



5

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., siete (7) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente : 08001-23-33-000-2013-00621-01 (0127-2015)
Demandante : **José de Jesús Mercado Herrera**
Demandado : Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)
Tema : Reconocimiento de pensión ordinaria de jubilación conforme a las Leyes 33 y 62 de 1985

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandante (ff. 171 a 176) contra la sentencia de 26 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual negó las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe (ff. 154 a 164).

I. ANTECEDENTES

1.1 Medio de control (ff. 1 a 5). El señor José de Jesús Mercado Herrera, mediante apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones. Se declare la nulidad de las Resoluciones 47002 de 14 de septiembre de 2006 y 4185 de 7 de febrero de 2008, por las cuales la entonces Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) le negó el reconocimiento de la pensión de jubilación al actor.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene reconocer la pensión de jubilación, a partir del 23 de abril de 2005, junto con las mesadas adicionales y la correspondiente indexación, con efectividad a partir de los tres años anteriores a la presentación de la demanda; por último, se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

1.3 Fundamentos fácticos. Relata el actor que nació el 8 de julio de 1949, es



beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 (pues a la fecha de su entrada en vigor tenía más de 40 años de edad) y laboró durante 20,861 años de servicios en entidades estatales del sector de la salud, por lo que pidió de Cajanal el reconocimiento de su pensión de jubilación, negada a través de los actos administrativos acusados.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por los actos demandados los artículos 2, 4, 13, 46, 48, 49 y 53 de la Constitución Política; 1 del Decreto 434 de 1971; 10 del Decreto 3135 de 1968; 14, 77 y 28 del Decreto 1848 de 1969; 68 a 73 de la Ley 71 de 1988; 52 y 130 de la Ley 100 de 1993; el Decreto 2709 de 1994 y las Leyes 700 de 2001 y 717 de 2001.

Arguye que los actos administrativos demandados resultan ilegales, puesto que no se tuvo en cuenta el año de servicio médico obligatorio, laborado del 1° de julio de 1979 al 30 de junio de 1980, por lo que supera los 20 años trabajados para el Estado.

1.5 Contestación de la demanda (ff. 64 a 73). La entidad demandada, a través de apoderado, se opone a las súplicas del medio de control; se refirió a los hechos de la demanda, en el sentido de que algunos son ciertos, otros no y los demás no le constan. Asevera que el accionante no colma el mínimo de semanas de cotización o tiempo de servicios para ser acreedor de la Ley 33 de 1985, puesto que solo reporta 19 años, 10 meses y 5 días.

1.6 La providencia apelada (ff. 154 a 164). El Tribunal Administrativo del Atlántico, en sentencia de 26 de septiembre de 2014, negó las súplicas de la demanda (sin condena en costas), al considerar que si bien es cierto que desde el 1° de julio de 1979 hasta el 30 de junio de 1980 el accionante prestó su servicio médico obligatorio, también lo es que no obra prueba de una contraprestación remunerativa, condición necesaria para la cotización pensional; de igual modo, el Hospital Municipal de Sabanagrande certificó que él no laboró en esa institución a través de la planta de personal. Por lo tanto, al contabilizar los tiempos que se demuestran en el expediente, se concluye que alcanzó solo 19 años, 7 meses y 8 días, por lo que no colma el requisito de tiempo previsto en la Ley 33 de 1985.

1.7 El recurso de apelación (ff. 171 a 176). Inconforme con la anterior sentencia, el demandante interpuso recurso de apelación, al estimar que si se tuviera en cuenta el servicio médico obligatorio prestado del 1° de julio de



1979 al 30 de junio de 1980, el accionante cumpliría con el tiempo requerido para obtener la pensión de jubilación (20,84 años). Agrega que dicho servicio no es gratuito, en virtud del Decreto 3842 de 1949 y la Ley 50 de 1981.

II. TRÁMITE PROCESAL.

El recurso de apelación fue concedido mediante proveído de 29 de octubre de 2014 (f. 178) y admitido por esta Corporación a través de auto de 11 de febrero de 2015 (f. 188), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 del CPACA.

2.1 Alegatos de conclusión. Admitido el recurso, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, con auto de 22 de junio de 2015 (ff. 203 a 205), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por la UGPP.

2.1.1 Parte demandada (f. 214). La accionada, a través de apoderado, pide confirmar la sentencia de primera instancia y agrega que se debe descontar el tiempo de servicios prestado de manera simultánea, por lo que el lapso real de servicios es 19 años, 7 meses y 8 días.

2.2 Impedimento. El 5 de julio de 2016 la consejera de Estado Sandra Lisset Ibarra Vélez manifestó su impedimento para conocer del presente proceso (f. 216), en atención a que le asistía interés directo en las resultados del asunto, el cual fue aceptado el 17 de noviembre siguiente por los demás integrantes de la subsección (ff. 218 a 220), motivo por el cual fue enviado el expediente a este despacho para continuar con el trámite procesal.

III. CONSIDERACIONES.

3.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 150 del CPACA a esta Corporación le corresponde conocer del presente litigio, en segunda instancia.

3.2 Problema jurídico. De acuerdo con el recurso de apelación¹, corresponde

¹ Según el artículo 328 del Código General del Proceso, «El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley»; asimismo, «El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente



en esta oportunidad a la Sala determinar si al demandante le asiste derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación de conformidad con el régimen ordinario previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985.

3.3 Marco jurídico. En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

Lo primero que ha de anotarse es que la Ley 100 de 1993, «*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*», fue expedida por el Congreso de la República con el fin, entre otros, de unificar la normativa en cuanto a la diversidad de regímenes pensionales especiales existentes.

No obstante lo anterior y con el objetivo de evitar menoscabar derechos a personas que se encontraban próximas a ser pensionadas o tuviesen cierto tiempo de servicio, se previó el régimen de transición, consagrado en el artículo 36 de la referida Ley 100 de 1993.

En efecto, en dicha norma se dispuso que las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social integral (1° de abril de 1994) contaran con treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, se les reconocerá la pensión de jubilación de conformidad con el régimen anterior al cual se encontraban afiliados, es decir, la pensión de jubilación respecto de la edad, tiempo de servicio y monto se les aplicará el régimen anterior.

En lo que atañe al ingreso base de liquidación (IBL) pensional de tales personas, el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 preceptúa que los beneficiarios del régimen de transición «[...] *que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE*» (se subraya). Respecto de esta norma, la Corte Constitucional² precisó:

relacionados con ella».

² Corte Constitucional, sentencia C-258 de 2013.



[...] En efecto, la Sala recuerda que el propósito original del Legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993³, tal como se desprende del texto de la disposición y de los antecedentes legislativos, fue crear un régimen de transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas. Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con **los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo**. El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36...
[...]

Para el efecto, la Corte acudirá a la regla general de Ingreso Base de Liquidación prevista en los artículos 21 y 36 de la Ley 100. En efecto, el artículo 36 estableció dos reglas específicas en la materia: (i) para quienes el 1° de abril de 1994, les faltara menos de 10 años para pensionarse, el IBL sería (a) “*el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta*” para reunir los requisitos para causar el derecho a la pensión, o (b) el promedio de lo “*cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE*”. (ii) En los demás casos, es decir, en la hipótesis de las personas a quienes el 1° de abril de 1994 les faltaban más de 10 años para reunir los requisitos de causación de la pensión, a falta de regla especial en el artículo 36 y teniendo en cuenta que el inciso segundo *ibidem* solamente ordena la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes especiales sobre edad, tiempo de cotización o servicios prestados, y tasa de reemplazo, se les debe aplicar la regla general del artículo 21 de la Ley 100, el cual indica:

“ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas

³ El artículo 36 indica: “**ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.** *La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. || La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. || El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE*” (negrilla fuera del texto).



en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

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

El precitado derrotero fue acogido por la sala de lo contencioso-administrativo del Consejo de Estado, al estudiar un caso en el que se reclamaba el reajuste de la pensión de jubilación en virtud de la Ley 33 de 1985, mediante sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, expediente 52001-23-33-000-2012-00143-01 (4403-2013), consejero ponente César Palomino Cortés, en la que se fijaron las siguientes reglas de interpretación en torno al tema, así:

[...] Sentar como jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que consagra el régimen de transición pensional, lo siguiente:

1. 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.

2. 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.

3. 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, al considerar:

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

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

87. Para establecer el monto de la pensión, el legislador, en este caso de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de su libertad de configuración, fijó un elemento, el IBL, que cumpliría con la finalidad no solo de unificar la base de la pensión para todos aquellos que estaban próximos a pensionarse, sino como manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones; máxime teniendo en cuenta que el periodo de transición abarcaría varias décadas⁴.

88. Como toda reforma pensional implica un cambio de las condiciones para acceder a la pensión, es importante que ese cambio no resulte traumático o desafortunado para aquellas personas que, si bien no alcanzaron a consolidar su derecho pensional bajo el régimen anterior, sí estaban próximos a adquirir

⁴ En virtud del Acto Legislativo No. 1 de 2005, la aplicabilidad del régimen de transición corrió hasta el 31 de julio de 2010, o, excepcionalmente, hasta el 31 de diciembre de 2014, en el caso que los beneficiarios contaran con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios al momento de la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo.



tal derecho y venían cotizando con la confianza legítima que se pensionarían en las condiciones que los cobijaban.

89. Entonces la razonabilidad de ese cambio legislativo está en poder conciliar la finalidad que motiva la reforma pensional con la confianza y la expectativa de los ciudadanos que están próximos a pensionarse, es decir, garantizar el interés general sin sacrificar del todo el interés particular. Es importante precisar que un cambio en el sistema de pensiones necesariamente implica el establecimiento de requisitos y condiciones, en principio, menos favorables, para adquirir la pensión, por eso se requiere un periodo de transición que permita implementar de manera ponderada y equilibrada el nuevo régimen, concretamente, para aquellas personas que, bajo las condiciones legales anteriores, podrían adquirir su pensión en un corto periodo de tiempo.

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

Ahora bien, para efectos de determinar los factores sobre los cuales se debieron efectuar cotizaciones, cabe anotar que con el Decreto 691 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se incorporaron el sistema general de pensiones a los servidores públicos (i) de la rama ejecutiva del orden nacional, departamental, municipal o distrital, así como de sus entidades descentralizadas; y (ii) del Congreso de la República, de la rama judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la organización electoral y la Contraloría General de la República; en cuyo artículo 6° se estableció el salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema de tales



servidores, modificado por el Decreto 1158 de 1994, que previó los siguientes factores sobre los que se debe efectuar aportes: a) asignación básica mensual, b) gastos de representación; c) prima técnica, cuando sea factor de salario; d) primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor salarial; e) remuneración por trabajo dominical o festivo; f) remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna; y g) bonificación por servicios prestados.

Por otro lado, en lo pertinente a la normativa que rige los requisitos y tasa de la pensión de jubilación a la que alude la presente demanda, la Sala se remite a lo preceptuado en la Ley 33 de 1985, que en relación con el asunto objeto de examen dispone:

Artículo 1°. 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.
[...]

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

Obsérvese que la Ley 33 de 1985, en lo pertinente, prescribe como requisitos para acceder a la pensión mensual vitalicia de jubilación por parte de los empleados oficiales, haber servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegado a la edad de cincuenta y cinco (55) años. Igualmente, determina que la cuantía será del 75% del salario promedio.

3.4 Caso concreto. El material probatorio traído al plenario da cuenta de la situación respecto de los hechos a los cuales se refiere la presente demanda, en tal virtud, se destaca:

a) Certificados de tiempos de servicios y cotizados, que dan cuenta de los períodos laborados por el actor, así:



Empleador o cargo	Desde	Hasta	Folio
Médico (servicio médico obligatorio) en Centro de Salud de Sabanagrande	01/07/1979	30/06/1980	7
Médico especialista en ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga	01/11/1988	25/03/1990 (5 horas diarias)	8
	26/03/1990	13/07/1990 (4 horas diarias)	
Médico cirujano en Hospital Juan Domínguez de Soledad	21/01/1991	30/04/1991	9
Cirujano general y médico especialista en Hospital Universitario de Barranquilla	19/12/1980 30/04/1991	05/03/1984 21/04/2005	11, 33
Médico especialista ESE Hospital San Rafael (licencia no remunerada 05/10/1999 a 04/11/1999)	16/07/1990	30/01/1991 (4 horas diarias)	10, 131
	01/03/1997	23/11/1999 (4 horas diarias)	

b) Conforme a certificación del Hospital Local de Santo Tomás de 1981 (f. 23), al actor durante el año 1979 se le efectuó deducción para pensión con destino a Cajanal.

c) Con certificación del Hospital Universitario de Barranquilla en Liquidación, se informa que el accionante entre 1995 y 2005 devengó sueldo, bonificación, recargos y primas de servicio, navidad y vacaciones (ff. 11 a 13).

d) Mediante Resoluciones 47002 de 14 de septiembre de 2006 y 4185 de 7 de febrero de 2008, por las cuales la extinguida Cajanal le negó al actor su petición de 14 de marzo de 2006 de reconocimiento de la pensión de jubilación de conformidad con la Ley 33 de 1985, al estimar que no alcanzó el tiempo mínimo para lograr la pensión (ff. 14 a 16 y 19 a 21). Asimismo, se indica que el demandante nació el 8 de julio de 1949.

Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, lo primero que ha de advertirse es que el demandante se encontraba amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puesto que para el 1º de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad.



De las pruebas anteriormente enunciadas se desprende que el accionante nació el 8 de julio de 1949 y laboró, como médico, así:

Empleador	Desde	Hasta	años	mes	días
Centro de Salud de Sabanagrande	01/07/1979	30/06/1980	1		
ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga	01/11/1988	13/07/1990	1	8	12
Hospital Juan Domínguez de Soledad	21/01/1991	30/04/1991		3	9
Hospital Universitario de Barranquilla	19/12/1980 30/04/1991	05/03/1984 21/04/2005	3 13	2 11	16 21
ESE Hospital San Rafael (licencia no remunerada 05/10/1999 a 04/11/1999)	21/08/1990 01/03/1997	30/01/1991 23/11/1999	2	5 8	9 22
Total de tiempos			23	3	29
Menos tiempos simultáneos			2	9	1
Total			20	6	28

Por lo anterior, el 14 de marzo de 2006 el demandante solicitó el reconocimiento de su pensión de jubilación de conformidad con la Ley 33 de 1985, negada por la entonces Cajanal, con Resoluciones 47002 de 14 de septiembre de 2006 y 4185 de 7 de febrero de 2008, al estimar que si bien laboró un total de 1020 semanas, no era dable tenerle en cuenta el tiempo servido en los Hospitales de Barranquilla y San Rafael de Fundación y el Servicio Seccional del Magdalena (hoy ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga), por lo que al excluir tales interregnos de trabajo no alcanzaba las 1000 semanas.

Por su parte, el *a quo* excluye el lapso laborado por el accionante en el Centro de Salud de Sabanagrande, por cuanto la entidad certificó que en esa institución no trabajó «*a través de planta de personal*».

Por lo tanto, sea lo primero precisar que el servicio médico obligatorio prestado por el actor entre el 1° de julio de 1979 y el 30 de junio de 1980 en el Centro de Salud de Sabanagrande, encontraba su regulación en la Ley 14 de 1962, «*por la cual se dictan normas relativas al ejercicio de la medicina y cirugía*», que estableció:

Artículo 4° Los estudiantes de medicina y cirugía que terminen sus estudios, requieren como requisito el grado, que la respectiva facultad o escuela tenga incorporado en su plan de estudios a lo menos un año de internado obligatorio. En caso contrario deberán



prestar este servicio en los hospitales o clínicas que señale el Ministerio de Salud.

Para que las Secretarías o Direcciones de Salud Pública de los Departamentos y del Distrito Especial de Bogotá, puedan inscribir a los interesados y dar aviso a los Ministerios de Educación Nacional y de Salud Pública para la refrendación de los diplomas y la expedición de la autorización para el ejercicio de la profesión, los interesados deben haber cumplido con uno de los siguientes requisitos:

- a) Haber servido un (1) año como médico en un puesto o centro de salud de los que indique el Ministerio de Salud pública y aprobada por el Ministerio.
- b) Haber servido un año en una campaña de salubridad organizada por el Ministerio de Salud Pública o por una facultad o escuela o las Secretarías y Direcciones de Salud Pública y aprobada por el Ministerio;
- c) Haber servido dos (2) años adicionales como interno en hospitales no universitarios, departamentales, municipales o privados siempre que estos hospitales estén registrados y aprobados por el Ministerio de Salud;
- d) Haber ejercido su profesión de médico durante un (1) año en poblaciones menores de 10000 habitantes, demostrando que ha residido permanencia en el lugar;
- e) Haber adelantado estudios de especialización o realización entrenamiento básico en ellos, en cualquier rama de la medicina o en la carrera del profesorado dentro de un hospital universitario o en una facultad de medicina por un lapso no menor de dos (2) años.

Parágrafo 1º No estarán obligados a prestar el servicio de que trata el presente artículo los médicos que hubieren recibido el título en una universidad colombiana por lo menos un año antes de la fecha en que empiece a regir esta ley y siempre que demuestre haber sido internos o residentes en un hospital del país o haber sido internos o residentes en un hospital del país o haber desempeñado un cargo en los organismos de salubridad por un término no menor a doce (12) meses.

Parágrafo 2º Quienes a la fecha de la expedición de esta ley estuvieren prestando el año obligatorio de servicio médico previsto en las disposiciones anteriores, continuarán en ejercicio de sus cargos hasta completar el término exigido en tales normas y el desempeño de esos empleos será válido para los efectos del presente artículo.



Parágrafo 3° Los médicos y cirujanos graduados en el exterior que a juicio de la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina, no hayan cumplido requisitos similares a los establecidos en este artículo, en los países en donde obtuvieron sus grados, deberán cumplirlos antes de poder obtener la refrendación de su título que los capacite para ejercer legalmente su profesión en Colombia.

Parágrafo 4° Cuando el interesado se atenga a lo dispuesto en el ordinal d) de este artículo, tendrá derecho a recibir por cuenta del Tesoro Nacional, Ministerio de Salud Pública, un subsidio que cubrirá previa comprobación de haber residido permanentemente en el lugar.

Parágrafo 5° El Gobierno señalará periódicamente el monto del subsidio de que trata el literal d) de este artículo y los sitios que den derecho a tal subsidio [subraya la Sala].

La anterior norma fue modificada por la Ley 52 de 1964, que previó:

Artículo 1°. El servicio Médico Obligatorio a que se refiere la Ley 14 de 1962, tendrá una duración mínima de doce (12) meses, y se prestará con posterioridad al grado correspondiente. El Servicio Médico se cumplirá únicamente a través de una de las siguientes formas:

- a) Como médico de un Centro o Puesto de Salud, dependiente del Ministerio de Salud Pública;
 - b) Como médico de un hospital no universitario reconocido para estos fines;
 - c) Como médico de una zona de demostración rural, dependiente de una Facultad de Medicina;
 - d) Como médico de una campaña directa, organizada o auspiciada por el Ministerio de Salud Pública.
- [...]

Artículo 7°. El Ministerio de Salud Pública dotará con los elementos mínimos indispensables para poder ejercer la Medicina y la Odontología, los Centros, Puestos de Salud y demás instituciones en donde se deben prestar estos servicios obligatorios.

Artículo 8°. Los cargos para el cumplimiento de los servicios Médicos y Odontológicos Obligatorios serán remunerados y no podrán desempeñarse si no se comprueba haber obtenido el título universitario correspondiente [destaca la Sala].



De la anterior normativa se infiere que el servicio médico obligatorio para la época en que el demandante lo prestó era de carácter remunerativo; además, aunque las precitadas disposiciones no se refirieron a los aportes pensionales, lo cierto es que en el expediente obra certificación (f. 23), según la cual al actor durante 1979 se le efectuó deducción para pensión con destino a Cajanal, por ende, se tendrá en cuenta el interregno comprendido del 1° de julio al 31 de diciembre de 1979 (6 meses), puesto que desde el 1° de enero hasta el 30 de junio de 1980 no hay prueba de ello.

Así las cosas, el accionante al ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y al haber trabajado durante 20 años y 28 días⁵ para entidades de salud estatales, le es aplicable la Ley 33 de 1985 y le asiste derecho a la pensión de jubilación a partir del 22 de abril de 2005, fecha del retiro definitivo del servicio, junto con la correspondiente mesada catorce, por cuanto aquel se causó con anterioridad a la entrada en vigor del acto legislativo 1 de 2005 (25 de julio), que la eliminó⁶.

Ahora bien, en lo que atañe al ingreso base de liquidación, tal como se dejó indicado en el acápite anterior, de acuerdo con las reglas de interpretación fijadas tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el legislador excluyó del régimen de transición la expectativa de las personas beneficiarias de este de obtener su pensión con el ingreso base de liquidación que consagraba el régimen anterior al que se encontraban afiliados al entrar en vigor aquella, por lo que se someten al mandato contenido en tal norma o en el artículo 21 *ib*, según corresponda.

Resulta oportuno anotar que si bien los fallos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en los cuales se precisó la aplicación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, en particular, en lo que dice relación con el ingreso base de liquidación pensional, fueron dictados con posterioridad a la providencia de primera instancia, la sala plena de esta Corporación advirtió

⁵ Sin incluir el interregno comprendido entre el 1° de enero y el 30 de junio de 1980, por no haber prueba de su cotización, pese al carácter remunerativo del servicio prestado.

⁶ «[...] Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento.

[...]

Parágrafo transitorio 6°. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8° del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año [...]» (se destaca).



que «[...] *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*».

Así las cosas, el demandante tiene derecho a que su pensión sea calculada sobre el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años de servicios (21 de abril de 1995 a 21 de abril de 2005), conforme lo establece el artículo 21 de la Ley 100 de 1993⁷. De acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales relacionados con la materia, en el IBL pensional se deberán incluir los factores sobre los cuales se hayan efectuado los correspondientes aportes, además de los previstos en los Decretos 691 y 1158 de 1994 como ingreso base de cotización (IBC).

Por último, resulta oportuno precisar que por ser el derecho pensional de carácter imprescriptible, este se causa día a día y se puede solicitar en cualquier época por el interesado. *Contrario sensu*, para el caso de las diferencias entre las mesadas pensionales canceladas y lo que debió sufragarse, el legislador ha establecido el fenómeno de la prescripción, de manera que se pagan solamente las causadas hasta tres (3) años antes de la fecha en que se haya formulado la correspondiente reclamación ante la entidad de previsión, conforme al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968⁸; en consecuencia, pese a que no trascurrieron tres (3) años entre la adquisición del estatus pensional (2005) y la petición de 14 de marzo de 2006 que dio origen a los actos administrativos demandados, sí desde el último de estos (Resolución 4185 de 7 de febrero de 2008) hasta la presentación de la demanda (12 de junio de 2013, f. 5), motivo por el cual ha operado la prescripción trienal de las mesadas anteriores al 12 de junio de 2010.

Con base en los razonamientos que se dejan consignados, en armonía con los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se revocará la sentencia de primera instancia, que negó las

⁷ Pues desde la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 hasta la fecha del retiro supera el lapso de 10 años previsto en su artículo 36.

⁸ «Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual».



pretensiones de la demanda, y en su lugar: (i) se declarará la nulidad de los actos administrativos acusados y (ii) se ordenará a la demandada reconocer al actor la pensión de jubilación de conformidad con las Leyes 33 y 62 de 1985, a partir del 22 de abril de 2005, pero con efectos fiscales desde el 12 de junio de 2010, con el 75% del promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años de servicios (21 de abril de 1995 a 21 de abril de 2005), conforme lo establece el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. En el IBL pensional se deberán incluir los factores sobre los cuales se hayan efectuado los correspondientes aportes, además de los previstos en los Decretos 691 y 1158 de 1994 como ingreso base de cotización (IBC).

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada se actualizarán de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = Rh \cdot \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Se aclara que por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, conforme el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

En relación con la condena en costas y las agencias en derecho que corresponde a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, esta Corporación, en sentencia de 1.º de diciembre de 2016⁹, se pronunció así:

En ese orden, la referida norma especial que regula la condena en costas en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo dispone:

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.

La lectura interpretativa que la Sala otorga a la citada regulación

⁹ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, expediente 70001-23-33-000-2013-00065-01 (1908-2014), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter, actor: Ramiro Antonio Barreto Rojas, demandada: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y departamento del Tolima.



especial gira en torno al significado del vocablo disponer, cuya segunda acepción es entendida por la Real Academia Española como «2. tr. Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse».

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación *per se* contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución (artículo 366 del CGP).

En tal virtud, a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma.

Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento, cuando por ejemplo sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; se aduzcan calidades inexistentes; se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP).

Así las cosas, frente al resultado adverso a los intereses del demandante, se tiene que ejerció de forma legítima el reclamo por la vía judicial del derecho que le asistía de acceder a la pensión gracia, pues con base en el ordenamiento que la rige y los lineamientos jurisprudenciales en la materia, así lo consideró.

Por consiguiente, esta Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, puesto que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que los resultados del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, por lo que, al no predicarse tal proceder de la parte demandada, no se



impondrá condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Revócase la sentencia de veintiséis (26) de septiembre de dos mil catorce (2014) proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que negó las súplicas de la demanda en el proceso instaurado por el señor José de Jesús Mercado Herrera contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), conforme a lo consignado en la parte motiva; en su lugar:

1.1 Declárase la nulidad de las Resoluciones 47002 de 14 de septiembre de 2006 y 4185 de 7 de febrero de 2008, por las cuales la entonces Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) le negó el reconocimiento de la pensión de jubilación al actor, de conformidad con la motivación.

1.2 Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, ordénase a la UGPP reconocer y pagar la pensión de jubilación al señor José de Jesús Mercado Herrera de conformidad con las Leyes 33 y 62 de 1985, a partir del 22 de abril de 2005 (con la correspondiente mesada 14), pero con efectos fiscales desde el 12 de junio de 2010, con el 75% del promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años de servicios (21 de abril de 1995 a 21 de abril de 2005), conforme lo establece el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. En el IBL pensional se deberán incluir los factores sobre los cuales se hayan efectuado los correspondientes aportes, además de los previstos en los Decretos 691 y 1158 de 1994 como ingreso base de cotización (IBC), como quedó indicado con la parte motiva.

1.3 La UGPP hará la actualización sobre las sumas adeudadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 (inciso final) del CPACA, teniendo en cuenta los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula matemática adoptada por el Consejo de Estado, a saber:

$$R = Rh. \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$



Expediente: 08001-23-33-000-2013-00621-01 (0127-2015)
Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho
José de Jesús Mercado Herrera contra la UGPP

1.4 La UGPP deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 192 del CPACA.

1.5 Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

2. Sin condena en costas a la parte demandada en ambas instancias.

3. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de la fecha.

CARMELO PERDOMO CUÉTER

Impedida
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

legis

