



Consejo Superior
de la Judicatura

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL
DE TUNJA**

Carrera 11 N° 17-53 Piso 4

JUEZ: ADRIANA ROCÍO LIMAS SUÁREZ

Tunja, ocho (8) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

RADICACIÓN No.	15001-33-33-007-2017-00124-00
DEMANDANTE:	LUÍS HUMBERTO APONTE HERNÁNDEZ
DEMANDADO:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Agotados los trámites de ley, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del asunto de la referencia, en los siguientes términos:

I. LA DEMANDA

1.1. Pretensiones.

El señor **LUÍS HUMBERTO APONTE HERNÁNDEZ**, actuando por conducto de apoderado legalmente constituido para el efecto, acudió ante esta jurisdicción en ejercicio del **MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., en procura de obtener el examen de legalidad de la **Resolución No.RDP 002055 de 24 de enero de 2017**, por medio de la cual se le negó la reliquidación de la pensión de vejez, y de la Resolución No. 015283 de 11 de abril de 2017, por medio de la cual se resolvió un recurso de apelación, proferidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP-.

Concretamente solicita la declaratoria de nulidad de los actos acusados, y el consecuente restablecimiento del derecho, consistente en ordenar a la entidad demandada reliquidar la pensión con la inclusión de todos y cada uno de los factores salariales devengados durante el año

inmediatamente anterior al retiro definitivo del servicio. Se condene a la demandada a pagar la diferencia de las mesadas pensionales, ordinarias y adicionales (13 y 14), desde la fecha en que el demandante cumplió con los requisitos para la pensión de jubilación. Que las anteriores sumas sean indexadas y, se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

1.2. Fundamentos fácticos.

El mandatario judicial de la parte actora sostuvo que previa acreditación de los requisitos establecidos para el efecto, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP- mediante Resolución No.RDP 028157 de 16 de septiembre de 2014, le reconoció al demandante una pensión vitalicia de vejez. De igual manera, aduce que el demandante presentó renuncia a su cargo, la cual fue aceptada mediante Resolución No.643 de 21 de noviembre de 2018.

Que mediante derecho de petición de fecha 15 de septiembre de 2015, enviado por correo certificada, solicitó a la entidad demandada la reliquidación de la pensión de jubilación por retiro definitivo del servicio con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al retiro. Solicitud que fue reiterada el día 05 de septiembre de 2016, allegando como nuevo elemento de juicio el certificado de factores salariales del último año de prestación de servicio, expedido por la Alcaldía de Tunja.

Señaló que mediante Resolución No. RDP 002055 de 24 de enero de 2017, se resolvió la anterior petición en forma negativa, atendiendo que la liquidación de la pensión se efectuó con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años laborados, conforme a la Ley 100 de 1993; decisión contra la cual se interpuso recurso de apelación, el cual fue desatado mediante resolución No. RDP 015283 de 11 de abril de 2017, confirmando cada una de sus partes la resolución recurrida.

Adujo que el accionante tiene derecho a la reliquidación de la pensión por retiro definitivo del servicio, tomando como IBL el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, es decir, del 1º de diciembre de 2007 al 30 de noviembre de 2008, así: asignación básica, auxilio de alimentación, horas extras, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados, indemnización de las vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios.

1.3. Normas violadas y concepto de violación.

Señaló como normas violadas el preámbulo y los artículos 2, 4 y 25 de la Constitución Nacional; artículos 2, 3, 137 y 138 del C.P.A.C.A; Ley 812 de 2003; artículo 4 de la Ley 4ª de 1966; artículo 27 del Decreto 3135 de 1968; artículo 45 del Decreto 1045 de 1978; artículo 1 de la Ley 62 de 1985, y numeral 1 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Que, a partir del anterior recuento normativo, se puede establecer que al pertenecer el demandante a un régimen especial, al momento de liquidarse la pensión de jubilación se le debió haber tenido en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios: asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de alimentación, etc.

Precisó que los actos administrativos impugnados, generan un desequilibrio jurídico que a la postre perjudica económicamente al demandante, pues el valor reconocido como pensión, no se compadece ni ajusta a los criterios Constitucionales y legales, y mucho menos representa la compensación social que debe recibir por el trabajo desplegado durante una buena parte de sus años, al servicio de un Estado Social de Derecho como el colombiano.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios, el día 03 de agosto de 2017 (fl.10), siendo asignada a este Juzgado mediante acta individual de reparto de la misma fecha (fl.37). Posteriormente, mediante auto calendarado 01 de septiembre de 2017 (fls.39), se dispuso su inadmisión teniendo en cuenta que se no se encontraba acreditado el último lugar de prestación de servicios del demandante. Luego, por auto de 06 de octubre de 2017 (fls.48-49), se dispuso la admisión de la demanda, ordenándose las notificaciones correspondientes. Mediante auto de 21 de mayo de 2018 (fls.145-148), se rechazó el llamamiento en garantía propuesto por la apoderada de la entidad demanda, y mediante auto de 08 de junio de 2018 (fl.152), el Despacho convocó a las partes para la práctica de la audiencia inicial, diligencia que se llevó a efecto el 04 de julio de 2018 (fls.155-158), decretándose las pruebas del proceso. Finalmente, en audiencia llevada a efecto el 26 de septiembre de 2018, se corrió traslado para alegar de conclusión por escrito (fls.188-189).

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada de la entidad demandada señaló que se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, toda vez que los actos administrativos demandado fueron proferidos con estricta sujeción a los parámetros de la Ley 100 de 1993, aplicables a los beneficiarios del régimen de transición. Que aun cuando en un principio el demandante se encontraba amparado por el régimen pensional aplicable a los servidores públicos, no puede perderse de vista que posteriormente fue incorporado al Sistema General de Pensiones contemplado en la Ley 100 de 1993, en virtud de lo establecido en el Decreto 691 de 1994, en concordancia con las previsiones contenidas en la Ley 100 de 1993.

Así mismo, precisó que aun cuando el demandante se encontraba inmerso en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por principio de favorabilidad se aplicaron las normas más

beneficiosas al momento de liquidar la pensión de vejez, como la aplicación del IBL del 85%.

Con respecto a los factores a tener en cuenta para la liquidación de la prestación, estimó que en el presente caso únicamente deben incluirse los consagrados taxativamente en el Decreto 1158 de 1994, toda vez que corresponden a los nuevos parámetros que han de aplicarse como consecuencia de la incorporación de los servidores públicos al Sistema General de Pensiones.

De manera específica señaló que los factores solicitados (auxilio de alimentación, horas extras, auxilio de transporte, indemnización de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones) no se encuentran entre los reconocidos en la ley, y aún más, no tienen una relación directa con el servicio pues no hay causalidad entre éste y aquellos, por lo que no puede concluirse que constituyen salario pues no todo emolumento recibido por el trabajador constituye salario y mucho menos constituye factor salarial.

Continuando con su exposición, argumentó que de accederse a las pretensiones de la demanda, se quebrantaría el principio de solidaridad consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, el cual, según su dicho, implica que únicamente pueden tenerse en cuenta como base de liquidación, aquellos factores sobre los que se realizaron los aportes, puesto que de lo contrario se presentaría un desequilibrio financiero al interior de Sistema General de Pensiones, que a su vez, resultaría contrario al principio de sostenibilidad presupuestal, afectando a los demás afiliados que vienen cotizando con el fin de acceder al reconocimiento del derecho jubilatorio.

Igualmente, adujo que una decisión como la pretendida, implicaría el desconocimiento de los parámetros de interpretación fijados por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013, donde según su dicho, se prohíja la tesis adoptada por la administración en cuanto a la improcedencia de incluir factores salariales distintos a los que se incluyeron en el ingreso base de liquidación, criterio que agrega, fue avalado por la Sentencia SU-230 de 2015, proferida por la misma Corporación, cuya aplicación considera vinculante en el presente caso, máxime cuando así lo señaló la Sección Quinta del Honorable Consejo de Estado, por vía de tutela, a través de fallos proferidos el 25 de febrero, el 17 de noviembre y el 15 de diciembre de 2016.

En términos generales, concluyó que la jurisprudencia se ocupó de analizar el alcance del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, precisando que éste sólo garantiza a sus beneficiarios la aplicación de normas anteriores como la Ley 33 de 1985, en cuanto a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, entendido este último como el porcentaje aplicable para establecer el valor prestacional, que por regla general es del 75%, dejando de lado los factores que conforman ingreso base de liquidación, al considerar que

para su establecimiento debe acudir a las normas del nuevo sistema general de pensiones.

De otro lado, solicitó que en caso de que el Despacho decida acceder a las pretensiones de la demanda, no se condene en costas a la entidad al no acreditarse temeridad o mala conducta de su parte.

Por último, además de solicitar la declaración oficiosa de cualquier medio exceptivo acreditado durante el decurso procesal, formuló las excepciones que denominó: **i) Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido**, pues se respetaron todos los beneficios derivados del régimen de transición invocado en la demanda; **ii) Inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales**, teniendo en cuenta que el derecho pensional del demandante fue reconocido en debida forma y, **iii) Prescripción de mesadas**, en virtud de la cual se solicita la extinción de los valores causados con anterioridad a los tres años atrás a la presentación de la demanda.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término establecido para el efecto, las partes presentaron sus alegatos de conclusión, así:

4.1. Parte demandada.

En esta oportunidad, la apoderada judicial de la parte demandada mediante escrito radicado el 03 de octubre de 2018 (fls.196-226), reiteró todos y cada uno de los argumentos expuestos en la contestación a la demanda. Insistió que los factores a tener en cuenta para liquidar la pensión del demandante, son los establecidos en la Ley 100 de 1993, y su Decreto Reglamentario 1158 de 1994, tal como según su dicho, se desprende del análisis realizado por la Honorable Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU 230 de 2015, acogidas por la Sección Quinta de la Sección Quinta del Honorable Consejo de Estado, por vía de tutela, a través de fallos proferidos el 25 de febrero, el 17 de noviembre y el 15 de diciembre de 2016.

De igual forma, agregó que con posterioridad fueron expedidas las sentencias SU 631 del 12 de octubre de 2017 y SU 023 del 5 de abril de 2018, donde en su criterio se reitera la posición asumida por la Corte, en cuanto a la aplicación de la Ley 100 de 1993, y su Decreto reglamentario 1158 de 1994.

En términos generales, reiteró que la jurisprudencia se ocupó de analizar el alcance del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, precisando que éste sólo garantiza a sus beneficiarios la aplicación de normas anteriores como la Ley 33 de 1985, en cuanto a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, entendido este último como el porcentaje aplicable para establecer el valor prestacional, que por regla general es del 75%, dejando de lado los factores que

conforman ingreso base de liquidación, al considerar que para su establecimiento debe acudir a las normas del nuevo sistema general de pensiones.

En el mismo sentido, señaló que dicha tesis fue acogida recientemente por el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá, en providencias de fechas 21 y 23 de febrero de 2018, proferidas dentro de los procesos radicados 15001-33-33-012-2016-00087-01 y 15001-33-33-004-2015-00190-01, respectivamente.

Para finalizar, solicitó que en caso de que el Despacho decida acceder a las pretensiones de la demanda, no se condene en costas a la entidad al no acreditarse temeridad o mala conducta de su parte.

4.2. Parte demandante.

Mediante escrito radicado el 03 de octubre de 2018 (fls.227-229), el apoderado judicial de la parte actora reiteró todos y cada uno de los argumentos expuestos en el escrito de demanda. Reiteró que con la liquidación efectuada por la entidad demandada, se omite lo dispuesto por el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, y la sentencia de unificación del Consejo de Estado radicado No. 01122009 de 04 de agosto de 2010, en donde se avaló la interpretación que más se ajusta al principio de favorabilidad, y se determinó que el listado de la Ley 33 de 1985, no es taxativo.

Que así mismo, el Consejo de Estado en sentencia de 12 de octubre de 2011, radicado No.2006-01926, en un asunto similar al ahora estudiado, ordenó incluir en la base de liquidación de la pensión, todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al retiro del servicio.

Por lo anterior, solicita desestimar los argumentos planteados por la entidad demandada.

V. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad las etapas procesales y luego de establecer que no se configuran causales de nulidad que afecten el proceso, se torna procedente dirimir la litis, profiriendo la decisión que en derecho corresponda.

5.1. Problema jurídico.

El presente asunto se contrae a examinar la legalidad de los actos demandados, en orden a determinar si como se aduce en la demanda, el señor LUÍS HUMBERTO APONTE HERNÁNDEZ, en su condición de beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, tiene derecho a que se le reliquide su pensión incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados durante el año inmediatamente

anterior al retiro definitivo del servicio; o si por el contrario, como lo señala la defensa, el demandante no tiene derecho a la reliquidación pretendida, en tanto los factores cuya inclusión pretende no se encuentran contemplados en el Decreto 1158 de 1994, que le resulta aplicable incluso en su condición de beneficiario del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993.

5.2. Excepciones.

Previamente a resolver el problema jurídico propuesto, el Despacho considera pertinente realizar las siguientes precisiones en torno a las excepciones propuestas por la defensa:

Lo primero que ha de señalarse es que las excepciones de **inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido** e **inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales** constituyen fundamentos de defensa orientados a atacar el fondo del asunto, por lo que se entenderán resueltos al desarrollar el problema jurídico propuesto.

Ahora, en lo que tiene que ver con la declaración oficiosa de excepciones el Despacho resalta que se estará a lo dispuesto en los artículos 180 y 187 de la Ley 1437 de 2011, donde se establece la posibilidad de declarar oficiosamente la existencia cualquier medio exceptivo que se encuentre acreditado dentro del proceso.

Finalmente, el fenómeno extintivo de la prescripción, será analizado únicamente en el evento de prosperar las pretensiones de la demanda, toda vez que para establecer si los valores reclamados se han extinguido por el paso del tiempo, se torna necesario determinar con antelación si el demandante tiene o no derecho a su reconocimiento.

5.3. Marco jurídico aplicable.

Para efectos metodológicos y con el fin de resolver el problema jurídico propuesto, el Despacho examinará los siguientes puntos en su orden: **i)** posibilidad de aplicar el régimen de transición en el caso del demandante; **ii)** alcance del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, en torno a los factores salariales a tener en cuenta en el caso concreto y, **iii)** revisión de la liquidación pensional del demandante; veamos:

5.3.1. Posibilidad de aplicar el régimen de transición en el caso del demandante.

El 1º de abril de 1994, entró a regir la Ley 100 de 1993, que estableció el Sistema General de Pensiones conformado por el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (artículo 12 Ley 100 de 1993).

Estas normas resultan aplicables a los servidores públicos de la Rama Ejecutiva de todos los órdenes, tanto del sector central como

descentralizado, en la medida que fueron incorporados al Sistema General de Pensiones, a través del Decreto 691 del 29 de marzo de 1994.

Con todo, ha de tenerse en cuenta que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció un régimen de transición que permite la aplicación de normas anteriores, para las personas que a la fecha de su entrada en vigencia, esto es, para el 1º de abril de 1994, habían cumplido más de 35 años de edad, en el caso de las mujeres, o 40 años de edad, en el caso de los hombres, y/o acreditaban más de 15 años de servicios.

La vigencia de este régimen de transición, fue limitada por el párrafo 4º transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, donde se señaló que sus beneficios no podrían extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, tuviesen cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de la reforma constitucional, es decir, el 25 de julio de 2005, a quienes se les mantendrían las normas de transición hasta el año 2014.

En el caso concreto se encuentra acreditado que el demandante, nació el 17 de noviembre de 1943, tal como puede apreciarse en el Registro Civil de Nacimiento y en la cédula de ciudadanía que reposan dentro de los antecedentes administrativos contenidos en el CD obrante a folio 60 del expediente, de tal suerte que para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 50 años y 4 meses de edad, y 21 años y 7 meses de servicios, circunstancias que lo hace **acreedor del régimen de transición** previsto en el artículo 36 de dicha normativa, toda vez que, evidentemente supera los 40 años de edad y 15 años de servicios allí previstos para el efecto.

Así las cosas, para el Despacho es claro que el demandante, en su condición de beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, tiene derecho a que le apliquen en lo pertinente las disposiciones que regían con anterioridad, esto es, las contempladas en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año.

Es de resaltar que esta normativa, esto es, la Ley 33 de 1985, también consagró un régimen de transición en su artículo 15, donde además de respetarse los derechos de quienes se encontraban amparados por normas especiales, se consagró la posibilidad de aplicar las normas anteriores, es decir, las consagradas en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, para el caso de quienes acreditaran alguna de las tres situaciones que se señalan a continuación:

- **Primera situación:** Haber cumplido 15 años de servicio continuo o discontinuo a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, lo cual tuvo lugar el 13 de febrero de 1985¹.

¹ La Ley 33, del 29 de enero de 1985 entró en vigencia el día 13 de febrero de la misma anualidad, fecha de su publicación en el Diario Oficial No. 36.856.

- **Segunda situación:** Haber cumplido 20 años de servicio continuo o discontinuo y encontrarse retirado del servicio a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985.
- **Tercera situación:** haber cumplido todos los requisitos para obtener la pensión de jubilación a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, es decir, 20 años de servicios y 50 años de edad para el caso de las mujeres o 55 años de edad para el caso de los hombres, según lo contemplado normas anteriores, o sea las contempladas en la Ley 6ª de 1945, Decreto 2767 de 1945; Ley 4 de 1966, Decreto 1743 de 1966, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Pues bien, en el presente caso se encuentra demostrado que el demandante prestó sus servicios, primero para la Caja de Crédito Agrario desde el 04 de junio de 1965 hasta el 04 de abril de 1973, luego en la Secretaría de Educación de Boyacá desde el 28 de mayo de 1979 hasta el 08 de mayo de 1989, y finalmente para el Municipio de Tunja desde el 04 de junio de 1990 hasta el 01 de diciembre de 2008, tal como puede apreciarse en los certificados de información laboral obrantes dentro de los antecedentes administrativos contenidos en el CD que reposa a folio 60 del expediente, de manera que no contaba con el tiempo requerido para hacerse acreedor a alguno de los eventos de transición señalados en esta última norma que como pudo verse exigía 15 o 20 años de servicios según el caso.

Por consiguiente, no queda duda de que el demandante tiene derecho a que se le apliquen en lo pertinente las disposiciones contempladas en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, bajo el alcance del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, que pasa a explicarse.

5.3.2. Alcance del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, en torno a los factores salariales a tener en cuenta en el caso concreto.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, determinó que los beneficiarios del régimen de transición allí establecido, tendrían derecho a pensionarse con la edad, el tiempo de servicio y el monto previsto en las normas anteriores, mientras que las demás condiciones y requisitos se regirán por las disposiciones contenidas en el nuevo Sistema General de Pensiones.

Como es sabido, la aplicación de estos parámetros normativos, no ha sido pacífica en la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, razón por la cual se torna necesario examinar la situación en orden a establecer el criterio que debe aplicarse en esta oportunidad; veamos:

En Sentencia de Unificación de fecha 4 agosto de 2010, proferida dentro del proceso con radicado interno 0112 de 2009, la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Doctor VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, determinó que el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, conllevaba para sus beneficiarios la aplicación íntegra de normas anteriores, tales como las Leyes 33 y 62 de 1985, incluyendo tanto la edad y el tiempo de servicios exigidos para pensionarse, como el monto y los factores salariales a tener en cuenta para obtener la cuantía de la prestación. De esta manera, la Corporación consideró que los factores a tener en cuenta dentro el ingreso base de liquidación, serían justamente los contemplados en talas normas, esto es, en las leyes 33 y 62 de 1985, aclarando que los mismos no constituían una lista taxativa, sino que por el contrario, debían tenerse en cuenta todos los valores que constituyeran salario, es decir, aquellas sumas que habitual y periódicamente recibiera el trabajador como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de su denominación. Del mismo modo, el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, precisó que el sólo hecho de que algunos factores no se hubiesen tenido en cuenta para realizar los aportes pensionales, no significaba que debieran excluirse del ingreso base de liquidación, toda vez que siempre sería posible ordenar los descuentos legales a que hubiese lugar sobre tales conceptos, todo ello atendiendo los principios de progresividad y favorabilidad en materia laboral, aclarando que las finanzas públicas no pueden convertirse en una limitante al acceso de las prestaciones sociales o en justificación a la disminución de sus garantías.

Posteriormente, en sentencia C-258 de 2013, la Honorable Corte Constitucional, al examinar algunas disposiciones del régimen pensional de los congresistas y otros altos funcionarios de que trata la Ley 4ª de 1992, se ocupó de analizar el alcance del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, precisando que éste sólo garantiza a sus beneficiarios la aplicación de normas anteriores en cuanto a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, entendido este último como el porcentaje aplicable para establecer el valor prestacional, que por regla general es del 75%, dejando de lado el ingreso base de liquidación al considerar que para su establecimiento debe acudir a las normas del nuevo sistema general de pensiones, o sea el contemplado en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. En esa medida, la Sala Plena encontró que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, en su sentido natural y en concordancia con su configuración viviente, resultaba contrario al ordenamiento constitucional por cuanto (i) desconocía el derecho a la igualdad, en armonía con los principios constitucionales de universalidad, solidaridad y eficiencia que rigen un sistema pensional equitativo, (ii) generaba una desproporción manifiesta entre algunas pensiones reconocidas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 cuando, además, (iii) existía falta absoluta de correspondencia entre el valor de la pensión y las cotizaciones, (iv) conducía a que dicha desproporción excesiva fuese financiada con recursos públicos mediante un subsidio muy elevado y (v) resultaba incompatible con el principio de Estado Social de Derecho, puesto que si bien los subsidios en regímenes

especiales no son per se contrarios a dicho principio fundamental, sí lo son los subsidios carentes de relación con el nivel de ingresos y la dedicación al servicio público del beneficiario del elevado subsidio.

Este criterio fue reiterado por la misma Corte Constitucional en sentencia SU - 230 de 2015, al examinar un caso contra la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Banco Popular S.A., donde el demandante adujo que con las actuaciones judiciales y administrativas realizadas por dichas entidades se vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital, por cuanto al momento de liquidar su pensión de jubilación no se tuvo en cuenta el salario promedio que sirvió de base a los aportes en el último año de servicio, conforme lo establece la Ley 33 de 1985, sino que se ordenó liquidar la prestación pensional con base en el promedio de los aportes cotizados durante los últimos 10 años, tal como lo establece la Ley 100 de 1993. En aquella ocasión, la Corte Constitucional negó las pretensiones de la demanda, por considerar que en el caso del demandante, se habían respetado los criterios fijados por la jurisprudencia constitucional. Para llegar a esta conclusión, la honorable Corporación precisó que aun cuando la Sentencia C-258 de 2013, se ocupó de analizar un régimen pensional específico, lo cierto es que constituye el único precedente de interpretación que debe tenerse en cuenta para determinar el alcance del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, insistiendo en que este sólo garantiza a sus beneficiarios la aplicación de normas anteriores en cuanto a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, mas no en lo relacionado con el ingreso base de liquidación, el cual se rige por las normas contenidas en el nuevo Sistema General de Pensiones. De esta forma, la Corte Constitucional señaló que aun cuando en un principio existían diversas posturas al interior de las Salas de Revisión, dicha situación debía entenderse superada a partir de la expedición de la sentencia C-258 de 2013, por tratarse del precedente vinculante sobre el particular.

Con todo, mediante sentencia de fecha 25 de febrero de 2016, proferida dentro del proceso radicado con el número 4683 de 2013, la Sección Segunda de Consejo de Estado, con ponencia del Doctor GERARDO ARENAS MONSALVE, por importancia jurídica y con carácter unificador, examinó el tema nuevamente, apartándose enfáticamente del criterio expuesto por la Corte Constitucional, al considerar que el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, no excluye la posibilidad de aplicar el ingreso base de liquidación contemplado en las normas anteriores. En aquella oportunidad, el Máximo Órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, insistió en su tesis de unificación vigente hasta el momento, señalando que el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, incluye la aplicación de normas anteriores en cuanto a edad, tiempo de servicios y finalmente el monto de la pensión, que no solo incluye el porcentaje aplicable como lo señala la Corte, sino que también hace referencia al ingreso base de liquidación propiamente dicho y los factores que lo conforman. Específicamente para apartarse de la tesis expuesta por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado señaló:

(i) que la complejidad de los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición, hace altamente razonable la interpretación que tradicionalmente ha sostenido sobre el particular; (ii) que dicha interpretación ha sido compartida en múltiples sentencias de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica; (iii) que la variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, (iv) que los argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas; (v) que la Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa y; (vi) que los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que la misma Corte Constitucional ha estimado incorporados a la Constitución Política colombiana en virtud del llamado "bloque de constitucionalidad", no se predicán exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales, por lo que se constituyen en plenas razones para no atender los cambios que pretenden introducirse en esta oportunidad.

Esta providencia fue dejada sin efectos por la Sección Quinta del Honorable Consejo de Estado, a través de sentencia de fecha 15 de diciembre de 2016, proferida dentro del proceso de tutela No. 2016-01334-01, con ponencia de la Doctora LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, argumentando que las reglas fijadas en las Sentencias C-258 de 2013 y SU 230 de 2015, resultaban vinculantes para el Máximo Órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y que por consiguiente no podía apartarse de dichas decisiones. En este sentido, la Corporación indicó que cuando la Corte Constitucional fija el alcance de una norma constitucional, en el caso del control abstracto de constitucionalidad o determina el alcance de un derecho constitucional fundamental, en ejercicio de su función de revisión de las acciones de tutela, sus decisiones pasan a formar parte de las fuentes del derecho y, por ende, vinculan a todos los jueces, criterio este que valga señalar, ya había sido acuñado previamente por la misma Sección Quinta mediante sentencia del 25 de febrero de 2016, dentro del proceso 2016-00103-00, así como también mediante sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, proferida con ponencia del Doctor CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO, dentro del proceso 2016-00625-01

Tiempo después, la Corte Constitucional expidió, entre otras, la Sentencia SU-395 de 2017, donde se revisaron varios asuntos de tutela instaurados contra el Consejo de Estado, entre otros aspectos por desconocimiento del precedente establecido en la sentencia C-258 de 2013. En aquella

providencia, la Corte nuevamente tuvo la oportunidad de examinar el alcance del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, reiterando los parámetros establecidos en las sentencias C-258 de 2013 y SU - 230 de 2015, para concluir una vez más que el ingreso base de liquidación debía establecerse de acuerdo con las directrices establecidas en el Nuevo Sistema General de Pensiones y no en las normas anteriores, advirtiendo que de lo contrario podría generarse un abuso del derecho por parte de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico. En consecuencia, al analizar uno de los casos concretos donde el Consejo de Estado desconoció estos parámetros, la Corte concluyó que existía un defecto sustantivo por interpretación contraria a lo expresamente establecido por el legislador en los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como por desconocimiento de las sentencias de constitucionalidad con efecto erga omnes C-168 de 1995 y C-258 de 2013.

Luego de lo anterior, la Corte Constitucional profirió la sentencia SU-025 de 2018, donde se ocupó de analizar un caso en el que el demandante pretendía enervar una decisión de la Corte Suprema de Justicia, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, dignidad humana, la seguridad social y los derechos adquiridos, en tanto no se aplicó íntegramente el sistema pensional anterior que lo amparaba en virtud del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En esta ocasión, la Honorable Corporación negó las pretensiones de la demanda al considerar que la decisión adoptada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ajustó a los criterios de unificación que la Corte Constitucional había fijado en torno a los elementos constitutivos del régimen de transición de que trata la Ley 100 de 1993 así como a la interpretación constitucional de los numerales 2º y 3º del artículo 36 *ibídem*, contenida en la sentencia C-258 del año 2013.

Para arribar a esta conclusión, estudió las tesis adoptadas por las altas cortes sobre el alcance del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, concluyendo que en la actualidad, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional tienen una interpretación similar, en el sentido de que dicho régimen tan solo garantiza a sus beneficiarios la aplicación de normas anteriores en cuanto a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, entendido este último como el porcentaje aplicable para establecer el valor prestacional, que por regla general es del 75%, dejando de lado los factores que conforman ingreso base de liquidación, al considerar que para su establecimiento debe acudir a las normas del nuevo sistema general de pensiones.

Por el contrario, advirtió que el Consejo de Estado ha estructurado un criterio divergente, basado en las siguientes consideraciones: "*(i) que el artículo 36 da lugar a varias interpretaciones y que, ante esa situación, debe acudir a la interpretación más favorable para quien se pretende pensionar, es*

decir, la que resulte más conveniente en cada caso; (ii) que el concepto de "monto", desde una perspectiva gramatical, no excluye per se, la noción de IBL; y (iii) que aplicar de forma "fraccionada" el régimen de transición, esto es, determinando la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el "monto" con la norma derogada, y el IBL con la norma vigente, implica el desconocimiento de los principios de inescindibilidad normativa y de seguridad jurídica".

Según la Corte, estos argumentos no son compatibles con la jurisprudencia constitucional de unificación de la Sala Plena, por las siguientes razones: "(i) Según los criterios expuestos en la sentencia C-168 del año 1995, en la que la Corte analizó la constitucionalidad de los incisos 2º y 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993, la favorabilidad en materia laboral opera cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal o entre dos normas de idéntica fuente y, adicionalmente, cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones. A juicio de la Sala, ninguno de los dos eventos se presenta en el caso concreto, primero, porque las normas que se aplican de forma ultractiva en virtud del régimen de transición no están vigentes y, por ende, en estricto sentido no puede predicarse un conflicto entre dos normas válidas y, segundo, porque el mencionado artículo 36, de todas formas, no tiene varias interpretaciones; tiene una que fue fijada, en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, por la Sala Plena en la Sentencia C-258 de 2013, en los términos del numeral 5.1.2.3 supra. (ii) Más allá del alcance gramatical de la palabra "monto", lo cierto es que, al analizar los antecedentes legislativos de la Ley 100 de 1993 y la literalidad del inciso 3º del artículo 36 ibídem, puede concluirse que el legislador excluyó del régimen de transición lo relacionado con el IBL, toda vez que, en el mencionado numeral, dispuso: "[e]l ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior [numeral 2º]" debe ser el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para adquirir el derecho, si es que para ello faltasen menos de diez años, o el cotizado durante "todo el tiempo" cuando faltaren menos de diez años para adquirir ese derecho(iii) No es cierto que se vulnere la seguridad jurídica, pues, precisamente, lo que se busca con la implementación de un régimen de transición es beneficiar a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas, esto es, adoptar medidas tendientes a darles certeza sobre el régimen jurídico aplicable y los instrumentos y mecanismos necesarios para garantizar la vigencia de sus derechos e intereses pensionales. (iv) Tampoco es cierto que la aplicación del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de lugar, per se, al desconocimiento del principio de "inescindibilidad" o "conglobamento", en los términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Si bien es cierto que las disposiciones deben "aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido", también lo es que aquel principio no es absoluto, pues el propio legislador puede determinar la forma en la que se debe aplicar una disposición, como, de manera expresa, lo hizo en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. De no ser así, incluso, no tendría razón de ser la aplicación del régimen de transición en materia pensional. De otra parte, advierte la Sala que, de todas formas, dicho principio admite diversas limitaciones por parte del juez, las cuales, en todo caso, tienen que ser valoradas atendiendo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad".

Por último, la Alta Corporación sostuvo que fue el propio legislador el que estableció que el IBL debía regularse de esa forma, es decir, que no se trata del fraccionamiento de un régimen sino de la aplicación del mismo según los postulados legislativos, y que incluso así lo entendió el mismo Consejo de Estado antes de noviembre del año 2000.

Pues bien, una lectura atenta de la reseña jurisprudencial efectuada en precedencia, permite concluir que desde la expedición de la sentencia C-258 de 2013, la Corte Constitucional consolidó su criterio en torno a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando que el régimen de transición contemplado por esta norma sólo permite la aplicación ultractiva de elementos como la **edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y la tasa de reemplazo o monto de la pensión**, mientras que por el contrario, el **ingreso base de liquidación** no es un aspecto sujeto a aplicación transitiva, y por lo tanto, en tal aspecto deben aplicarse las normas previstas en el nuevo sistema General de Pensiones, criterio que valga resaltar, ha sido reiterado en diversas sentencias de unificación proferidas posteriormente por la misma corporación, así como también por parte de la Sección Quinta del Honorable Consejo de Estado, en sede de tutela.

En este punto, y en consonancia con la tesis establecida por el máximo órgano constitucional, conviene traer a colación la sentencia de fecha 21 de febrero de 2018, proferida por el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá, dentro del proceso N° 1500133330122016-00087-01, donde textualmente se indicó lo siguiente:

"Con la expedición de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU-395 de 2017, a criterio de este Tribunal se consolida la doctrina de esa Corporación adoptada en los fallos mencionados, para estatuir que de manera general, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 conlleva la aplicación del monto, edad y tiempo de servicio del régimen pensional anterior, y por tanto no incluye base de liquidación de la pensión.

A juicio de este Tribunal² tal determinación obliga a un cambio de jurisprudencia³, pues los jueces de la República deben observar prioritariamente el precedente constitucional teniendo en cuenta que los pronunciamientos en esta materia se enmarcan en la protección de la norma con mayor nivel jerárquico dentro del ordenamiento jurídico.

Se concluye así que siendo la demandante beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, no hay lugar a acceder a sus pretensiones de reliquidar la pensión de vejez con el promedio de lo devengado en el año anterior al retiro del servicio y con la inclusión de todos los factores salariales, pues el ingreso base de liquidación de su pensión que en derecho corresponde, debe establecerse de acuerdo con el tiempo que le faltaba para acceder a la pensión al

² El cambio de criterio fue adoptado de manera unánime por la Sala Plena de esta Corporación en sesión del pasado 14 de febrero de 2018.

³ "Art. 7 (...) Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos" (negrilla fuera del texto).

momento de la entrada en vigencia de la Ley 100, y únicamente sobre los factores que realizó cotizaciones en el transcurso de ese periodo y que se incluyan en el Decreto 1158 de 1994"

Como puede verse, en virtud de la expedición de la sentencia SU - 395 de 2017, el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá, consideró que resulta obligatorio para los jueces de la República adecuar sus decisiones al precedente fijado por la Corte Constitucional teniendo en cuenta que los pronunciamientos en esta materia se enmarcan en la protección de la norma con mayor nivel jerárquico dentro del ordenamiento jurídico, por lo que vario su criterio vigente, para en su lugar acoger la doctrina constitucional consolidada, criterio que valga resaltar, fue adoptado por éste estrado judicial en anterior oportunidad.

Ahora bien, teniendo en cuenta la disparidad de tesis jurisprudenciales establecidos en relación al criterio de interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, entre el Honorable Consejo de Estado y la Honorable Corte Constitucional, los cuales han sido examinados en detalle en precedencia, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, profirió sentencia de unificación sobre tal particular, de fecha 28 de agosto de 2018, dentro del proceso radicado bajo el número 52001-23-33-000-2012-00143-01, siendo Magistrado Ponente el Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS, en la cual, atendiendo la postura prevista por la Corte Constitucional, rectificó la posición adoptada en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, determinando que los factores salariales que se deben incluir en el Ingreso Base de Liquidación (IBL) para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición -inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993-son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones. Adicionalmente precisó que el nuevo criterio pretende garantizar la debida correspondencia que un sistema de contribución bipartita debe mantener entre lo aportado, lo que el sistema retorna al afiliado y el aseguramiento de la viabilidad financiera del sistema.

En efecto, el órgano vértice de la Jurisdicción Contencioso Administrativa fijó la siguiente regla jurisprudencial en la sentencia de unificación referenciada:

"(...) Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición

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".

Regla jurisprudencial respecto de la cual, estableció dos subreglas a saber:

*"(...) 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**:*

***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."*(...)

***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. (...)"*

Lo anterior significa que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado, acogió la postura reciente de la Honorable Corte Constitucional y precisó que para aquellos servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar su pensión es el previsto en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o del artículo 21 de la misma Ley, según el tiempo que faltaba para adquirir el derecho a la pensión a la fecha de entrada en vigencia de la nueva normativa pensional.

Por consiguiente, en cumplimiento del precedente vertical, este Despacho dará aplicación a los parámetros fijados por la Honorable Corte Constitucional concluyendo que el demandante, en su condición de beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, tiene derecho a que se le apliquen las disposiciones establecidas en la Ley 33 de 1985, en lo referente a la edad y tiempo de servicios para pensionarse, así como en lo relativo a la tasa de reemplazo o monto de la pensión, mientras que por el contrario, el ingreso base de liquidación debe sujetarse a las normas contenidas en el nuevo Sistema General de Pensiones.

Entonces para acceder a la pensión el demandante debía acreditar 55 años de edad y 20 años de servicios, conforme a lo establecido en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, con una tasa de reemplazo equivalente al 75 %.

Ahora, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, declarado exequible por Corte Constitucional en sentencia C-168 de 1995, determinó que el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas beneficiarias del régimen de transición, a quienes les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, sería 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 expedida por el DANE.

En los demás casos, es decir cuando les faltare 10 años de servicios o más, el ingreso base de liquidación se determina con base 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, conforme a lo establecido en el artículo 21 de la misma normativa.

Finalmente, respecto a los factores salariales, debe tenerse en cuenta lo previsto en el Decreto 691 del 29 de marzo de 1994, modificado por el Decreto 1158 del mismo año, donde se estipula que para calcular la base de liquidación deben tenerse en cuenta los siguientes conceptos: **i)** la asignación básica mensual; **ii)** los gastos de representación; **iii)** la prima técnica cuando sea factor de salario; **iv)** las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario; **v)** la remuneración por trabajo dominical o festivo; **vi)** la remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna y, **vii)** la bonificación por servicios prestados.

Bajo este contexto, se advierte desde ya que el demandante no tiene derecho a la reliquidación pensional pretendida en el sentido de que se le incluya la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicios; toda vez que en atención al marco normativo señalado en precedencia, se tiene que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ordenó que el período para deducir el IBL corresponde al promedio de los últimos 10 años de servicios o al promedio del tiempo que le hiciere falta para adquirir el status luego de la entrada en vigencia de dicha ley si fuera menor a 10 años, incluyendo **únicamente los factores salariales taxativamente contemplados en el Decreto No. 1158 de 1994.**

5.3.3. Revisión de la liquidación pensional del demandante.

Dentro del plenario se encuentra acreditado que el demandante nació el 17 de noviembre de 1943, tal como puede apreciarse en el Registro Civil de Nacimiento y en el documento de identidad que reposan dentro de los antecedentes administrativos contenidos en el CD obrante a folio 60 del expediente, de tal suerte que cumplió sus **55 años de edad el 17 de noviembre de 1998.**

De otro lado, se encuentra probado que el demandante prestó sus servicios para la Caja de Crédito Agrario desde el 04 de junio de 1965 hasta el 04 de abril de 1973; para la Secretaría de Educación de Boyacá desde el 28 de mayo de 1979 hasta el 08 de mayo de 1989, y para el

Municipio de Tunja desde el 04 de junio de 1990 hasta el 01 de diciembre de 2008, tal como se aprecia en los certificados de información laboral y en los actos administrativos de reconocimiento pensional obrantes en los antecedentes administrativos contenidos en el CD que reposa a folio 60 del expediente.

A partir de lo anterior, se tiene que el demandante cumplió sus 20 años de servicios el 24 de agosto de 1992, adquiriendo su status jurídico de pensionado el 17 de noviembre de 1998, fecha en la cual cumplió los requisitos de edad y tiempo de servicios establecidos para el efecto.

Así pues, se advierte que al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante acreditaba 21 años, 7 meses y 7 días de servicios, cumpliendo de esta manera con uno de los requisitos previstos en la Ley 33 de 1985, para adquirir el derecho pensional, esto es, el relacionado con el tiempo de servicio, quedándole pendiente cumplir con el segundo requisito, el relativo a la edad, el cual cumpliría hasta el 17 de noviembre de 1998, fecha en la cual acreditó los 55 años de edad exigidos para acceder a su derecho pensional.

En conclusión, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, al señor LUÍS HUMBERTO APONTE HERNÁNDEZ le hacían falta menos de 10 años para adquirir su status pensional, por lo que en principio, conforme al artículo 36 de la misma normativa, tenía derecho a que su pensión fuese liquidada con base en el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hacía falta para lograr su pensión, sin perder de vista que siguió cotizando con posterioridad a la adquisición del status pensional.

Ahora, durante el periodo base de liquidación, esto es, durante los últimos 4 años y 8 meses anteriores al retiro definitivo del servicio, comprendido entre los meses de agosto de 2004 y noviembre de 2008, el demandante devengó los siguientes factores: **i)** sueldo; **ii)** prima de alimentación; **iii)** auxilio de transporte; **iv)** bonificación por servicios prestados; **v)** prima de servicios; **vi)** prima de navidad; **vii)** prima de vacaciones y **viii)** prima recreacional (fls. 171-175, 185-186 y CD fl.60).

Una vez contrastados estos conceptos, con los señalados en el Decreto 691 del 29 de marzo de 1994, modificado por el Decreto 1158 del mismo año, se advierte que únicamente serían susceptibles de incluir dentro del ingreso base de liquidación, los relativos a la **asignación básica** y a la **bonificación por servicios prestados**.

Ahora, una vez examinadas las diligencias se encuentra que con ocasión del derecho pensional del demandante se han surtido las siguientes actuaciones:

- Mediante **Resolución No.RDP 028157 de 16 de septiembre de 2014**, se le reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia de vejez al demandante, en cuantía de \$560.580, efectiva a partir del 02 de diciembre de 2008, con efectos fiscales a partir del 26 de agosto de

2011, por prescripción trienal. Para el efecto, se aplicó un 85% sobre un ingreso base de liquidación conformado por el promedio de los salarios sobre los cuales cotizó o aportó el interesado entre el 02 de diciembre de 1998 y el 01 de diciembre de 2008, conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, tomando como factores salariales la asignación básica y la bonificación por servicios prestados (Cd fl.60).

- Mediante **Resolución No. RDP 031752 de 20 de octubre de 2014**, se modificó la Resolución No. RDP 028157 de 16 de septiembre de 2014, en el sentido de variar los montos de la pensión distribuidos entre el Departamento de Boyacá y el Fondo de Pensiones Públicas. Lo anterior, teniendo en cuenta que *"se hace necesario modificar la Resolución No. RDP 028157 del 16 de septiembre de 2014, ya que el tiempo laborado por el interesado a la extinta CAJA DE CREDITO AGRARIO Y MINERO CAJA AGRARIA, al no haber realizado aportes para pensión a ninguna entidad debe ser asumido por la UGPP y cargado al FOPEP."* (Cd fl.60).

- Mediante **Resolución No. RDP 002055 de 24 de enero de 2017**, se negó la reliquidación de la pensión de vejez del demandante con el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, teniendo en cuenta que en el reconocimiento pensional le fue aplicada en su totalidad la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, *"norma más favorable para el peticionario lo cual implica a su vez que ya no se puede aplicar en su totalidad la Ley 33 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978. (...) En consecuencia la liquidación se efectuó con los últimos diez (10) años y los factores base para calcular la liquidación son los establecidos en el decreto 1158 de 1994"* (fls.21-23 y Cd fl.60).

- Mediante **Resolución No. RDP 015283 de 11 de abril de 2017**, se resolvió un recurso de apelación presentado por el demandante en contra de la Resolución No.2055 de 24 de enero de 2017, confirmándola en todas y cada una de sus partes. En el referido acto administrativo se concluyó que *"debido a que adquirió el status jurídico de pensionado el día 17 de noviembre de 2008 y aunque que si bien es cierto el peticionario se encuentra cobijado con el régimen de transición establecido en la Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que remite a la aplicación de la Ley 33 de 1985 en lo que respecta a la edad, tiempo y monto de liquidación, en virtud del principio de favorabilidad se encontró, que era más beneficioso a los intereses del peticionario la aplicación de la Ley 797 de 2003 que consagra la fórmula decreciente, que para el presente caso sería con base en el 85% del ingreso promedio de los devengado en los último diez años de servicios y la liquidación se debe efectuar con los factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994, tal como fue expresado mediante Resolución N RDP 028157 del 16 de septiembre de 2014, la cual se encuentra conforme a derecho."* (fls.31-35 y Cd fl.60).

Bajo este panorama, resulta claro que actualmente la pensión del demandante se encuentra liquidada de manera diferente a lo señalado por la Corte Constitucional, por lo que, en principio podría pensarse en la posibilidad de ordenar su reliquidación con el fin de adecuarla al nuevo contexto jurisprudencial. Sin embargo, observa el Despacho que la liquidación del derecho pensional efectuado a partir de los parámetros establecidos por el Alto Tribunal resultaría menos favorable para el

demandante, toda vez que la prestación ya no sería liquidada con el 85% de lo devengado en los últimos 10 años de servicio por concepto de asignación básica y bonificación por servicios prestados, como se encuentra en la actualidad, sino que sería liquidada con el 75% del promedio de dichos conceptos devengados en los últimos 4 años y 8 meses de servicios, como pasa a exponerse.

En la **Resolución No. RDP 028157 de 2014**, se efectuó la liquidación de la pensión del demandante aplicando un **85.00%** sobre un Ingreso Base de Liquidación conformado por el promedio de los salarios sobre los cuales cotizó o aportó entre **02 de diciembre de 1998** y el **01 de diciembre de 2008**, (artículo 21 de la Ley 100 de 1993), tomando como factores salariales la **asignación básica** y la **bonificación por servicios prestados**. En virtud de lo anterior, la entidad demandada reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia de vejez a favor del señor LUÍS HUMBERTO APONTE HERNÁNDEZ en cuantía de **\$560.580** efectiva a partir del 02 de diciembre de 2008, con efectos fiscales a partir del 26 de agosto de 2011, por prescripción trienal.

Ahora, al efectuar la liquidación de la prestación aplicando un **75%** (Ley 33 de 1985) sobre el Ingreso Base de Liquidación conformado por el promedio de los salarios devengados por el demandante durante los últimos 4 años y 8 meses de servicio (tiempo que le faltaba para adquirir el status pensional a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993), esto es, por el periodo comprendido entre el **02 de agosto de 2004** y el **01 de diciembre de 2008**, tomando como factores salariales la **asignación básica** y la **bonificación por servicios prestados** (Decreto 1158 de 1994) (fls. 171-175, 185-186 y CD fl.60), arrojaría una cuantía de **\$444.260**, la cual se repite, resulta menos beneficiosa para el demandante.

Observa el Despacho que la anterior situación de desventaja, fue advertida por la entidad accionada en los actos administrativos demandados, al señalar en la **Resolución No. RDP 002055 de 24 de enero de 2017**, lo siguiente:

"Que mediante la Resolución No. RDP 028157 del 16 de septiembre de 2014, se reconoció la pensión de vejez al peticionario, teniendo en cuenta el promedio de los últimos 10 años y el 85% del IBL, en cuantía de \$560.580.00 pesos m/cte., dejando así el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y sometiéndose en su totalidad a la aplicación de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

(...) Que en ese orden de ideas frente a la solicitud manifestada por la recurrente en el sentido de que se realice la liquidación teniendo en cuenta la totalidad de factores devengados en el último año de servicios, es importante tener en cuenta el artículo 288 que consagra:

*Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente ley **le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes***

anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta Ley. (Resaltado fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, se puede establecer que de acuerdo con el principio de inescindibilidad según la cual se elige la norma que sea más favorable al trabajador, pero en su totalidad, sin aplicarse parcialmente, no es procedente acceder a reliquidar la pensión de vejez del peticionario teniendo en cuenta el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, en razón a que en su momento le fue aplicada en su totalidad la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, norma más favorable para el peticionario lo cual implica a su vez que ya no se pueda aplicar en su totalidad la Ley 33 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978.

Así las cosas se reliquidó a favor del interesado la pensión de vejez teniendo en cuenta en su totalidad la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994." (Subrayado del Despacho) (fls.21-23 y CD fl.60)

Por su parte, en la **Resolución No. RDP 015283 de 11 de abril de 2017**, señaló lo siguiente:

"aunque que si bien es cierto el peticionario se encuentra cobijado con el régimen de transición establecido en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que remite a la aplicación de la Ley 33 de 1985 en lo que respecta a la edad, tiempo y monto de liquidación, en virtud del principio de favorabilidad se encontró, que era más beneficioso a los intereses del peticionario la aplicación de la Ley 797 de 2003 que consagra la fórmula decreciente, que para el presente caso sería con base en el 85 % del ingreso promedio de lo devengado en los últimos diez años de servicios y la liquidación se debe efectuar con los factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994, tal como fue expresado mediante Resolución N RDP 028157 del 16 de septiembre de 2014, la cual se encuentra conforme a Derecho." (Subrayado del Despacho) (fls.31-35 y CD fl.60)

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C-168 de 1995, al estudiar la Constitucionalidad del artículo 288 de la Ley 100 de 1993, se refirió al principio de favorabilidad en los siguientes términos:

*"...considera la Corte que la "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, **y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla.** En nuestro Ordenamiento Superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho", precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso.*

(...) La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.” (Negrillas del Despacho)

A partir de lo anterior, los pensionados tienen derecho a que su pensión les sea liquidada bajo el principio de favorabilidad y en caso de que éste no sea tenido en cuenta, o aún en el evento en que, por error, el cotizante se acoja a una norma que no le es favorable, puede solicitar la reliquidación de la pensión, a fin de acogerse al régimen que más lo beneficia. Lo anterior como quiera que la pensión es un derecho laboral irrenunciable en los términos del artículo 53 de la Constitución Política.⁴

En consecuencia, con fundamento en el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, en el presente caso se torna necesario conservar la manera en que actualmente se encuentra liquidada la pensión de vejez del señor LUÍS HUMBERTO APONTE HERNÁNDEZ, aun cuando no se acompasa con el nuevo criterio interpretativo adoptado por la jurisprudencia constitucional frente al Régimen de Transición previsto en la Ley 100 de 1993.

En efecto, conforme se advierte en los actos demandados, la entidad accionada en aplicación del principio de favorabilidad y de lo dispuesto en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, determinó aplicar a efectos de reconocer, liquidar y pagar la pensión al demandante, lo dispuesto en la referida Ley 100 de 1993 y en el Decreto 1158 de 1994, criterio que en el presente caso este estrado judicial encuentra ajustado a derecho, razón por la cual, no se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados.

En suma, probado como se encuentra que el demandante no tiene derecho a la reliquidación pretendida en la demanda, así como tampoco procede ordenar una reliquidación distinta, no queda otra alternativa que negar las pretensiones de la demanda, por lo que así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

5.4. Costas.

El artículo 188 del C.P.A.C.A. dispone que:

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

⁴ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Descongestión, sentencia de 15 de septiembre de 2011, expediente No. 150013133007-2007-00084-01, Magistrada Ponente Dra. Patricia Salamanca Gallo.

Por su parte, el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., establece que "Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además en los casos especiales previstos en este código...".

Ahora bien, recientemente el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N° 4, en sentencia de fecha 11 de septiembre de 2018, con ponencia del Dr. José Ascensión Fernández Osorio, dentro del proceso con radicado N° 150013333005-2016-00134-01, señaló que en casos como el que hoy ocupa la atención del Despacho, no es dable la imposición de condena en costas, en consideración a que previo al cambio jurisprudencial enunciado en precedencia, las pretensiones de la demanda contaban con un margen de vocación de prosperidad que hacía comprensible el ejercicio de la acción judicial por la parte actora, por lo cual, aun cuando se niega en su totalidad lo solicitado, no es procedente la condena en costas; criterio que comparte y acoge en esta oportunidad este estrado judicial, por lo que en el presente caso el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

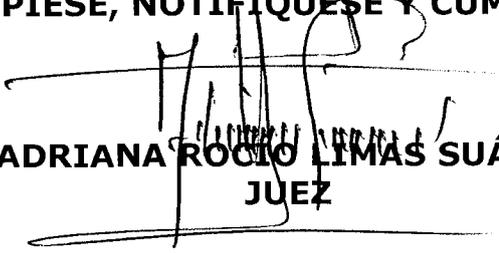
F A L L A:

RIMERO.- Negar las pretensiones de la demanda formulada por el señor LUÍS HUMBERTO APONTE HERNÁNDEZ, 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.

SEGUNDO.- No condenar en costas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- En firme esta providencia, por Secretaría, adelántense las gestiones pertinentes para el archivo del proceso, dejando las constancias y anotaciones de rigor. Si al liquidarse los gastos ordinarios del proceso quedaren remanentes a favor del consignante, desde ahora se ordena la devolución correspondiente. Así mismo desde ahora se autoriza la expedición de las copias que soliciten las partes.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


ADRIANA ROCÍO LIMAS SUÁREZ
JUEZ