

9

República de Colombia



Tribunal Administrativo del Meta-Sala Cuarta Oral

MAGISTRADO PONENTE: HÉCTOR ENRIQUE REY MORENO

Villavicencio, seis (6) de junio de dos mil diecinueve (2019)

RADICACIÓN: 50001-33-33-001-2013-00153-02
DEMANDANTE: EDUARDO ROCHA MARTÍNEZ
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP – CAJANAL.
M. DE CONTROL: NULIDAD Y REST. DEL DERECHO

ASUNTO:

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia proferida el 15 de marzo de 2017, por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Villavicencio, a través de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

De la demanda y sus pretensiones

El señor **EDUARDO ROCHA MARTÍNEZ**, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó declarar la nulidad de la Resolución UGM-038138 del 13 de marzo de 2012, a través de la cual la demandada se negó a reliquidar su pensión de vejez con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la demandada a que le reconozca, le reliquide, indexe y pague retroactivamente, la pensión de jubilación conforme al régimen

anterior a la Ley 100 de 1993, esto es, Ley 33 de 1985, liquidándola con el 75% del promedio de la asignación básica y todo los factores devengados en el último año de servicio.

Finalmente solicitó, que se condene a la accionada al pago de los intereses previstos en el inciso 3º del artículo 192 del CPACA, y las costas procesales.

Situación fáctica

Indicó, que laboró en el Fondo Nacional del Ahorro desde el 24 de agosto de 1978 hasta el 28 de febrero de 2007, es decir, 28 años, 6 meses y 4 días aproximadamente, periodo durante el cual efectuó los aportes a pensión.

Dijo, que mediante Resolución No. 33482 del 13 de julio de 2006, CAJANAL le reconoció la pensión de jubilación en cuantía de \$1'046.981, efectiva a partir del 1 de junio de 2005, por cumplir 20 años de servicios y 55 años de edad, sin embargo, se abstuvo de incluir todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Manifestó, que el 18 de octubre de 2011, solicitó la reliquidación de su pensión con el fin de que el IBL se calculara con 75% de todos los factores devengados en el último año de servicio; petición que fue despachada desfavorablemente por la entidad demandada a través de la Resolución No. UGM-038138 del 13 de marzo de 2012.

Normas violadas y concepto de violación

Invocó como normas violadas el Artículo 53 de la Constitución Política, los artículos 1º y 3º de la Ley 33 de 1985 y 1º de la Ley 62 de 1985, y el Decretos 691 de 1994.

Arguyó, que la UGPP al negar el cómputo de todo lo devengado en el último año de servicios, incurrió en desacato del precedente

jurisprudencial, e interpretación errónea de los artículos 36 de la Ley 100 de 1993, 3º de la Ley 33 de 1985 y 1º de la Ley 62 de 1985.

La sentencia apelada

El 15 de marzo de 2017, el Juzgado Primero Administrativo Oral de Villavicencio profirió sentencia de primera instancia, mediante la cual declaró la nulidad de la resolución N° UGM.038138 del 13 de marzo de 2012 proferida por CAJANAL E.I.C.E. en liquidación, y a título de restablecimiento del derecho, condenó a la UGPP a reajustar la pensión de jubilación del señor EDUARDO ROCHA MARTÍNEZ, incluyendo el auxilio de alimentación, la prima de servicios, la prima de vacaciones, la prima de navidad y la bonificación por convención, como factores adicionales a los reconocidos, previo descuento de los aportes correspondientes a los factores incluidos, empero, declaró la prescripción de las diferencias de reajuste causadas con anterioridad al 18 de octubre de 2008.

Por último, negó las demás pretensiones de la demanda y condenó en costas a la entidad demandada.

La anterior determinación tuvo como soporte legal lo previsto en el artículos 36 de la Ley 100 de 1993 y las Leyes 33 y 62 de 1985, y como sustentó jurisprudencial la sentencia de unificación de fecha 19 de noviembre de 2015 proferida por el Consejo de Estado dentro del radicado interno 4683-2013 a través de la cual el máximo órgano de la jurisdicción Contencioso administrativa se apartó de lo pregonado por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-230 de 2015 y estableció que el régimen de transición no exceptúa ni los factores devengados por el trabajador, ni el ingreso base de liquidación que junto al porcentaje de la pensión (75%) hacen parte del concepto de monto contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Recursos de apelación

Inconforme con la decisión de primer grado, la **UGPP** interpuso recurso de alzada señalando que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por medio del cual se creó el régimen de transición, fue claro al preceptuar que el

IBL que debe ser tenido en cuenta es el allí establecido y que en cuando al monto, edad y tiempo de cotización, si se debe remitir a la norma anterior, precisando, que en el caso concreto, dicho IBL fue determinado en debida forma, pues, corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales el actor cotizó durante los 10 años anteriores al reconocimiento del derecho, como quiera que a la entrada en vigencia de la referida norma, le faltaban más de 10 años para ser acreedor de la pensión de vejez.

Alegatos en segunda instancia

Una vez admitido el recurso, se ordenó correr traslado a las partes para que presentarán sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público, con el fin que emitiera concepto de fondo (fl. 5 del cuaderno de segunda instancia).

La entidad demandada reiteró los argumentos expuesto en el recurso de apelación.

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES:

Esta Corporación es competente para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, la llamada en garantía y la apelación adhesiva interpuesta por la parte actora, en proceso de doble instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 243 del CPACA.

De la controversia planteada entre la sentencia de primera instancia y las censuras que dieron lugar al reestudio de este asunto, el problema jurídico medular está referido a determinar si es procedente o no reajustar la pensión del señor **EDUARDO ROCHA MARTÍNEZ**, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, conforme lo señala la Ley 33 de 1985 y la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado proferida en agosto 4 de 2010, como se plantea en la demanda.

La respuesta al problema jurídico planteado es en sentido negativo, esto es, que el señor **EDUARDO ROCHA MARTÍNEZ** no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, pues, ante la nueva postura jurisprudencial, que constituye precedente vinculante para esta Corporación judicial, a la fecha de este fallo, el IBL en el caso de la actor debe determinarse dentro de los lineamientos del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, promediando lo devengado y sobre los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994¹, respecto de los cuales se acrediten los aportes o cotizaciones al Sistema General de Pensiones, como fue definido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, de conformidad con las siguientes razones fácticas y jurídicas:

La disposición legal contentiva del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por medio de la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral, dispuso expresamente que:

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

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

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con

¹ Reglamentario de la Ley 100 de 1993, acogiendo lo señalado en la parte final del inciso segundo del artículo 36 de la citada ley.

base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos. ...”

Entonces, quienes para el 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tuviesen 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, se les aplicará el régimen anterior al que se encontraban afiliados, en cuanto a la edad para acceder a la pensión de jubilación, el tiempo de servicio y el monto de la prestación.

En ese orden, el régimen anterior es el contenido en la Ley 33 de 1985; norma que consagra el derecho pensional de los empleados del sector oficial, en su artículo 1, de la siguiente manera:

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

Así mismo, ese régimen pensional anterior, el cual es general no exceptuado, en su artículo 3 *ibidem*, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, determinó la forma como se liquidaría la pensión de jubilación, así:

“ARTÍCULO 1o. 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 la 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.”

Aquí surgió la diferencia de interpretaciones sobre el alcance normativo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, una interpretación entendía que la remisión al régimen anterior no comprendía el ingreso base de liquidación –IBL–, en tanto que la otra interpretación consideraba que sí lo comprendía porque si no fuera así, se vulneraría el principio de inescindibilidad normativa que impide fraccionar el texto normativo escogido para resolver el caso.

Posturas jurisprudenciales de las altas cortes

En efecto, la tesis sostenida por la Corte Constitucional, es que en la liquidación de la pensión debe aplicarse el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y sus respectivos decretos reglamentarios; postura que precisó en las Sentencias SU-230 de 2015² y SU-427 de 2016³, en las que expresa que a través de la Sentencia C-258 de 2013⁴, se realizó una interpretación del artículo 36 de la Ley 100, en lo relativo a la disposición sobre el Ingreso Base de Liquidación –IBL–, extendiéndose según esta última, a todos los regímenes exceptuados.

Por su parte, el Consejo de Estado, como órgano de cierre de esta jurisdicción, sostenía la tesis de que la Ley 100 de 1993 creó un régimen de transición, que ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados; entendiéndose que dentro del monto de la pensión se encuentra incluido el ingreso base de liquidación de la pensión; postura que fue proferida como precedente específico estructurado a partir de la Sentencia del 04 de agosto de 2010⁵, reiterada en

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-230 de 29 abril 2015. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-427 de 11 de agosto de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-258 de 07 mayo 2013. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sala Plena. Sentencia de 04 agosto 2010. Rad. 25000-23-25-000-2006-07509-01 M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado

múltiples oportunidades⁶.

Posteriormente, en Sentencia de Unificación del 12 septiembre de 2014⁷, fijó un nuevo precedente interpretativo de la sentencia C-258 de 2013, señalando que las restricciones que fijó la Corte en dicha sentencia no pueden hacerse extensivas a otros regímenes pensionales especiales o exceptuados creados y regulados por otras normas, teniendo en cuenta que esta decisión, encuentra restringido su objeto sólo a las pensiones de los congresistas con origen en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 y, por extensión legal, a las pensiones de los Magistrados de las Altas Cortes de Justicia, según el artículo 28 del Decreto 104 de 1994. Por otra parte, consideró razonable la posición de la Corte Constitucional en Sentencia T-615 de 2016 cuando afirma que, en los eventos en que el estatus pensional haya sido adquirido con anterioridad a la expedición de la Sentencia C-258 de 2013, no es viable la aplicación de dicho precedente, con carácter retroactivo.

Cabe resaltar que este Tribunal ha defendido y aplicado la tesis sostenida por el Consejo de Estado, sobre el principio de la inescindibilidad normativa para el caso de la transición prevista por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

De la última sentencia de unificación del Consejo de Estado.

En reciente pronunciamiento, emitido el 28 de agosto de 2018 por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Consejero Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS, dentro del expediente con radicado No. 5001-23-33-000-2012-00143-01⁸, el Honorable Consejo de Estado como órgano de cierre de esta jurisdicción, en un nuevo análisis, sentó jurisprudencia diferente a la que venía atendiendo la Sección Segunda frente a la interpretación del

Ardila.

⁶ Así se evidencia en pronunciamientos recientes del Consejo de Estado en que se enuncia que esa tesis se ha aplicado sin modificaciones, por ejemplo, en: CONSEJO DE ESTADO, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 27 noviembre de 2014. M.P. Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Rad.: 25000-23-42-000-2013-00322-01. Dte.: Carmen Lilia Velásquez Quecan y CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A. Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Sentencia Radicado No: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13). Bogotá, 24 de noviembre de 2016.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de Unificación de 12 de septiembre de 2014, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁸ Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro, demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. en liquidación.

artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que consagra el régimen pensional, fijando la regla y las sub reglas sobre el IBL en régimen de transición en los siguientes términos:

“Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición.

92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.

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

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

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. - 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 ésta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

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

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

De igual manera, en la mencionada sentencia de unificación el Consejo de Estado, indicó cuales eran los efectos de la decisión, precisando, que es vinculante para resolver los conflictos cuya competencia está atribuida a

esta jurisdicción, por la Constitución y la ley, reiterando que en la sentencia C-816 de 2011, se estableció que las decisiones de las autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio.

También explicó, que se dará aplicación al precedente en forma retrospectiva, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en el mismo se aplicaran 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.

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

Así las cosas, esta Sala de Decisión, modifica su postura sobre la interpretación y aplicación del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, acogiendo la nueva tesis del Consejo de Estado, donde fijó un nuevo precedente interpretativo respecto del mismo, determinando que el IBL previsto en el inciso tercero de la norma en cita, 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, toda vez, que dicho pronunciamiento constituye precedente con carácter vinculante y obligatorio.

Del precedente judicial

La Sala considera oportuno, precisar qué constituye precedente, acotando los conceptos de *ratio decidendi* y *obiter dicta*. Para tal fin, se anota que la Corte Constitucional en sentencia SU-047 de 1999⁹, precisó que la *obiter dicta*, es toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario, que sólo tienen fuerza persuasiva, pero no son vinculantes y, por el contrario, la *ratio decidendi* es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica y, por lo tanto, constituyen el precedente vinculante.

En este mismo sentido, el Honorable Consejo de Estado¹⁰ al resolver en sede de tutela un conflicto sobre la posible violación al debido proceso por desatender el precedente jurisprudencial, precisó que el mismo es vinculante por provenir del órgano de cierre de la respectiva jurisdicción:

“Así pues, como ya se indicó, el precedente, entendido como la regla o subregla de derecho creada por el órgano cierre de la respectiva jurisdicción, es obligatorio porque proviene de los Altos Tribunales u órganos de cierre en Alto Tribunal como para los jueces de inferior jerarquía, quienes conociendo el precedente vertical están obligados a su aplicación, por ello, los jueces de inferior jerarquía deben de manera razonada exponer el por qué no aplicarán la subregla que empleó el Alto Tribunal”¹¹.

No puede, en ese sentido, entenderse que los jueces jerárquicamente inferiores puedan válidamente apartarse del precedente generado por una Alta Corporación¹², por el solo hecho de motivar de forma razonada y suficiente su decisión,

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047 de 29 enero 1999. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz y Dr. Alejandro Martínez Caballero. Demandante: Viviane Morales Hoyos.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia de 18 junio de 2015. Rad. 11001-03-15-000-2015-01282-00. M.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro. Demandante: Edith Roza Álvarez.

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias S T-698 de 2004; T-934 de 2009 y T-446 de 2013, entre otras.

¹² En caso de existir “división en subsecciones en que se encuentran organizadas algunas Secciones del Consejo de Estado, tampoco es una justificación válida para dejar de aplicar el precedente, porque si bien en estas se pueden generar diversas y variadas ratios - tantas como subsecciones hay-, la solución final corresponderá tomarla al juez que deba resolver el caso sometido a su conocimiento, al escoger una ratio dentro de las varias existentes, explicando las razones de su decisión, mientras que la Sección en pleno unifica esa disparidad de criterios”. Consejo de Estado. Sección Quinta. Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro. Rad. No. 11001-03-15-000-2013-02690-01.

pues ello, generaría inseguridad y una violación directa del derecho a la igualdad”.

En este orden de ideas, no queda duda que el precedente es vinculante en el sistema de fuentes del sistema jurídico vigente en Colombia, más aun, cuando éste se origina en el órgano de cierre de esta jurisdicción.

Así las cosas, en síntesis, según la nueva postura, para los servidores públicos que se pensionen bajo las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión debe aplicarse de la siguiente manera:

Si faltare menos de diez (10)¹³ 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.

En lo tocante a los factores salariales que deben incluirse 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.

Aplicando la nueva postura al caso concreto, estima la Sala que, a pesar de que el señor **EDUARDO ROCHA MARTÍNEZ**, es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que al momento de su entrada en vigencia (1º de abril de 1994), tenía 44 años de edad y más de 16 años de servicios¹⁴, su ingreso base de liquidación (IBL) debe calcularse a partir de lo señalado el inciso segundo de la referida norma, lo que implica que debe surgir del promedio de devengado durante los diez

¹³ Frente a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994, esto es, para el 1º de abril de 1994.

¹⁴ Según los antecedentes administrativos aportado por la UGPP en el folio 18 al 22 del cuaderno principal

años anteriores al reconocimiento de la pensión, pues al momento de entrar en vigencia el régimen de transición le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho, incluyendo en su determinación los factores salariales sobre los cuales se acredite efectivamente la realización de aportes o cotizaciones al sistema de pensiones, siempre que se encuentren enlistados en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994, los cuales se detallan a continuación:

"El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados;*

Así las cosas, considera la Sala que debe revocarse la sentencia de primera instancia proferida en el presente asunto, pues, al estudiar las Resoluciones Nos. 33482 del 29 de junio de 2006 y UGM 038138 de 13 de marzo de 2012 (fls. 18 al 22 y 25 al 27 del cuaderno de primera instancia) se vislumbra que la extinta Caja Nacional de Previsión Social (CAJANAL), le reconoció al señor **EDUARDO ROCHA MARTÍNEZ**, la pensión de jubilación, teniendo en cuenta el límite de edad y el tiempo de servicios previstos en la Ley 33 de 1985 para la fecha del mentado reconocimiento, y calculó el ingreso base de liquidación (IBL) con el 75% del promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio anteriores al reconocimiento del derecho, en aplicación a lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, entre el 01 de junio de 1995 y el 30 de mayo de 2005, incluyendo los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales se realizaron los aportes correspondientes, que para el caso en concreto fueron la asignación básica mensual y la bonificación por servicios prestados (pdf No. 26 CD visto a folio 132 del C1)

Con fundamento en lo plasmado con antelación, encuentra la Sala que en aplicación de la nueva postura jurisprudencial, no hay lugar a ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación del señor **EDUARDO ROCHA MARTÍNEZ**, con la inclusión del **auxilio de alimentación, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por recreación, bonificación por convención**, por no estar enlistadas en el precitado Decreto 1158 de 1994.

Bajo las premisas expuestas, la Sala indica que, ante el cambio jurisprudencial resaltado y aplicable al *sub júdice*, debe reconsiderarse la visión del juzgador de primera instancia que ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en su último año de servicio, en consecuencia, se revocará la sentencia apelada y, en su lugar, se negarán las pretensiones de la demanda.

CONDENA EN COSTAS

El tema de la condena en costas se encuentra regulado en el artículo 188 del CPACA., que dispone lo siguiente:

"Artículo 188: Condena en costas. 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"

En aplicación a la norma señalada el juez está en el deber de pronunciarse sobre la condena en costas y solo se encuentra relevado de esta obligación cuando se trate de un asunto de interés público, además frente a los aspectos de ejecución y liquidación dispone remitirse a las normas de procedimiento civil, en el entendido que se trata del C.G.P. en sus artículos 365 y 366.

Frente a este tópico, resalta la Sala que no condenará en costas a la parte demandante a pesar de resultar vencida en juicio, pues, dando aplicación a los principios de equidad y de acceso a la administración de justicia, no resulta razonable que se le imponga esta carga como una consecuencia más del cambio jurisprudencial que sobre el tema adoptó el

órgano de cierre de esta jurisdicción el 28 de agosto de 2018, que constituye el fundamento para que su pretensión de reliquidación pensional no prospere.

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta Oral del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA:

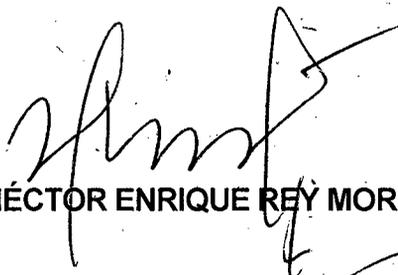
PRIMERO: REVOCAR la sentencia dictada, el 15 de marzo de 2017, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, en la que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda promovida por el señor **EDUARDO ROCHA MARTÍNEZ** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, disponiendo, en su lugar, **NEGAR** lo deprecado en la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

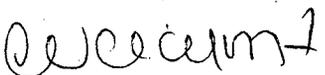
SEGUNDO: Sin condena en costas, por las razones expresadas en la parte motiva de esta sentencia.

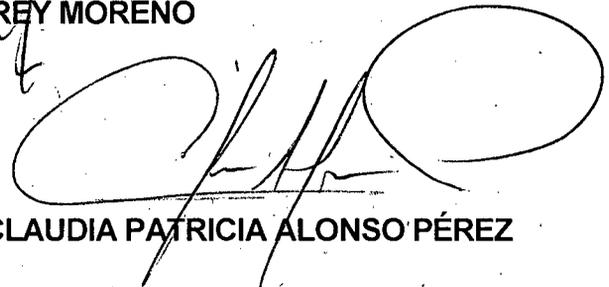
TERCERO: Ejecutoriada la presente decisión, regresen las diligencias al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta: 018


HÉCTOR ENRIQUE REY MORENO


NELCY VARGAS TOVAR


CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ