vacaciones, prima de servicios, bonificación por servicios, prima de navidad y bonificación especial por recreación, además de aquellos que se tuvieron en cuenta en las resoluciones mencionadas.
6. Se condene a que Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP", pagar a la parte demandante, sobre las mesadas ya reconocidas y canceladas en virtud de la Resolución Nro. 30771 del 4 de octubre de 2005 y la Resolución Nro. 19555 del 1 de junio de 2009, mediante la cual se reconoce una pensión de sobrevivientes, la sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor (indexación de la condena).
7. Se ordene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP", dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el inciso segundo del artículo 192 del C. de P.A. y de lo C.A. Igualmente que en virtud de la voluntad contemplada en el poder conferido se haga entrega de los dineros al apoderado.
8. Se condene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP", pagar a favor de German Gaviria López, los intereses moratorios, conforme lo ordena el inciso tercero del artículo 192 del C. de P.A. y de lo C.A.

9. *Se condene en costas a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP", en caso de que se oponga a las pretensiones de esta demanda.*
10. *En el fallo que acceda a las pretensiones de la demanda, se ordena expedir al suscrito apoderado, primera copia que presta mérito ejecutivo, así como copia auténtica con constancia ejecutoria.*
11. *Una vez quede en firme el fallo que acceda a las pretensiones de la demanda, solicito muy comedidamente, que al momento de comunicar a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP", se le remita copia auténtica con la fecha exacta de la constancia ejecutoria. (fls. 4 y 5, renglón "00" carpeta cuaderno principal 1 expediente digital)"*

Hechos:

Como presupuestos fácticos de sus pretensiones, narró los siguientes:

1. *La causante Marlene Muñoz García (q.e.p.d.), prestó sus servicios al Estado colombiano como secretaria en el ministerio de salud y protección social por más de veinte (20) años.*
2. *Para la entrada en vigencia de la ley 33 de 1985, la causante ya había cumplido más de 15 años de servicio, por lo que se le debe respetar todas las garantías y beneficios adquiridos y establecidos en disposiciones anteriores a esta.*
3. *En consecuencia del hecho precedente, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal E.I.C.E. en liquidación, le reconoció y pago una pensión vitalicia de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985, Ley 100 de 1993, reconocimiento que ésta le hizo mediante resolución Nro. 30771 del 4 de octubre de 2005, en cuantía de \$319.469,58 activa a partir del 11 de junio de 2001.*
4. *La señora Marlene García, falleció el día 6 de abril de 2008.*
5. *Con ocasión del fallecimiento de la causante mediante resolución Nro. 19555 del 1 de junio de 2009, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal E.I.C.E. en liquidación reconoce una pensión de sobrevivientes, en cuantía de \$478.611,89 efectiva a partir del 7 de abril de 2008, a favor del señor German Gaviria López en calidad de cónyuge (50%) y a Germán Gaviria Muñoz en calidad de hijo menor de edad (50%).*
6. *Mediante oficio radicado en la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP", el día 2 de julio de 2015, se solicitó la revisión de la pensión para que se tuviera en cuenta todos los factores salariales devengados por la causante, interrumpiendo cualquier prescripción de conformidad con el artículo 102, numeral segundo del decreto 1848 de 1969.*
7. *La entidad resolvió la solicitud del señor Germán Gaviria López y mediante resolución Nro. RDP 37176 del 11 de septiembre de 2015, es decir la revisión de la pensión reconocida con la inclusión de todos los factores salariales.*
8. *Contra la anterior resolución se interpuso recurso apelación, mediante oficio radicado el día 9 de octubre de 2015.*
9. *La entidad resolvió el recurso de apelación, mediante resolución Nro. RDP51429 del 3 de diciembre de 2015, confirmando la negativa de la resolución Nro. RDP 37176 del 11 de septiembre de 2015.*
10. *En el reconocimiento pensional hecho por la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal E.I.C.E. en resolución Nro. 30771 del 4 de octubre de 2005 y la Resolución Nro. 19555 del 1 de junio de 2009, mediante la cual se reconoce una pensión de sobrevivientes, en cuanto hace al monto de la pensión, así como el pago de la indexación a los valores reconocidos por acto administrativo, solo se tuvo en cuenta la asignación básica y bonificación por servicios prestados y no se tuvieron en cuenta los siguientes factores: auxiliares de transporte, subsidio de alimentación, prima de vacaciones, prima de servicios, bonificación por servicios, prima de navidad y bonificación especial por recreación, factores que fueron devengados y certificados por*

la entidad competente durante el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio oficial.

11. La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP", debió liquidar la pensión de jubilación la pensión de jubilación conforme lo ordena el régimen ordinario aplicable a los empleados del sector oficial, según la Ley 33 de 1985, artículo 3, numeral 3; 62 de 1985, artículo 1, numeral 3 y las demás concordantes, con los factores devengados desde el 1 de julio de 1993 al 30 de junio de 1994, así:

Fecha Inicial	Fecha final	Factores	Difer. Mesadas	Coef días	Dif mesadas	
01/07/1993	30/12/1993	Asignación Básica	\$ 140.177,00	6	\$ 841.062,00	
01/01/1994	30/06/1994		\$ 169.614,00	6	\$ 1.017.684,00	
				12,0000000		\$ 1.858.746,00
01/07/1993	30/12/1993	Auxilio de Transporte	\$ 7.542,00	6,0	\$ 45.252,00	
01/01/1994	30/06/1994		\$ 8.975,00	6,0	\$ 53.850,00	
						\$ 99.102,00
		Subsidio de Alimentación				
01/07/1993	30/12/1993		\$ 8.480,00	6,0	\$ 50.880,00	
01/01/1994	30/06/1994		\$ 10.261,00	6,0	\$ 61.566,00	
						\$ 112.446,00
		Prima de Vacaciones	\$ 143.034,30			\$ 143.034,30
		Prima de Navidad	\$ 194.204,08			\$ 194.204,08
		Bonificación x servicios	\$ 70.672,50			\$ 70.672,50
		Prima de Servicios	\$ 89.795,40			\$ 89.795,40
		Bonificación Especial de Recreación	\$ 8.289,60			\$ 8.289,60
		TOTAL				\$ 2.568.000,28
		VALOR PENSION				\$ 160.500,02

TOTAL MESADA INDEXADA	FINAL	STATUS	65,81547	\$ 431.868,00
	INICIAL	RETIRO	24,45975	

12. Los últimos servicios prestados por el causante, fueron al Ministerio de Salud y Protección Social en la ciudad de Bogotá (fls. 5 a 7, renglón 18 carpeta cuaderno principal 1 expediente digital)".

Normas violadas y concepto de violación.

Como normatividad transgredida, el profesional en derecho cita los artículos 2, 6, 25 y 58 de la Constitución Política, artículo 10 de la Ley 57 de 1987; artículo 138 de Ley 1437 de 2011; artículo 36, inciso 2 de la Ley 100 de 1993, Leyes 33 y 62 de 1985; artículo 4 de la Ley 4 de 1966; Decreto 1743 de 1966; Decreto 3135 de 1968; la Ley 5 de 1969 y la Ley 71 de 1988.

Expresó que la entidad demandada ha menoscabado las disposiciones que regulan lo relativo al régimen pensional de su causante y del demandante, pues ha dejado de emplear la normatividad aplicable al caso en concreto, ya que la mesada pensional de jubilación y posteriormente de sobrevivientes debió ser reconocida con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, de conformidad con el artículo 1045 de 1978, al ser su causante beneficiaria del régimen de transición se le debe aplicar el régimen inmediatamente anterior (Ley 33 de 1985, artículo 1, parágrafo 2), pues tenía más de 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Trámite procesal.

La demanda se presentó el 12 de diciembre de 2018 (fl. 2, renglón "00" carpeta cuaderno principal 1 expediente digital) y mediante auto del 18 de febrero de 2019 (fl. 63, renglón "00" carpeta cuaderno principal 1 expediente digital), se requirió al Ministerio de Salud – Subdirección de Gestión de Talento Humano, a fin de que certificará el último lugar donde prestó sus servicios la señora Marlene Muñoz

Gracia (q.e.p.d.), quien en vida se identificó con la cédula de ciudadanía Nro. 28.781.705.

Posteriormente y mediante proveído se admitió la misma, ordenándose la notificación a la entidad demandada Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales "UGPP", a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público (fls. 175 a 177, renglón "00" carpeta cuaderno principal 1 expediente digital).

Surtida en debida forma la notificación a las partes, de la constancia secretarial obrante a folio 231, renglón "00" carpeta cuaderno principal 1 expediente digital del plenario, se evidencia que dentro del término para contestar la demanda de la referencia, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales "UGPP" contestó la demanda de la referencia y llamó en garantía al Ministerio de Salud y Protección Social.

Mediante auto de fecha 2 de octubre de 2020, se negó el llamamiento en garantía, quedando ejecutoriado y en silencio el día 8 de octubre de 2020 (renglón 5, Cdno. Llamamiento en Garantía).

Contestación de la Demanda.

Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales "UGPP".

Oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda, señala que los hechos 1º, 3º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º y 10º son ciertos; 2º, 11 y 12 no son hechos; 4º no existe y 13º no es cierto, por lo que solicita se absuelvan los cargos invocados y se condene en costas a la parte demandante.

Solicita seguir los lineamientos de la Sentencia de Unificación, proferida el 28 de agosto de 2018 por el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, dentro del Radicado 52001233300020120014301 y las Sentencias C-258 de 2013, SU-230 del 29 de 2015, SU-427 de 2016, SU-395 de 2017 y SU-28 de 2018 de la Corte Constitucional mediante, en las que se dejó claro cómo ha de interpretarse el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues bajo dichos parámetros, fue reconocida a favor de la señora Marlene Muñoz Gracia (q.e.p.d.) la pensión vitalicia por vejez, al encontrarse cobijada por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta la edad, la tasa de reemplazo y el tiempo de servicio contemplado por el régimen anterior, es decir, la Ley 33 de 1985 y al ostentar más de 20 años de servicio, 55 años y el 75% del Ingreso Base de Liquidación.

En cuanto a las demás condiciones requeridas, señala que de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como lo son el periodo sobre el cual se liquida la pensión y los factores salariales que deben tomarse para determinar el ingreso base de liquidación, aduce que deberán ser tenidos en cuenta los indicados en el artículo 21 y en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es que la liquidación de las pensiones se realice con lo que le hiciere falta al trabajador para adquirir su status de pensionado o de ser el caso con el promedio de los últimos 10 años de servicio y con los factores salariales contemplados en su Decreto reglamentario 1158 de 1994 objeto de cotización, cuyos preceptos no incluyen los pretendidos por la demandante, teniendo en cuenta que está postura es la que mejor consulta lo querido

por la Constitución y la Ley. Lo anterior, dado que la señora Marlene Muñoz Gracia (q.e.p.d.) adquirió su status de pensionada en vigencia de la Ley 100 de 1993, acotando que al reglamentarse la misma, se ordenó la incorporación de todos los servidores públicos al nuevo sistema general de pensiones, mediante el Decreto 691 de 1994, lo que implicó que tales servidores quedaran sujetos al tratamiento que debía tener el Ingreso Base de Cotización, y que se tradujo en la expedición del Decreto 1158 de 1994, que determinó los factores salariales para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos, sin que se encuentren en los mismos, los señalados por el accionante en su demanda.

En lo que respecta a la Bonificación Especial por Recreación, manifiesta que se debe tener en cuenta que no es procedente su incorporación en el ingreso base de liquidación en virtud del artículo 15 del Decreto 40 de 1998, que reguló lo relacionado con la mencionada bonificación, indicando para el efecto que no constituirá factor salarial.

Como medios de excepción propuso: *i. Falta de Competencia*, al considerar que como último lugar de prestación de servicios el Servicio Nacional de Erradicación de la Malaria “Sem” del Ministerio de Salud en la ciudad de Bogotá, *ii. Inexistencia del Derecho a Reclamar por parte de la Demandante*, señala que la pensión reconocida se dio con ocasión a la incorporación de todos los servidores públicos al nuevo sistema general de pensiones, mediante el Decreto 691 de 1994, lo que implicó que tales servidores quedaran sujetos al tratamiento que debía tener el Ingreso Base de Cotización, y que se tradujo en la expedición del Decreto 1158 de 1994, que determinó los factores salariales para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos, sin que se encuentren en los mismos, los señalados por el accionante en su demanda, *iii. cobro de lo no debido*, al considerar que solicita el pago de emolumentos no adeudados, pues con la demanda se pretende una reliquidación pensional a todas luces improcedente, por mandato legal; *iv. Buena fe*, de la cual debe reputarse todas las actuaciones surtidas por la entidad demandada; *v. Inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales*, pues no se vulneró con su actuar hayan vulnerado derechos fundamentales, *vi. Prescripción de diferencias de las mensualidades causadas con tres años de anterioridad a la fecha de la radicación de la demanda* y *vii. la innominada o genérica* (fls. 217 a 230, renglón “00” carpeta cuaderno principal 1 expediente digital).

Audiencia Inicial.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 175, parágrafo 2 de la Ley 1437 de 2011 modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, en concordancia con el artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, y teniendo en cuenta que el auto que decretó la prueba documental para resolver la excepción previa de falta de competencia, el día 23 de octubre de 2021 (fls. 234 y 235, renglón “00” carpeta cuaderno principal 1 expediente digital), determinó el procedimiento aplicable², se procedió, una vez se allegó la prueba solicitada a fijar, mediante proveído del 6 de agosto de 2021, fecha para llevar a cabo audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C. de P.A. y de lo

² En lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del C.G. del P. y si se requiere la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará, en esa misma oportunidad, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

C.A., para el día 26 de agosto de 2021 (renglón 12 carpeta cuaderno principal 1 expediente digital).

En esa diligencia se procedió al saneamiento del proceso, la decisión de excepciones previas declarándose no probada la falta de competencia propuesta, se fijó el litigio, se tuvo por fracasada la etapa conciliatoria, se procedió a la incorporación de las pruebas aportadas por las partes y como quiera que no existían pruebas por practicar, se procedió a prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, por considerarse innecesaria y en consecuencia, se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los 10 días siguientes a la fecha de esta diligencia, (renglón 18 carpeta cuaderno principal 1 expediente digital), término dentro del cual y de conformidad con la constancia secretarial vista a renglón 24 carpeta cuaderno principal 1 del expediente digital, renglón "00" carpeta cuaderno principal 1 expediente digital, la parte demandante y demandada se pronunciaron.

Alegatos de Conclusión

Parte demandante.

Ratificándose en las pretensiones de la demanda, el apoderado judicial de la parte demandante, al considerar que el funcionario responsable de la Subdirección General de Prestaciones Económicas de la Entidad demandada, al expedir los actos administrativos acusados violó la ley, reconociendo de manera incompleta las prestaciones al señor German Gaviria López, corriendo igual suerte la Resolución RDP 37176 del 11 de septiembre de 2015 y la Resolución RDP 51429 del 3 de diciembre de 2015, pues se le desestimó lo solicitado, es decir, aquellos factores de salario que se pidió se tuvieran en cuenta en la revisión, para que en la reliquidación, resultado de ella, se reconocieran aquellos derechos (factores) adquiridos a que siempre ha tenido vocación. Más, por el contrario, se limitó mediante enumeración taxativa de normas, las cuales no son aplicables al régimen ordinario de los empleados del sector oficial, al desestimar los derechos adquiridos alegados e incurriendo con dicha actuación en un defecto sustantivo por el desconocimiento de la norma, fáctico por la omisión en la valoración de las pruebas y al desconocerse el precedente judicial fijado en la sentencia de unificación dictada el 4 de agosto de 2010, vigente al momento de la presentación de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho (renglones 20 y 21 carpeta cuaderno principal 1 expediente digital).

Parte demandada.

Ratificándose en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, señala que la causante no le asiste el derecho a reliquidación de la prestación, atendiendo la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, en especial la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, proferida dentro del expediente 52001-23-33-000-2012-00143-00, así como los pronunciamientos de la Corte Constitucional³. Por lo que no resulta procedente la reliquidación de la pensión objeto de debate, dado que con la transición pensional consagrada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador decidió aplicar parcialmente la normatividad que gobernaba los derechos pensionales, hasta entonces. En consecuencia, al amparo de ese régimen transicional, solo se aprobó la aplicación de una parte de ella lo que respecta a la edad, tiempo y tasa de reemplazo, razón por la que el ingreso base de liquidación de las pensiones

³ "Sentencias C-258 de 2013, SU-230 del 29 de 2015, SU-427 de 2016, SU-395 de 2017 y SU-28 de 2018" (transliteración exacta).

en esta condición, debe realizarse de conformidad con lo establecido por el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100, y con los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de 1994, por el cual se modificó el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, que incorporó los servidores públicos al Sistema General de Pensiones. Posición está que advierte también fue definida por el Procurador General de la Nación y el Defensor del Pueblo (renglones 22 y 23 carpeta cuaderno principal 1 expediente digital),

Consideraciones

Competencia.

Es competente este Despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el numeral 4 del artículo 104 del C. de P.A. y de lo C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibidem*.

Problema jurídico.

Corresponde al Despacho determinar para el caso concreto ¿si los actos administrativos demandados contenidos en las Resoluciones Nro. 37176 del 11 de septiembre del 2015 y RDP 51429 del 3 de diciembre de 2015, por medio de los cuales se negó la reliquidación pensional al actor, están ajustados o no a derecho, para lo cual deberá verificarse si el demandante señor **Germán Gaviria López** tiene derecho o no al reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión, equivalente al 75% sobre los factores salariales devengados en el año antes del retiro del servicio oficial de la causante señora Marlene Muñoz Gracia (q.e.p.d.), además si tiene derecho al reconocimiento del pago de las diferencias entre lo que se ha reconocido como pensión de sobreviviente y la reliquidación y a la indexación de tales sumas de dinero?

Tesis de la Parte Demandante

Es señalado por el apoderado judicial que le asiste el derecho al demandante para se reconozca la revisión, reliquidación y pago de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta para ello, que se encuentra cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y por ende siendo aplicable la Ley 33 de 1985, le asiste derecho a que se le incluyan los factores salariales devengados en el último año de servicios y enlistados en el Decreto 1045 de 1978, como quiera que la normatividad aplicable nada dijo sobre el Ingreso Base de Cotización.

Tesis de la Parte Demandada

La parte accionada afirma que no existe asidero de prosperidad en las pretensiones ventiladas, habida consideración que la prestación pensional reconocida al demandante, se encuentra ajustada a derecho, y precisando que la misma fue liquidada de conformidad con la normatividad que para el caso resulta aplicable, y los parámetros Jurisprudenciales definidos por la H. Corte Constitucional, acerca del régimen de transición de la Ley 100 de 1993; sobre tal senda afirma que debe despacharse de manera desfavorable los pedimentos de la demanda.

Tesis del Despacho

Considera el Despacho que no le asiste razón a la parte demandante, y por ende no encuentra asidero de prosperidad en la pretensión principal incoada, precisando que la discusión relativa a la aplicación del Régimen de Transición contemplado por la Ley 100 de 1993, y la otrora disparidad de criterio entre las altas Cortes – Corte Constitucional y Consejo de Estado – ha sido zanjada con el reciente

pronunciamiento expuesto en la Sentencia de Unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, en la que se decanta que la aplicación del Régimen de Transición, contenida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, bajo la ponderación de *correspondencia* entre lo aportado al sistema, lo que se retorna al afiliado y la sostenibilidad financiera del sistema; con lo que se destaca que el Legislador en 1993, descartó la aplicación hacia futuro del IBL establecido en los regímenes anteriores, encontrándose aquella determinación sometida a la previsión del inciso 3º del art. 36 y 21 de la Ley 100 de 1993; por lo que en tal sentido se asume la misma postura que venía siendo acogida por la H. Corte Constitucional.

Por lo tanto, la reliquidación así pretendida por la parte activa, carece de fundamento jurídico que le respalde y en consecuencia habrá de ser denegada.

Marco Normativo.

De la nulidad y restablecimiento del derecho

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho tiene fundamento en el artículo 138 del C. de P.A. y de lo C.A., al alcance de toda persona que considere que con un acto administrativo se infringió agravio a sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, ejercicio con el cual se obtienen, de forma simultánea, tanto la nulidad del acto como el restablecimiento de los derechos personales violados por la decisión contenida en el acto o en los actos objeto de demanda.

Del principio de legalidad enunciado se aprecia, claramente, que la acción se origina en **un acto administrativo** que el demandante considera ilegal; **persigue** (objeto) la nulidad del acto y además el restablecimiento de un derecho, y/o la indemnización y/o la devolución de lo indebidamente pagado. Tal acción se encamina a: 1) **impugnar** la validez de un acto jurídico administrativo y, como declaración consecencial, 2) **restablecer** el derecho subjetivo lesionado.

Ahora bien, en el presente asunto el señor **German Gaviria López** en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho deprecia la nulidad de las Resoluciones Nos. 37176 del 11 de septiembre del 2015 y RDP 51429 del 3 de diciembre de 2015, que negó la reliquidación de la pensión de sobrevivientes con ocasión al reconocimiento de la mesada pensional de jubilación a su cónyuge la señora Marlene Muñoz Gracia (q.e.p.d.), por los servicios prestados como secretaria del Ministerio de Salud Pública y por cuya ilegalidad aboga y a consecuencia de la aludida declaración de nulidad, pretende el restablecimiento de los derechos que estima conculcados por el proceder de la entidad accionada, para lo cual solicitó condenar a la entidad accionada a reajustar y reliquidar la mesada pensional, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio, ello de acuerdo con lo establecido en las normas aplicables al caso, es decir las Leyes 33 y 62 de 1985, se le reconozca y pague su pensión en cuantía de \$431.868 ML/Cte., efectiva a partir del 1 de julio de 1994, fecha en que adquirió el status pensional por cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad y veinte (20) de servicio, asimismo, proceda a liquidar los reajustes pensionales, las diferencias de las mensualidades pensionales existentes entre lo pagado y los nuevos valores a reconocer, la indexación monetaria, así como los intereses comerciales y moratorios.

Así las cosas, en sentir del Despacho en efecto, procede el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Al respecto se observa que se trata de un acto que impone una decisión administrativa proferida en una entidad pública que afecta, por no satisfacer o atender un derecho o interés subjetivo, individual o concreto; por consiguiente, es susceptible de control por esta jurisdicción mediante la pretensión que se ha promovido, y este Juzgado es competente para la presente demanda.

El Consejo de Estado⁴ ha advertido al respecto:

“Conforme lo ha precisado la doctrina y la jurisprudencia, el acto administrativo es una especie dentro del género de los actos jurídicos, caracterizado por ser expresión del ejercicio de la función administrativa del Estado, independientemente del órgano que lo expide o produce⁵, entendida ésta como aquella actividad estatal que cumplen o desarrollan los agentes del Estado y lo particulares expresamente autorizados por la ley⁶, la cual, a diferencia de la función legislativa, se ejerce en el plano sublegal⁷, y, que excepto las supremas autoridades administrativas, por esencia, participa de la presencia de un poder de instrucción⁸.

Por lo tanto, desde el punto de vista de su contenido, el acto administrativo consiste entonces en la expresión de la voluntad, generalmente unilateral⁹, de la administración o de los particulares -expresamente autorizados para hacerlo-, en cumplimiento de función administrativa, dirigida a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas particulares o generales, entendidas éstas a su vez, como las distintas posiciones que pueden tener las personas frente a determinadas normas o formas de derecho, como por ejemplo, las situaciones de servidor público, contribuyente, usuario de un servicio público, contratista, oferente, etc.

En ese contexto, desde el punto de vista de su estructura, los elementos del acto administrativo son los siguientes: a) El objeto (una decisión); b) la competencia (facultad o capacidad para producir el acto); c) los motivos (razones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la decisión); d) las formalidades (conjunto de requisitos sucesivos que integran

⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR; Sentencia del 7 de septiembre de 2000, Radicado Nro. 12244 – Contractual, Actor: María del Consuelo Herrera Osorio, Demandada: La Nación - Ministerio de Comunicaciones.

⁵ GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo - El Acto Administrativo”, 1ª Ed. Colombiana, Edit. Biblioteca Jurídica Dike, Santafé de Bogotá, 1999, pág. I-14.

⁶ Como es el caso por ejemplo de las Cámaras de Comercio, a quienes la ley les ha encomendado el manejo del registro mercantil (arts. 26 y 27 del Código de Comercio) y el registro de proponentes para la contratación estatal (art. 22 de la ley 80 de 1993), o la función notarial confiada a particulares (art. 1º del decreto 960 de 1979), o las entidades bancarias en cumplimiento del encargo de recaudación de tributos, etc.

⁷ Es decir, con una doble subordinación normativa: la primera a la Constitución Política y, la segunda, la ley; en tanto que la función legislativa se ejerce con arreglo a la primera de tales sujeciones.

⁸ Esta es precisamente una de las notas tipificadoras que permite distinguir la función administrativa de la función jurisdiccional. Sin embargo, por orden lógico de organización y de colocación de las cosas, de ese poder de instrucción se exceptúan las supremas autoridades administrativas, como acontece por ejemplo con el Presidente de la República, los gobernadores departamentales y los alcaldes municipales (con excepción de algunas precisas materias en las que éstos, por expresa disposición constitucional, constituyen agentes del Presidente, v. gr. en el manejo del orden público, art. 296).

⁹ Aunque hoy en día, en desarrollo de la participación de los administrados en la gestión de las tareas del Estado en general y de la actividad administrativa en particular, lo mismo que, como producto del fenómeno de la concertación como estrategia de gobierno, el acto administrativo ha dejado de ser exclusivamente expresión de la voluntad “unilateral” de la administración pública, para dar paso a la participación del gobernado en la producción de los actos administrativos, como por ejemplo, en la adopción de medidas como la fijación de los incrementos salariales, la liquidación consensual de los contratos estatales, la adopción de planes y programas de desarrollo, etc.

un procedimiento para la expedición del acto), y e) la finalidad (objetivo o propósito que se busca alcanzar con el acto, la cual comprende una común de todo acto, que es el interés general, y las específicas de cada acto en particular), los cuales, desde un perspectiva metodológica de su presentación, podría decirse que corresponden, en su orden, a los siguientes interrogantes: qué, quién, por qué, cómo y para qué.”. El acto demandado pues, cumple con todos estos requisitos y por ello es un acto administrativo digno de ser juzgado.

El marco jurisprudencial y legal vigente del régimen de los servidores públicos del orden nacional.

Para desarrollar el tema aquí esbozado, en primer lugar, habrá de señalarse que el régimen general de pensiones previsto por la ley 100 de 1993, que entró en vigencia a partir de 1 de abril de 1994, dentro de su compendio normativo, consagra el denominado Régimen de Transición, el cual en los términos del artículo 36 de la mentada norma, dispone:

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

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

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

*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.
...*

A su turno el Decreto 691 de 1994, señala con relación a la aplicación de este Régimen General de Pensiones (Ley 100 de 1993), respecto de los servidores públicos:

“ARTICULO. 1º – Incorporación de servidores públicos. Incorporase al sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 a los siguientes servidores públicos:

a) Los servidores públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, departamental, municipal o Distrital, así como de sus entidades descentralizadas, y

b) Los servidores públicos del Congreso de la República, de la rama judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la organización electoral y la Contraloría General de la República.

PARÁGRAFO. – *La incorporación de los servidores públicos de que trata el presente decreto se efectuará sin perjuicio de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 104 de 1994, Decreto 314 de 1994 y Decreto 1359 de 1993 y las normas que los modifiquen y adicionen.*

ARTICULO. 2º – *Vigencia del sistema general de pensiones para los servidores públicos. El sistema general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, comenzará a regir para los servidores públicos del orden nacional incorporados mediante el artículo 1º de este decreto, el 1º de abril de 1994.*

El sistema general de pensiones para los servidores públicos departamentales, municipales y distritales, y de sus entidades descentralizadas, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha en que así lo determine el respectivo gobernador o alcalde. La entrada en vigencia podrá hacerse de manera gradual para determinados servidores públicos teniendo en cuenta, entre otros factores, la capacidad económica del organismo o entidad territorial y las proyecciones actuariales.

ARTICULO. 3º – *Disposiciones aplicables. A partir de la fecha de aplicación del sistema de que trata el artículo anterior, las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivencia de los servidores públicos referidos en el artículo 1º, se regirán en un todo por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones que las modifiquen, adicionen o reglamenten.*

Los servidores públicos del orden departamental, municipal o Distrital, así como de sus entidades descentralizadas, continuarán vinculados a la caja, fondo o entidad a la cual se encontraban afiliados, hasta la fecha de entrada en vigencia del sistema que señale el respectivo gobernador o alcalde. No obstante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 280 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de abril de 1994 deberán efectuar los aportes al fondo de solidaridad de pensiones.

ARTICULO. 4º – *Régimen de transición. Los servidores públicos que seleccionen el régimen de prima media con prestación definida, estarán sujetos al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones que lo reglamenten."*

De lo anterior, es claro que la intención inequívoca del legislador, fue unificar los distintos regímenes que con anterioridad a la Ley 100 de 1993, existían para las distintas clasificaciones de trabajadores (públicos o privados, entre otros); siendo así que indefectiblemente los trabajadores del Estado se vieron cobijados por este Régimen General y en especial por las disposiciones de *Transición* allí consignadas.

Bajo esta senda, deviene que en concordancia con lo reglado por el régimen de transición de la ley 100 de 1993, el Decreto 1158 de 1994, con claridad señala:

"**ARTICULO 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;"*

A su turno, y en atención a las condiciones del aquí demandante, conviene traer a colación las disposiciones establecidas en la Ley 33 de 1985:

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

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

Parágrafo 1º. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, solo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.

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

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

Igualmente el Acto Legislativo 001 de 2005, aplicable para el caso en concreto, prescribe:

"Artículo 1º. Se adicionan los siguientes incisos y parágrafos al artículo [48](#) de la Constitución Política:

"El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".

"Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho".

"Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones".

"En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos".

"Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido".

"Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión".

"A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo".

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

"La ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados".

"Parágrafo transitorio 4º. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

"Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen".

(...)"

En efecto, en dicha norma se dispuso que las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social integral (1º de abril de 1994) contaran con

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, se les reconocerá la pensión de jubilación de conformidad con el régimen anterior al cual se encontraban afiliados, es decir, la pensión de jubilación respecto de la edad, tiempo de servicio y monto se les aplicará el régimen anterior.

En lo que atañe al ingreso base de liquidación (IBL) pensional de tales personas, el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 preceptúa que los beneficiarios del régimen de transición «[...] *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*» (se subraya). Respecto de esta norma, la Corte Constitucional¹⁰ precisó:

*[...] En efecto, la Sala recuerda que el propósito original del Legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993¹¹, tal como se desprende del texto de la disposición y de los antecedentes legislativos, fue crear un régimen de transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas. Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con **los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo**. El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36... [...]*

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 hiciere 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, el cual indica:

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-258 de 2013.

¹¹ El artículo 36 indica: “**ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.** La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. || **La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez** de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. || El **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” (negrilla fuera del texto).

“ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, 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, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.”

En cuanto al particular, conviene destacar que previo al pronunciamiento contenido en la sentencia de Unificación Jurisprudencial, si bien la Sección Segunda del H. Consejo de Estado venía acogiendo una senda uniforme en cuanto a la aplicación del régimen de transición, sustentada en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, con ponencia del Doctor **Víctor Hernando Alvarado Ardila**, en el proceso con radicado No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), la que sostenía:

“La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, parte del supuesto que las pensiones de jubilación se liquidan con base en los factores que fueron objeto de aportes para la seguridad social y, a su turno, enlista los factores susceptibles de las deducciones legales. Esta premisa normativa puede ser interpretada en el sentido que sólo los factores mencionados por la norma pueden tenerse en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, concluyendo que cuando el trabajador efectúe aportes sobre factores no enlistados en dichas normas debe ordenarse su devolución. Sin embargo, también podría entenderse válidamente que pueden incluirse todos los factores salariales devengados por el empleado deduciendo el pago que por aportes debía haberse efectuado al momento de reconocer el beneficio pensional.

Para desatar dicha ambigüedad interpretativa es preciso acudir al principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios.

Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.” (Subrayas del Despacho)

Dicha posición, que siendo acogida por aquella Sección, no tenía igual eco en otras Secciones como la Quinta y la Cuarta de la alta Corporación, las que por vía de tutela, destacaban su postura con arreglo al criterio de la H. Corte Constitucional y la prevalencia del mismo por encima de otras altas Corporaciones u órganos de cierre Jurisdiccionales.

Es por ello que con tal disparidad de criterios, se dispone unificar jurisprudencialmente el tema particular, siendo tal disenso desatado el pasado 28 de agosto de 2018, en el que la Sala Plena del Consejo de Estado¹², consigna:

"85. A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma.

86. Como se dijo en párrafos anteriores el régimen de transición prorrogó la vigencia de todos los regímenes pensionales anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, otorgando efectos ultractivos a algunos elementos constitutivos de dichos regímenes para aquellas personas que se encontraban afiliadas a los mismos y que estaban próximas a adquirir el derecho pensional. Tales elementos son la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.

87. Para establecer el monto de la pensión, el legislador, en este caso de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de su libertad de configuración, fijó un elemento, el IBL, que cumpliría con la finalidad no solo de unificar la base de la pensión para todos aquellos que estaban próximos a pensionarse, sino como manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones; máxime teniendo en cuenta que el periodo de transición abarcaría varias décadas¹³.

88. Como toda reforma pensional implica un cambio de las condiciones para acceder a la pensión, es importante que ese cambio no resulte traumático o desafortunado para aquellas personas que, si bien no alcanzaron a consolidar su derecho pensional bajo el régimen anterior, sí estaban próximos a adquirir tal derecho y venían cotizando con la confianza legítima que se pensionarían en las condiciones que los cobijaban.
(...)

91. Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones, indudablemente, le son más favorables."

¹² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, sentencia del 28 de agosto de 2018, Radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01, Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro, Demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. en Liquidación, Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho, tema: Régimen de transición pensional en el Sistema General de Pensiones. http://anterior.consejodeestado.gov.co/testmaster/nue_actua.asp?mindice=52001233300020120014301.

¹³ En virtud del Acto Legislativo No. 1 de 2005, la aplicabilidad del régimen de transición corrió hasta el 31 de julio de 2010, o, excepcionalmente, hasta el 31 de diciembre de 2014, en el caso que los beneficiarios contaran con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios al momento de la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo.

Y más adelante la providencia en cita señala:

"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.

(...)

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.**" (Negritas de la providencia en cita)

Finalmente y con relación a los efectos, de la decisión y la aplicación de los parámetros Jurisprudenciales fijados destaca:

"115. La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

116. Para la Sala, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

117. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada."

Así mismo, sobresale un argumento categórico de la H. Corte Constitucional, en el que resalta, con relación a las demás "especies" de trabajadores - entre ellos los estatales regidos por la Ley 33 de 1985 -, lo siguiente:

"Conforme con ello, se ha entendido en sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional, que cuando el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se refiere a "monto de pensión" como una de las prerrogativas que se mantienen del régimen anterior, está refiriéndose al porcentaje aplicable al Ingreso Base de Liquidación. Lo anterior, tiene sentido no sólo desde el punto de vista del lenguaje sino también con fundamento en el alcance, finalidad y concepto del régimen de transición.

En la medida en que si el inciso tercero de la norma bajo análisis expresamente establece cuál debe ser el Ingreso Base de Liquidación para los beneficiarios del régimen de transición, entonces el monto se refiere al porcentaje aplicable a esa base que será el señalado por la normativa anterior que rija el caso concreto. En igual sentido, los factores salariales, al no determinar el monto de la pensión sino parte de la base de liquidación de la misma, serán los señalados por la normativa actual, en este caso, por el Decreto 1158 de 1994.

(...)

Tratándose de los servidores del Estado, como es el caso de los que se regían por la Ley 33 de 1985, salvo algunos casos exceptuados, la regla es el traslado al régimen general de pensiones. En efecto, el artículo 273 de la ley 100 de 1993, al determinar el régimen aplicable a los servidores públicos, estableció que se podrán incorporar "respetando los derechos adquiridos a los servidores públicos, aún a los congresistas, al sistema general de pensiones y al sistema general de seguridad social en salud". Con esta disposición ya se cumplió. El Decreto 691 de 1994 incorporó al sistema general de pensiones previsto en la ley 100 de 1993 a los funcionarios de la rama ejecutiva, nacional, departamental, municipal, a los servidores públicos del Congreso, a la rama judicial, Ministerio Público, Fiscalía, Contraloría, Organización Electoral. Particularmente, se

indicó que para ellos la vigencia del sistema general de pensiones comenzó a regir, en el orden nacional, el 1º de abril de 1994.

Sin embargo, el decreto citado reiteró que hay un régimen de transición, que por lo tanto se torna inalterable: "Artículo 4º. Los servidores públicos que seleccionen el régimen de prima media con prestación definida, estarán sujetos al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y demás disposiciones que lo reglamentan". **De manera que las consideraciones esbozadas sobre la interpretación de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, son aplicables al caso concreto y, en general, a quienes se regían por la Ley 33 de 1985.** No obstante todo lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia impugnada, interpretó dichas disposiciones de manera evidentemente contraria a como ha sido esbozado, desconociendo lo establecido expresamente por el legislador, así como lo dispuesto en la Sentencia C-168 de 1995."¹⁴

Analizando el anterior derrotero, el H. Consejo de Estado en reciente jurisprudencia, concluyó:

"De acuerdo con la anterior normativa y la jurisprudencia citada, nótese que en criterio de la Corte Constitucional y la sala de lo contencioso-administrativo del Consejo de Estado en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador excluyó del régimen de transición la expectativa de las personas beneficiarias de este de obtener su pensión con el ingreso base de liquidación que consagraba el régimen anterior al que se encontraban afiliados al entrar en vigor aquella; por ende, en virtud del principio de favorabilidad, la correspondiente entidad de previsión social, al momento de la liquidación pensional deberá determinar el ingreso base de liquidación que le fuera más benéfico al pensionado, en la medida en que la Ley 100 de 1993 permite optar por (i) el promedio de lo cotizado durante el tiempo que le hiciere falta entre la entrada en vigor de la Ley 100 (1º de abril de 1994) y la adquisición del estatus pensional, si fuere inferior a 10 años; (ii) el promedio de lo aportado durante todo el tiempo, si el monto es superior, actualizado anualmente con el índice de precios al consumidor (IPC); o (iii) el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años, conforme al artículo 21 ibidem"¹⁵.

En suma, los pronunciamientos anotados en precedencia, reflejan con claridad la postura asumida por la H. Corte Constitucional, quien en su función como suma interprete y guardiana de la Constitución Política, ha fijado con claridad y contundencia los alcances del Régimen de Transición Pensional (art. 36 Ley 100 de 93), dando cuenta que el mismo comporta la remisión o aplicación del régimen anterior, en cuanto a los elementos *edad, tiempo se servicios y "monto"*, este último cuya interpretación acertada comporta la aplicación de la tasa de reemplazo o porcentaje (%) aplicable, pero que en manera alguna corresponde a la determinación del IBL, la que indefectiblemente habrá de ser determinada con los parámetros establecidos en el Régimen General de Pensiones.

¹⁴ Corte Constitucional, Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, sentencia del 22 de junio de 2017, Demandantes: Caja Nacional de Previsión Social -Cajanal E.I.C.E. liquidada-, Instituto de Seguros Sociales -hoy Colpensiones-, Carlos Saúl Suárez y Álvaro Córdoba Nieto, Demandados: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsecciones "A" y "B" e Instituto de Seguros Sociales -Hoy Colpensiones-, referencia: SU-395 de 2017.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUETER, sentencia del 2 de octubre de 2019, Radicado 08001-23-33-000-2013-90287-01(4214-15), Actor: Édgar Enrique Durán Vega, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho.

Ahora bien, en cuanto al IBL que se debe aplicar a los servidores públicos de orden nacional, el H. Consejo de Estado en un caso donde se analizó la aplicación del Decreto 691 de 1994 en un régimen prestacional especial para efectos de la pensión de jubilación, diferencio y/o desempato su aplicación cuando se esta frente a aquellos servidores que se encuentran dentro del Sistema General de Pensiones, en los siguientes términos:

"(...) para efectos de determinar los factores sobre los cuales se debieron efectuar cotizaciones, cabe anotar que con el Decreto 691 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se incorporaron el sistema general de pensiones a los servidores públicos (i) de la rama ejecutiva del orden nacional, departamental, municipal o distrital, así como de sus entidades descentralizadas; y (ii) del Congreso de la República, de la rama judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la organización electoral y la Contraloría General de la República; en cuyo artículo 6° se estableció el salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema de tales servidores, modificado por el Decreto 1158 de 1994, que previó los siguientes factores sobre los que se debe efectuar aportes: a) asignación básica mensual, b) gastos de representación; c) prima técnica, cuando sea factor de salario; d) primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor salarial; e) remuneración por trabajo dominical o festivo; f) remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna; y g) bonificación por servicios prestados (resalto por fuera de texto)."

En otra oportunidad, señaló que *"por varias décadas imperó el respeto por la aplicación plena del régimen especial de la Rama Judicial y del Ministerio Público a sus funcionarios y empleados, lo cierto es que en tiempo reciente dicho entendimiento empezó a cambiar por varias razones. Una de ellas, como se dilucidó, consistió en la ineficiencia del sistema de seguridad social, que tuvo lugar en la época anterior al surgimiento de la Ley 100 de 1993, producto de la existencia de diversos regímenes de pensiones, situación que motivó que en el artículo 273¹⁶ de esta ley se ordenara, en relación con el régimen aplicable a los servidores públicos, que el Gobierno Nacional, en acatamiento a lo dispuesto por sus artículos 36 y 11, los incorporara al sistema general de pensiones, con respeto de los derechos adquiridos.*

Esta facultad de incorporación, en efecto, fue ejercida por el Gobierno Nacional a través del Decreto 691 de 1994¹⁷, que en el literal b) de su artículo 1.^o¹⁸ en asocio con el artículo 2.^o,¹⁹

¹⁶ Artículo 273. «RÉGIMEN APLICABLE A LOS SERVIDORES PÚBLICOS. **El Gobierno Nacional, sujetándose a los objetivos, criterios y contenido que se expresan en la presente Ley y en particular a lo establecido en los artículos 11 y 36 de la misma, podrá incorporar, respetando los derechos adquiridos, a los servidores públicos, aún a los congresistas, al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.** La seguridad social procurará ser universal para toda la población colombiana» (Resalta la Sala).

¹⁷ «Por el cual se incorporan los servidores públicos al sistema general de pensiones y se dictan otras disposiciones».

¹⁸ Artículo 1. «Incorporación de servidores públicos. **Incorporase al sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 a los siguientes servidores públicos: a) Los servidores públicos de la rama ejecutiva del orden nacional,** departamental, municipal o Distrital, así como de sus entidades descentralizadas, y b) Los servidores públicos del Congreso de la República, de la rama judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la organización electoral y la Contraloría General de la República. **PARÁGRAFO.** La incorporación de los servidores públicos de que trata el presente decreto se efectuará sin perjuicio de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 104 de 1994, Decreto 314 de 1994 y Decreto 1359 de 1993 y las normas que los modifiquen y adicionen» (Resalta la Sala).

¹⁹ Artículo 2. «Vigencia del sistema general de pensiones para los servidores públicos. El sistema general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, comenzará a regir para los servidores públicos del orden nacional

ordenó que a partir del 1.º de abril de 1994, los servidores públicos, (...) incluidos los de la Rama Ejecutiva - Ministerios, (...) quedaban vinculados al nuevo sistema general de pensiones que fue establecido por la Ley 100 de 1993.

*Hay que señalar que este decreto en el artículo 6.^{º20} hizo alusión al **ingreso base de cotización**, en el sentido de que el salario para calcular la cotización al sistema general de pensiones de estos servidores públicos incorporados, está constituido por los **factores** denominados: asignación básica mensual, gastos de representación, prima técnica, cuando ésta sea factor del salario, remuneración por trabajo dominical o festivo, remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna y bonificación por servicios. La norma en mención fue modificada por el Decreto 1158 de 1994, que en el artículo 1.^{º21} estipuló como **factores** para liquidar ese ingreso base de cotización los siguientes: asignación básica mensual; gastos de representación; prima técnica, cuando sea factor de salario; primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario; remuneración por trabajo dominical o festivo; remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna; y bonificación por servicios prestados. Como se observa, fue agregado el factor salarial denominado prima de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sea factor de salario"²².*

Caso concreto.

El demandante señala en que la señora Marlene Muñoz Gracia (q.e.p.d.), al ser beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicio.

Al respecto, el Despacho sostendrá la siguiente tesis: de conformidad con la postura recientemente unificada por el Consejo de Estado, al demandante no le asiste derecho a que la sustitución de la pensión de jubilación le sea reliquidada por las razones que se explican a continuación:

incorporados mediante el artículo 1º de este decreto, el 1º de abril de 1994. El sistema general de pensiones para los servidores públicos departamentales, municipales y distritales, y de sus entidades descentralizadas, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha en que así lo determine el respectivo gobernador o alcalde. La entrada en vigencia podrá hacerse de manera gradual para determinados servidores públicos teniendo en cuenta, entre otros factores, la capacidad económica del organismo o entidad territorial y las proyecciones actuariales».

²⁰ Artículo 6. «Base de cotización. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos que por el presente Decreto se incorporan, estarán constituido por los siguientes factores: a) Las asignación básica mensual; b) Los gastos de representación; c) La prima técnica, cuando ésta sea factor del salario; d) La remuneración por trabajo dominical o festivo; e) La remuneración por trabajo o suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna; f) La bonificación por servicios».

²¹ Artículo 1. «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 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».

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS, sentencia del 11 de junio de 2020, radicado 15001-23-33-000-2016-00630-01(4083-17) CE-SUJ-S2-021-20, actor: Cándida Rosa Araque de Navas, demandado: Administradora Colombiana de Pensiones – (Colpensiones), sentencia de unificación CE-SUJ-S2-021-201, referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

El régimen de transición.

A efectos de estudiar la pretensión de la parte demandante en torno a la liquidación de su pensión de jubilación, es necesario en primer lugar determinar si goza del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 – ya citado en el acápite normativo-, porque solo así es posible la aplicación de la norma anterior de jubilación.

De acuerdo con la norma en cita, es beneficiario del régimen de transición quien a la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 tenga alguno de los siguientes presupuestos:

- I. Mujeres: 35 o más años
- II. Hombres: 40 o más años,
o,
- III. Mujeres u hombres: 15 o más años de servicios cotizados

Con base en ello se corrobora en el presente caso lo siguiente:

- **Edad a la data de vigencia de la Ley 100:** La señora Marlene Muñoz Gracia (q.e.p.d.) nació el 11 de junio de 1951 (cuaderno principal 1, carpeta cd. folio 106, carpeta 28781705, renglón 34²³), es decir, que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 - 1º. de abril de 1994 - tenía 42 años, 9 meses, y 19 días.

Por lo tanto, cumple con el requisito de la edad porque tenía más de 35 años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

- **Tiempo de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100** La señora Marlene Muñoz Gracia (q.e.p.d.), laboró del 16 de enero de 1970 al 30 de junio de 1994 en el Ministerio de Salud Pública, cotizando al Instituto de los Seguros Sociales como funcionaria pública desde el 25 de abril de 1995 al 30 de julio de 1999 y efectiva a partir del 11 de junio de 2001²⁴.

Es decir, para el 1.º de abril de 1994 tenía cumplidos 24 años, 2 meses y 14 días de servicios en el Servicio Nacional de Erradicación de la Malaria “SEM” del Ministerio de Salud. Por ende, acreditó el requisito relativo al tiempo de labor.

Se colige: Con base en lo anterior, la parte demandante goza del régimen de transición por tener más de 35 años de edad e, incluso llevar mas de 15 años de servicios cotizados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Determinado que la señora Marlene Muñoz Gracia (q.e.p.d.) goza de la aplicación de la normativa anterior a la Ley 100 de 1993, para efectos pensionales, al ser beneficiaria del régimen de transición, se deberá definir seguidamente cual es el

²³ Cédula de ciudadanía.

²⁴ Según certificados de información laboral suscritos por Subdirectora de Gestión del Talento Humano del Ministerio de Salud y Protección Social obrante a cuaderno principal 1, carpeta cd. folio 106, carpeta 28781705, renglón 5 y la resolución Nro. 30771 del 4 de octubre de 2005 “*por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez*” que obra en el cuaderno principal 1, carpeta cd. folio 106, carpeta 28781705, renglón 10.

monto e IBL de la pensión de jubilación la causante, al encontrarse que es beneficiaria del régimen de transición, esto es, se le deben aplicar los requisitos que exige la Ley 33 de 1985, exceptuando el IBL, conforme lo establecido en la sentencia de unificación.

Sentencia de unificación – criterio de interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para los beneficiarios del régimen de transición.

Como primera medida y para la resolución de los aspectos en controversia del caso, se dará aplicación a la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018²⁵, en la cual la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado fijó las reglas y subreglas jurisprudenciales que en adelante se deben considerar en torno a la casuística que por aspectos fácticos y jurídicos se enmarquen en iguales o similares circunstancias.

Vale la pena resaltar que la sentencia en mención es vinculante y de obligatorio acatamiento para la resolución de todas las controversias relacionadas, en virtud de lo previsto en el artículo 10 del C. de P.A. y de lo C.A., más si se tiene en cuenta que la postura según lo indicado en la sentencia C-634 del 2011, acompasa con los criterios de interpretación que sobre el tema ha venido exponiendo la Corte Constitucional en diferentes providencias²⁶.

En efecto, la Sala Plena precisó que la sentencia de unificación se aplicaría con efectos retrospectivos «[...] a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada, que en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables. [...]»

Según la subregla establecida en la sentencia de unificación y transcrita en el acápite normativo de esta providencia, el periodo para liquidar la pensión de jubilación obedecerá al promedio de lo devengado o cotizado durante el tiempo que faltare para consolidar el derecho pensional, con un margen de diez años, según fuera más de este lapso o menos.

Como quiera que dentro del asunto no es objeto de controversia, se procederá a enunciar los siguientes elementos constitutivos de la pensión a fin de establecer la regla aplicable al caso en estudio, se observa que la parte demandante:

- Completó 20 años de servicios el 16 de enero de 1990, toda vez que ingresó a laborar al Servicio Nacional de Erradicación de la Malaria “SEM” del Ministerio de Salud, el 16 de enero de 1970.
- La señora Marlene Muñoz Gracia (q.e.p.d.), según el acto de reconocimiento pensional, adquirió el estatus pensional el 11 de junio de 2001. Teniendo en cuenta el exiguo material probatorio, se tendrá en cuenta dicha, fecha pues no es objeto de controversia del presente proceso.
- De allí que le faltaren menos de diez años para obtener el derecho pensional al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, toda vez que del 1.º de

²⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, Expediente 2012-00143-01, Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro.

²⁶ Sentencias C-258 del 2013, SU-230 del 2015 y SU-395 del 2017.

abril de 1994 al 11 de junio de 2001, transcurrieron 7 años calendario incluyendo periodos no cotizados.

Corolario, de acuerdo a la subregla de unificación, el periodo a aplicar para liquidar la pensión de jubilación es el (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Factores salariales a incluir en la pensión de jubilación

A partir de la segunda subregla²⁷ ya citada en el acápite normativo de esta providencia, en materia de factores salariales solo se computarán en la liquidación de la pensión de jubilación aquellos que hubieran sido objeto del aporte o de la cotización respectiva.

No obstante, ello se debe acompañar con lo que prevé la Ley 100 de 1993 como Ingreso Base de Cotización a fin de determinar cuales factores son objeto de cotización dentro de dicho régimen general de pensiones, lo cual es necesario en razón a que como se definió líneas atrás, el IBL aplicable a los beneficiarios del régimen de transición del régimen pensional de la Ley 33, es el previsto en artículo 21 o el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100, según el caso, dentro de lo cual se incorporan inexorablemente, los factores salariales.

Al respecto a modo de prólogo, el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 indicaba qué constituye Base de Cotización:

«ARTÍCULO 18. BASE DE COTIZACIÓN. <Inciso 4. y párrafos modificados por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003. (El artículo 5 de la Ley 797 de 2003 transcribe todo el artículo). El nuevo texto es el siguiente:> La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.

El salario base de cotización para los trabajadores particulares, será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo.

El salario mensual base de cotización para los servidores del sector público, será el que señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4a. de 1992. [...]» (Subraya la subsección)

Con posterioridad a dicha norma, se profirió el Decreto 691 de 1994 «Por el cual se incorporan los servidores públicos al sistema general de pensiones y se dictan otras disposiciones», el cual en el artículo 6.º determinó los factores que serían objeto de

²⁷ «[...] 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. [...]

cotización²⁸ y modificada por el artículo único del Decreto 1158 de 1994²⁹ el cual consagró nuevamente los rubros que constituyen base de cotización:

«[...] ARTICULO 1.º El artículo 6.º 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 consecuencia, los rubros pasibles de incluirse en el IBL de la pensión de jubilación de los beneficiarios del régimen de transición, tras acreditar los requisitos de la Ley 33 de 1985, serán los previstos en el Decreto 1158 de 1994 y adicionalmente que hubieran sido objeto de la respectiva cotización o aporte al Sistema General de Pensiones.

En aplicación de la segunda subregla de unificación según los razonamientos esbozados en torno a esta, de cara al caso concreto se procede a analizar los factores que se deben computar en la liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante:

Obran en el cuaderno principal 1, carpeta cd. folio 106, carpeta 28781705, renglón 27 y "00", fl. 51, constancias expedidas por el Coordinador Grupo Tesorería y Pagaduría del Ministerio de Salud, en las que certifica los factores devengados por la señora Marlene Muñoz de Gaviria (q.e.p.d.), mes a mes desde enero del 1993 hasta diciembre del 1994, Ahora bien, aun cuando no repose en el plenario una certificación que de manera exacta permita definir los factores sobre los cuales se efectuaron los descuentos para seguridad social y especialmente para pensión, no se controvierte que la entidad se encontraba sometida al imperio de la Ley y que atendió la correspondencia que debe existir entre los factores descritos en el Decreto 1158 de 1994 y aquellos frente a los que se realizaron las correspondientes cotizaciones.

²⁸ ARTICULO. 6.º Base de cotización. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos que por el presente decreto se incorporan, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica, cuando ésta sea factor de salario;
- d) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- e) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, y
- f) La bonificación por servicios

²⁹ Por el cual se modifica el artículo 6.º del Decreto 691 de 1994.

Se razona *per se* que la parte demandante únicamente tiene derecho a que en el IBL se incluyan como factores salariales:

- a) asignación básica,
- g) bonificación por servicios prestados

En razón a que solo dichos rubros se encuentran enlistados en el Decreto 1158 de 1994, en consonancia con la segunda subregla de unificación.

Se colige: Los factores a incluir en el cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación son la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, lo cuales de conformidad con lo establecido en la resolución de pensión fueron los reconocidos.

Lo anterior, tal y como lo efectuó en un principio Cajanal EICE desde el momento del reconocimiento de la pensión al demandante, cuando en la Resolución 30771 del 4 de octubre de 2005 indicó "(...) *Que la liquidación se efectúa con el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de lo cotizado 4 años, 5 meses, 6 días, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93, y sentencia 168 del 20 de abril de 1995 de la Corte Constitucional, entre el 1 de abril de 1994 y el 30 de junio de 1999 (...)*".

En este orden de ideas, queda demostrado que para calcular la cuantía de la mesada pensional se deben tomar en consideración los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994 que para el caso del demandante, debían ser aquellos sobre los que se efectuaban aportes al sistema de seguridad social, lo cual, no solo garantiza el cabal acatamiento de la norma aplicable al caso, sino que armoniza también con lo previsto en la segunda subregla del criterio unificado por el Órgano de Cierre Jurisprudencial Contencioso.

Bajo las anteriores premisas en atención a lo pretendido, conforme los actos administrativos cuestionados y arrimados al plenario, que efectivamente fueron tomados en cuenta aquellos comprendidos en el citado decreto. Por lo tanto, al examinar lo pretendido por la parte actora dentro de la presente causa procesal, en relación a la reliquidación de su prestación pensional a partir de la inclusión de los factores *prima de antigüedad; bonificación por servicios prestados; prima de vacaciones; prima de navidad, prima de servicios, bonificación por recreación y factor nacional;* debe prevenirse delantadamente que tal reclamación no cuenta con asidero jurídico, pues como se dijo solo cabe la aplicación del régimen anterior en cuanto a edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, mientras que la forma de determinación del IBL debe ceñirse a lo establecido y reglado por la Ley 100 de 1993; ello acompasado con la Jurisprudencia en vigor, tanto de nuestro máximo órgano de cierre Jurisdiccional como de la H. Corte Constitucional, deviene claro que no existe asidero jurídico que sustente tales pedimentos, en la medida que como se destaca, la aplicación del régimen de transición previsto por la Ley 100 de 1993 y del cual es beneficiario el demandante, no puede ser dictado en la manera como se depreca, pues ello no se aviene a los parámetros Jurídicos y postulados Constitucionales Superiores que informan el Sistema Pensional.

Por lo que, sin mayor exaltación, debe señalarse, no tienen cabida los pedimentos demandatorios en cuanto a la aplicación del régimen de transición pretendido, pues es claro que la misma no se aviene ni se acompasa con los postulados Constitucionales Superiores, ni con los parámetros Jurisprudenciales unificados

tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, y por ello, estas pretensiones habrán de ser denegadas ante esta instancia judicial.

Finalmente, tampoco obra al interior del expediente documento alguno que indique que cumplió con los aportes exigidos al sistema de seguridad social para el reconocimiento de los factores salariales solicitados en el libelo demandatorio.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que según el artículo 167 del Código General del Proceso *«Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen»*, el Despacho considera que el demandante no probó que el sistema registre factores cotizados para pensión diferentes a los reconocidos y dada las irregularidades encontradas en los medios de prueba, se procederá a denegar las pretensiones de la demanda, al no haberse logrado desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados.

En síntesis, dado que como no se logró probar que la parte demandada recibió aportes en cabeza del demandante, es claro que a este último le correspondía la carga de probar lo contrario *por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio*³⁰, máxime, cuando el demandante no demostró de cualquier manera que sí es acreedor a la reliquidación de la pensión de jubilación, con la inclusión de los factores salariales solicitados, al no existir prueba siquiera sumaria de sus aportes al sistema, sin que sea admisible el argumento de que deberán reconocerse todos los factores devengados con anterioridad a adquirir el status, por el simple hecho de percibirlos sin su respectiva cotización al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por lo que se procederá a denegar las pretensiones de la demanda y en su lugar, se procederá a declarar probadas las excepciones propuestas por la parte demandada Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP" que denomino: *Inexistencia del Derecho a Reclamar por parte de la Demandante, cobro de lo no debido, Buena fe e Inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales.*

Condena en costas.

De conformidad con lo establecido en el artículo 188 del C. de P.A. y de lo C.A., en consonancia con lo indicado en el artículo 365, numeral 1 del C.G. del P., habrá lugar a condenar en costas a la parte vencida en el proceso, esto es, al demandante.

Ahora bien, el C.G. del P. sobre costas, tiene dicho que están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho (**artículo 361**), por lo que en la decisión que resuelva una controversia total o parcial, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación o queja o súplica, etc., que haya propuesto (**artículo 365, numerales 1 y 2**); de tal manera que se explicita en la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia, condenando al recurrente en las costas de la segunda (numeral 3), o cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias (numeral 4).

Por lo demás, de acuerdo con el **artículo 366 del C. G. del P.**, " ... 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales

³⁰ Artículo 167 del C.G. del P.

hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado".

Por su parte, el Acuerdo Nro. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, señala lo siguiente:

"1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

En única instancia.

- a. *Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, entre el 5% y el 15% de lo pedido.*
- b. *En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 8 S.M.M.L.V*

En primera instancia.

- a. *Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:*
 - (i) *De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.*
 - (ii) *De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido.*
- c. *Por la naturaleza del asunto. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 10 S.M.M.L.V.*

En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.M.L. V."

Se fijarán como agencias en derecho a favor de la parte demandada Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP" y a cargo del demandante la suma de \$100.000 pesos M/cte equivalentes al 4% de la pretensión más alta negada, suma que deberá ser incluida en las costas del proceso.

Decisión:

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, Distrito Judicial del Tolima, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Resuelve:

PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones propuestas por la parte demandada que denomino *Inexistencia del derecho a reclamar por parte de la demandante, cobro de lo no debido, Buena fe e Inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales*, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda en el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por el señor German Gaviria López contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP", de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandante. Para ello se fijan como agencias en derecho la suma de \$100.000 pesos M/cte., a favor de la parte demandada - Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP".

1ª Instancia - Sentencia
Radicado Nro.: 73001-33-33-005-2018-00397-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: German Gaviria López
Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social “UGPP”

CUARTO: ORDENAR la devolución de los remanentes que por gastos procesales consignó la parte demandante, si los hubiere.

QUINTO: En firme la presente providencia, archívese el expediente.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase³¹

El Juez,



José David Murillo Garcés

³¹ **NOTA ACLARATORIA:** La providencia se tramitó por los canales electrónicos oficiales del Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué y de la misma manera fue firmada.