



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

C O P I A



SIGCMA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, siete (7) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: ÁLVARO JESÚS CASTRO CASTRO

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICADO: 20-001-33-33-008-2017-00041-01

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA

I. ASUNTO.-

Procede esta Corporación a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, el día 5 de marzo de 2019, por medio de la cual se negó las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES.-

2.1.- HECHOS.-

Se resumen de la siguiente manera:

Manifestó el apoderado del señor ÁLVARO JESÚS CASTRO CASTRO, que mediante Resolución No. GNR 299666 del 27 de agosto de 2014, Colpensiones le reconoció una pensión de vejez a partir del 2 de abril de 2010, sin embargo, aunque se basó en la Ley 33 de 1985, se tuvo en cuenta el promedio de los últimos 10 años como IBL.

Aduce, que esa liquidación fue efectuada de manera errada, toda vez que no se tomó el último año de servicio, ni se tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados tal como establece la Ley 33 de 1985, además, tampoco se le reconoció el 14% sobre la mesada pensional por su cónyuge a cargo.

En virtud de lo anterior, el día 17 de junio de 2015, solicitó la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, no obstante, la entidad demandada mediante Resolución GNR 317450 del 28 de octubre de 2016 aunque reliquidó la pensión, nuevamente liquidó el IBL con el promedio de los 10 últimos años.

2.2.- PRETENSIONES.-

En la demanda se solicita concretamente lo siguiente:

Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. GNR 299666 del 27 de agosto de 2014, por medio de la cual COLPENSIONES, reconoció una pensión de vejez al actor.

Que se declare la nulidad total de la Resolución GNR 257742 del 25 de agosto de 2015, proferida por la entidad demandada, mediante la cual se negó la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados.

Que se declare la nulidad parcial de la Resolución GNR 317450 del 28 de octubre de 2016, proferida por el ente demandado, mediante la cual reliquidó la pensión del actor con inclusión de nuevos factores salariales y no se concedió recursos al demandante.

Como consecuencia de lo anterior, solicita a título de restablecimiento del derecho, que se ordene a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez del actor incluyendo todos los factores salariales que acreditó durante el año inmediatamente anterior al de la causación del derecho, así como también, a pagar las diferencias de las mesadas pensionales entre los valores que le fueron reconocidos y los que se le debió reconocer desde que adquirió el estatus, con los reajustes de ley.

De igual forma solicita, que se reconozca y pague un incremento adicional del 14% sobre la mesada pensional por su cónyuge a cargo, así como el retroactivo generado.

Así mismo pretende, que a la suma adeudada se le hagan los ajustes de valor conforme al Índice de Precios al Consumidor o al por mayor como autoriza el artículo 178 del CCA, al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, así como aquellos generados a partir de la sentencia ejecutoriada.

Finalmente solicita, que a la sentencia se le dé cumplimiento en los términos del artículo 176 del CCA y se condene a la entidad demandada en costas y agencias en derecho.

III. TRÁMITE PROCESAL.-

3.1.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

La entidad demandada contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, solicitado que se acatara la sentencia SU 230 del 2015 tal como determinó el Consejo de Estado en la providencia de fecha 16 de diciembre de 2016.

Sostuvo, que en atención a dicho precedente, no era posible la reliquidación pensional con el 75% de lo devengado en el último año de servicios y con la inclusión de todos los factores salariales devengados, pues no se pueden incluir factores sobre los cuales no se efectuó aportes.

Propuso como excepciones: *"inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro*

de lo no debido, buena fe, prescripción, innominada”

IV. PROVIDENCIA RECURRIDA.-

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Valledupar negó las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

Luego de un análisis del fundamento legal y jurisprudencial aplicable al caso, y del material probatorio recaudado, consideró el a quo que la liquidación de la pensión de vejez del demandante efectuada a través de la Resolución GNR 317450 del 28 de octubre de 2016, se ajustó a derecho, como quiera que se tuvo en cuenta, en aplicación del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el promedio de lo devengado en los 10 años anteriores al momento en que adquirió el estatus, además, se incluyeron los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994.

En cuanto a la pretensión sobre la inclusión del 14% sobre la mesada pensional por cónyuge a cargo, el Despacho se inhibió, como quiera que la parte actora no formuló dicha petición a la administración en la reclamación administrativa.

V. RECURSO INTERPUESTO.-

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, persiguiendo que sea revocada.

Indica, que el actor es beneficiario del régimen de transición por lo tanto le permite gozar de la normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, esto es, la Ley 33 y 62 de 1985, para fundamentar ello, trae a colación una providencia del Consejo de Estado en donde se indica que para liquidar el IBL se deben tener en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

A continuación, hace un breve resumen de las normas aplicables al asunto, para señalar que el IBL no debió ser calculado con el promedio de los últimos 10 años sino con el último año de servicios y se debe incluir todo lo que constituye salario.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.-

En el presente proceso sólo presentó alegatos de conclusión el apoderado de Colpensiones para solicitar que se de aplicación a la sentencia del Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2018 en donde se sentó jurisprudencia frente a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

VII. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

El Procurador 47 Judicial II para Asuntos Administrativos no emitió concepto de fondo.

VIII. CONSIDERACIONES.-

8.1.- COMPETENCIA.-

Procederá la Sala a dictar la sentencia que en derecho corresponda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA.

8.2.- PROBLEMA JURÍDICO.-

El presente asunto se contrae a determinar, si le asiste o no el derecho al señor ÁLVARO JESÚS CASTRO CASTRO, a que se reliquide su pensión de vejez reconocida por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, o si por el contrario, pese a estar cobijado por el régimen de transición, al momento de liquidar el IBL debe tenerse en cuenta lo establecido en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

8.3.- CUESTIÓN PREVIA.-

Antes de resolver el problema jurídico planteado, se debe señalar, que si bien el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, establece los requisitos para determinar la prelación para dictar sentencia, lo que implica que resulta obligatorio para los jueces emitir los fallos en el orden en que haya pasado el expediente al despacho para tal fin, también lo es que en los procesos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden puede modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos, por solicitud del Ministerio Público dada su importancia jurídica y trascendencia social, o cuando el asunto a debatir sea de aquellos que ya han tenido pronunciamiento similares, de conformidad con el criterio adoptado por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sesión del 25 de abril de 2013¹, tal como es el caso que nos ocupa.

8.4.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y JURISPRUDENCIALES.-

Aclara esta Corporación, que en anteriores oportunidades venía acogiendo la tesis expuesta por el Consejo de Estado, en cuanto a reliquidación pensional se refiere con base en la Ley 33 de 1985, es decir, con el 75% de lo devengado durante el último año de servicios y todos los factores devengados en dicho período, para lo cual se daba aplicación a la sentencia del 3 de febrero de 2011, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, con radicación número: 25000-23-25-000-2007-01044-01(0670-10).

Sin embargo, este Tribunal varió la anterior posición, teniendo en cuenta la Sentencia de Unificación de la H. Corte Constitucional No. 230 de 2015, en la cual se resolvió ordenar la liquidación de la pensión del petente, con base en los últimos 10 años de servicio, como lo estableció el parágrafo 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y no con el promedio de los salarios devengados en el último año de servicio, conforme lo dispone el artículo 1° de la Ley 33 de 1985; aplicando de este modo, el régimen previsto en la Ley 100 de 1993, pese a encontrarse sujeto al régimen de transición previsto en dicha norma, delimitando los parámetros referentes al mismo.

Posteriormente, el Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección A, mediante providencia de fecha 9 de diciembre de 2015, dentro de una acción de tutela, decidió amparar a la accionante los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, mínimo vital, y seguridad social, dejando sin efectos una providencia proferida por este Tribunal, en la cual se había dado aplicación a la Sentencia SU- 230, ordenando en consecuencia proferir un nuevo fallo. Luego², la

¹ Acta No. 010.

² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: DR. GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá D.C., veinticinco

Sala Plena de la Sección Segunda, por importancia jurídica y con criterio de unificación dejó sentada su posición sobre el tema, estableciendo que el criterio invariable de esa Corporación, sostenido en forma unánime por más de 20 años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%).

En consecuencia, esta Colegiatura volvió a adoptar la posición inicial en sus decisiones referentes a reliquidaciones pensionales con base en la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta la orden impartida por el órgano de cierre de la jurisdicción a la que pertenece.

No obstante, esa posición fue modificada de forma parcial, por la Sección Segunda de dicha Corporación, acogida en la Sentencia T-615 de 9 de noviembre de 2016 de la Corte Constitucional, al estimar que los efectos de la Sentencia SU-230 de 2015 sólo pueden aplicarse en aquellos procesos en que la demanda haya sido presentada con posterioridad a su ejecutoria (29 de abril de 2015), habida cuenta que lo contrario conllevaría a la vulneración del derecho a la seguridad jurídica y al principio de confianza legítima. Posición que fue acogida íntegramente por este Tribunal.

Esta Corporación en fallos anteriores asumió el criterio citado, según el cual los efectos de la Sentencia SU-230 de 2015 emitida por la Corte Constitucional, debían ser tenidos en cuenta únicamente cuando la demanda era presentada con posterioridad al 29 de abril de 2015.

Posteriormente, la Sección Quinta del Consejo de Estado en decisión adoptada en sede de tutela, retomó la posición adoptada por la Sección Cuarta ya transcrita, formulando algunas precisiones que se acompañan mejor con la Constitución Política y los tratados internacionales ratificados por Colombia, en la medida en que se garantizan los derechos adquiridos, los principios de confianza legítima, progresividad y no regresividad aplicables en material laboral, indicando así que la fecha de la publicación de la sentencia SU-230 de 2015 sólo puede tomarse como referente para contrastarla con la fecha de adquisición del estatus pensional, de tal suerte que si el estatus pensional se adquirió con anterioridad a ella se debe aplicar la anterior línea jurisprudencial trazada por el Consejo de Estado, y si es posterior, si aplicar la de la Corte Constitucional, quedando de esta forma debidamente salvaguardado el respeto por el precedente judicial.

En esas condiciones, este Tribunal varió la posición anteriormente asumida para en su lugar aplicar el precedente de la Corte Constitucional tan sólo a los casos en que la fecha de adquisición del estatus pensional fuera posterior a la publicación de la sentencia SU-230 de 2015 (29 de abril de 2015), así mismo se aplicaba el precedente trazado por el Consejo de Estado³, a todos aquellos eventos en que el derecho a la pensión se haya adquirido con anterioridad a dicha fecha.

No obstante, posteriormente, la Sala Plena de la Corte Constitucional mediante Sentencia SU-395 del 22 de junio de 2017, una vez verificado que la gran mayoría de los casos escogidos para revisión cuestionaban providencias judiciales proferidas por el Consejo de Estado en su calidad de órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, decidió revisar cada una de las

(25) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Expediente: 25000234200020130154101. Referencia: 4683-2013. Actor: ROSA ERNESTINA AGUDELO RINCON.

³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación de 4 de agosto de 2010. Proceso radicado interno No. 0112-2009, Magistrado Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila.

sentencias de tutelas adoptadas en cada uno de los procesos, como quiera que en todas concurrían presuntamente varias causales específicas de procedibilidad, entre las que se encontraban el defecto material o sustantivo, el desconocimiento del precedente judicial y la violación directa de la Constitución Política, pues en ellas se adoptaron decisiones directamente relacionadas con: "(i) la aplicabilidad y alcance del régimen de transición pensional de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en particular frente a beneficiarios de marcos normativos especiales como es el caso de los Decretos 546 de 1971⁴ y 929 de 1976⁵; (ii) la regla del tiempo de servicios exigido a efectos de obtener un estatus pensional bajo esos ordenamientos; (iii) los parámetros de interpretación fijados acerca del promedio del ingreso base de liquidación aplicable a pensiones del sector público; y (iv) los factores salariales que han de ser puestos en consideración para calcular su monto". (Sic para lo transcrito)

Para efectuar el análisis anterior, la Corte Constitucional tuvo en cuenta cada uno de los argumentos esbozados en las sentencias SU-210 de 2017, SU-230 de 2015, T-078 de 2014 y C-258 de 2013, precisando que en esta última sentencia, esa Corporación había determinado que "...el cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas previstas en las normas especiales que anteceden al régimen de transición, constituye la concesión de una ventaja que no previó el legislador al expedir la Ley 100 de 1993, en la medida en que el beneficio otorgado consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Ello no significa otra cosa que el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición, sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho 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." (Sic)

En suma, la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-395 de 2017, concluyó, que de acuerdo a lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2005, así como con los principios de eficiencia del Sistema de Seguridad Social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de transición, "la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la Ley 100 de 1993." (Sic para lo transcrito) (Subrayas fuera del texto)

Por último recordó, "que la Sentencia C-258 de 2013, al estudiar la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 sobre régimen especial de Congresistas y Magistrados de Altas Cortes, sostuvo que, no obstante que el Acto Legislativo 01 de 2005 haya respetado la existencia de un régimen de transición en materia pensional, "impuso límites temporales y materiales. En cuanto a los beneficios y condiciones, la reforma constitucional remitió a lo consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, disposición que establece que los beneficiarios del régimen de transición tendrán derecho a que se les apliquen las normas pensionales anteriores, en relación con la edad, el tiempo de cotización o servicios

⁴ "Por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares".

⁵ "Por el cual se establece el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República y sus familiares".

prestados, y el monto de la pensión, entendido como tasa de remplazo. Las demás condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez, se sujetan a las disposiciones contenidas en el sistema general de pensiones". (Sic, subrayas fuera del texto)

Finalmente, en reciente pronunciamiento de unificación de fecha 28 de agosto de 2018, expediente 52001-23-33-000-2012-00143-01, M.P César Palomino Cortés, el Consejo de Estado sentó jurisprudencia sobre el criterio de interpretación del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, concluyendo 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. La máxima Corporación estableció las siguientes reglas jurisprudenciales:

"(...)

"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 remplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985".

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes subreglas:

94. La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.
- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

(...)

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

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como "un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley". El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como "[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las

comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”.

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afectará las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.

(...)

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.” (Sic para todo lo transcrito) (Subrayas fuera del texto)

Adicionalmente aclara el Tribunal, que el precedente vertical del Consejo de Estado en la sentencia de unificación de fecha 4 de agosto de 2010, fue revaluado por la máxima Corporación mediante sentencia del 10 de octubre de 2018, radicado 05001-23-33-000-2015-00871-01 (3058-17), en donde se sentaron las bases de la reciente sentencia de unificación dictada por el Alto Tribunal el día 28 de agosto de 2018, así:

“No obstante lo regulado en estas disposiciones, la Sección Segunda de esta Corporación, en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, consideró que el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y, por ende, para establecer la cuantía de las pensiones de los servidores públicos debían incluirse todos los factores percibidos de manera habitual, como contraprestación por sus servicios.

Sin embargo, esta posición fue revaluada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en reciente sentencia de unificación⁶, en la cual fijó la siguiente regla jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición: «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».

Se consideró en esta oportunidad que la tesis adoptada en la referida sentencia de unificación de la Sección Segunda, del 4 de agosto de 2010, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. A juicio de la Sala Plena, «dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, él que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.»

Así, en la mencionada sentencia se precisó 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.

La Sala sustentó la nueva tesis en el artículo 1 de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, en concordancia con el artículo 48 constitucional que 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».

⁶ 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.

Agregó que 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.

Y concluyó que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe garantizar el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

Con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.⁷

(...)

En efecto, el Tribunal, dando aplicación a la sentencia de la Sección Segunda de esta Corporación del 4 de agosto de 2010, recogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación jurisprudencial aludida, ordenó incluir en la liquidación la prima de navidad y el auxilio de transporte. No obstante, tales factores se encuentran por fuera de los establecidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985⁸ y respecto de estos no se hicieron cotizaciones, como da cuenta la certificación de salarios que obra a folio 26, en donde consta que el único factor de aporte fue la asignación básica." (Sic para lo transcrito) (Subrayas fuera del texto)

Así las cosas, en la sentencia que se acaba de transcribir, la Alta Corporación fue enfática en excluir del mundo jurídico el precedente del 4 de agosto de 2010, teniendo en cuenta que iba en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social, concluyendo así que los factores que debían servir de base para la liquidación pensional eran únicamente aquellos que estaban enlistados y sobre los cuales se hubiesen efectuado aportes, razón por la cual sobre ellos es que se debe limitar dicha base.

En ese orden de ideas, en atención a la evolución jurisprudencial transcrita, se resalta, que en el asunto de autos la Sala asumirá en su integridad el criterio esbozado por el Consejo de Estado, en la sentencia de unificación que se acaba de transcribir, providencia en donde se ratificó lo establecido en la sentencia de Unificación 230 de 2015, concluyendo, que para la liquidación pensional se debe tener en cuenta los últimos 10 años de servicio, de conformidad con el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y no con el promedio de los salarios devengados en el último año, conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 33 de 1985; aún si el sujeto se encuentra en el régimen de transición.

⁷ *Ibidem*

⁸ «Artículo 1. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.»

Aclarado lo anterior, el litigio planteado debe definirse examinando la normatividad que regula el derecho que se reclama, así:

RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS EMPLEADOS OFICIALES DE TODOS LOS NIVELES.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 no sólo equiparó la edad de la mujer con la del varón para efectos de jubilación, sino que estableció la regla general para la pensión de los empleados oficiales de todos los niveles, así:

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, 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.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo, las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

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.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta años (50) de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro (...). (Sic).

Y bajo esta ley para tener derecho a dicha prestación, se exige que el empleado de cualquier orden (territorial, nacional, etc.) haya servido 20 años continuos o discontinuos y tenga 55 años de edad, requisitos acreditados por el señor ÁLVARO JESÚS CASTRO CASTRO, tal y como lo afirma la resolución mediante la cual se le reconoció el derecho pensional.

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN:

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció un régimen de transición para que quienes, por razón de la edad o del tiempo trabajado, pudieran encontrarse próximos a adquirir el derecho pensional, continuarán sujetos al régimen que para entonces gobernara su expectativa, en cuanto a la edad, al tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, y al monto de la pensión, pues dice textualmente el inciso segundo del artículo 36 en cita:

“ARTICULO 36. Régimen de Transición.

(...)

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 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 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. (...). (Subrayado fuera del texto original).

En otras palabras, dicho artículo estableció una excepción en el sistema general de seguridad social en pensiones, para quienes el 1° de abril de 1994 hayan tenido 35 años si son mujeres, o 40 años si son hombres, o 15 años o más de servicios o de tiempo cotizado; a ellos se les aplicará lo dispuesto en el régimen anterior a la Ley 100 de 1993, en cuanto al tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión.

8.5.- CASO CONCRETO.-

En aras de puntualizar lo anterior, y con el objeto de resolver el problema jurídico planteado, la Sala analizará el acervo probatorio arrimado al proceso, en lo pertinente, así:

- Cédula de ciudadanía del señor ÁLVARO JESÚS CASTRO CASTRO, donde se observa que nació el día 14 de abril de 1949. (Folio 32)
- Resolución GNR 299666 del 27 de agosto de 2014, proferida por Colpensiones, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual de vejez al señor ÁLVARO JESÚS CASTRO CASTRO. (Folios 2 a 8)
- Resolución GNR 257742 del 25 de agosto de 2015, emitida por Colpensiones, por medio de la cual se negó la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales. (Folios 9 a 11)
- Resolución GNR 317450 del 28 de octubre de 2016 proferida por Colpensiones, por medio de la cual se reliquida la pensión de vejez del actor en cuanto a las cuantías, pero se negó la inclusión del IBL con el último año de servicios y con todos los factores devengados en el último año. (Folios 12 a 17)
- Certificados de información laboral, de salario base y de mes a mes expedidos por la Alcaldía Municipal de Valledupar. (Folios 37 a 39)
- Reporte de semanas cotizadas en pensiones (Folios 40 a 43)
- Oficio de fecha 24 de julio de 2018, proferido por la Gobernación del Cesar, por medio del cual remiten hojas de servicios Nos. 24 y 318, así como las nóminas canceladas al señor ÁLVARO JESÚS CASTRO CASTRO (Folios 126 a 133)

Pues bien, de las pruebas obrantes en el proceso, para esta Corporación no existe duda alguna, de que el señor ÁLVARO JESÚS CASTRO CASTRO es beneficiario del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en razón a que, para el 1° de abril de 1994, tenía más de 40 años de edad, pues nació el 14 de abril de 1949⁹, faltándole más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de jubilación.

⁹ Tal como se aprecia en la cédula de ciudadanía folio 32.

Ahora bien, en aplicación de la sentencia de unificación en cita, los beneficiarios del régimen de transición tienen derecho a que se le aplique el régimen anterior en cuanto a la edad, tiempo y monto de la pensión, pero no para determinar el Ingreso Base de Liquidación, el cual es regulado por la Ley 100 de 1993.

Por lo tanto, en el asunto de marras, el cálculo del IBL corresponde al promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho a la pensión, o 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, conforme con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicable por remisión del artículo 36 ibídem, el cual reza:

“ARTICULO. 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 1.250 semanas como mínimo.” (Sic para lo transcrito)

Por su parte, el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 *“Por la cual se modifica el artículo 3° de la Ley 33 del 29 de enero de 1985, a través del cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”, dispuso:*

“Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes...” (Sic para lo transcrito).

Se concluye, que la citada norma enlista en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, negando la oportunidad de incluir aquellos factores devengados por el trabajador por los que no realizaba aporte alguno al sistema general de pensión.

Así las cosas, al analizar los actos administrativos que reconoció y reliquidó la pensión de jubilación al actor, acota la Sala, que para liquidar el ingreso base de liquidación se tuvo en cuenta el promedio de los salarios sobre los cuales cotizó durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, de conformidad con lo estipulado en la Ley 100 de 1993, razón por la cual al estar en consonancia con la reciente sentencia de unificación del Consejo de Estado, es evidente que éstos se encuentran ajustados a derecho, no pudiéndose acceder a

las pretensiones invocadas en la demanda, tal como acertadamente determinó el a quo.

En ese orden de ideas, la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, que negó las súplicas de la demanda, debe ser CONFIRMADA, por las razones antes anotadas.

8.6.- CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO, ARTÍCULO 188 DEL CPACA.-

En esta instancia no habrá condena en costas, como quiera que no se observa una conducta dilatoria o de mala fe que hiciera procedente la misma.

IX. DECISIÓN.-

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

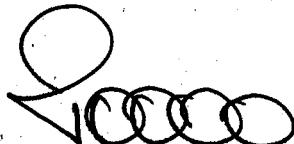
PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, el día 5 de marzo de 2019, por medio de la cual, se negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

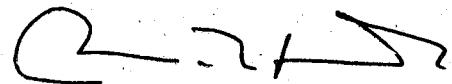
TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

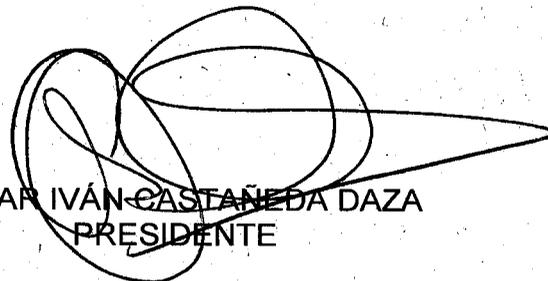
Esta providencia fue discutida y aprobada en reunión de Sala de Decisión No. 097, efectuada en la fecha.



JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
MAGISTRADO



CARLOS GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA
PRESIDENTE