

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

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., ocho (8) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente : 15001-23-33-000-2013-00586-01 (3441-2014)
Demandante : **Nohora Cecilia Velandia Roncancio**
Demandado : Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)
Tema : Reliquidación de pensión de jubilación de docente no afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a las Leyes 33 y 62 de 1985; factores salariales que deben tenerse en cuenta en el ingreso base de liquidación pensional

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (ff. 136 a 144 c. ppal.) contra la sentencia de 1º de abril de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá (sala de decisión 1), mediante la cual accedió a las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe (ff. 122 a 127 c. ppal.).

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control (ff. 2 a 14 c. ppal.). La señora Nohora Cecilia Velandia Roncancio, mediante apoderada, 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 parcial de las Resoluciones PAP 52727 de 12 de mayo de 2011, «[...] *por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación a favor de la [...]*» actora, y RDP 9700 de 19 de septiembre de 2012, a través de la cual la UGPP reliquidó la aludida prestación.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la accionada (i) corregir «[...] *la fecha de adquisición del estatus de pensionada [...]* en el sentido que lo fue el día 2 de noviembre de 2008 y no el



1° de mayo de 2009»; (ii) pagar «[...] las mesadas pensionales causadas desde el 2 de noviembre de 2008 (fecha de consolidación del status) hasta el mes de enero de 2012 (en tanto a partir de febrero de 2012 percibe la mesada), debidamente indexadas»; y (iii) reliquidar «[...] la pensión [...] [con] el 75% del promedio de la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios [...]», a partir del «[...] 2 de noviembre de 2008, fecha de adquisición del status [...] sin que se condicione su disfrute al retiro definitivo del servicio». Por último, condenar en costas a la demandada.

1.3 Fundamentos fácticos. Relata la accionante que «[...] nació el 2 de noviembre de 1953 y laboró al servicio de la educación entre el 15 de marzo de 1975 y el 31 de diciembre de 2011, fecha de su retiro».

Que «De conformidad con el art. 1° de la Ley 33 de 1985 [...] adquirió el derecho a la pensión, al cumplimiento de 20 años de servicios y 55 años de edad, requisitos que se consolidaron el día 2 de noviembre de 2008».

Dice que «Mediante resolución No. **PAP 052727** del 12 de mayo de 2011 CAJANAL - Buen Futuro- [le] reconoció [la] pensión de jubilación [...]».

Que la aludida resolución «Señaló como fecha de adquisición del estatus el día 1° de mayo de 2009», «Condicionó el pago de la prestación a demostrar el retiro definitivo del servicio», «Liquidó la pensión sobre el salario promedio de los 10 últimos años de servicio en aplicación de la Ley 100 de 1993», para lo cual «[...] tuvo en cuenta únicamente la asignación básica mensual».

Afirma que «Con posterioridad y mediando petición [...] la UGPP en Resolución RDP 009700 de 19 de septiembre de 2012, reliquidó la pensión con el promedio de lo devengado en los últimos diez años de servicio contabilizándolos, ésta [sic] vez, entre 2002 y 2012».

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por los actos demandados los artículos 13, 29, 48, 53 y 128 de la Constitución Política, 5° del Decreto 224 de 1972, 3° y 70 del Decreto 2277 de 1979, 19 (letra g) de la Ley 4ª de 1992, 6 de la Ley 100 de 1993 y 6° (inciso 3°) de la Ley 60 de 1993 y las Leyes 33 y 62 de 1985.

Arguye que «[...] la fecha de reconocimiento de la pensión no puede ser el 1° de mayo de 2009 porque [...] cumplió los requisitos de edad y tiempo de servicio el día 2 de noviembre de 2008, momento para el cual acumuló 20



años de servicio y 55 años de edad».

Que «No podía la administración, liquidar [la pensión] [...] con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años aplicando normas de la [L]ey 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, pues, ya que es beneficiaria del régimen de transición, dicha condición impone la aplicación íntegra del régimen pensional anterior, lo que también se extiende a la liquidación económica del derecho, que con arreglo a lo previsto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, lo es con el promedio de lo devengado en el último año de servicio [...]».

1.5 Contestación de la demanda (ff. 37 a 40 c. ppal.). La entidad accionada, a través de apoderada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y se refirió a cada uno de los hechos de la demanda, en el sentido de que algunos son ciertos y otros no. Asevera que «[...] La Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social - UGPP se encuentra dando cumplimiento a las normas legales vigentes dada cuenta que, es la misma Constitución Política la que preceptúa la incompatibilidad de la pensión de jubilación con la asignación de salario, haciéndose más estricto este principio que ya desde antes se aplicaba [...]» (sic).

Que «[...] el peticionario no puede devengar pensión de jubilación al mismo tiempo que la asignación de salario dado que la [L]ey 4 del 92 estableció como excepción a la regla los docentes que SE ENCONTRARAN PENSIONADOS Y LA ASIGNACIÓN DE PENSIÓN AL DEMANDANTE SE REALIZARON CON POSTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA MENCIONADA LEY».

1.6 La providencia apelada (ff. 122 a 127 c. ppal.). El Tribunal Administrativo de Boyacá (sala de decisión 1), en sentencia de 1º de abril de 2014, accedió a las súplicas de la demanda (con condena en costas), al considerar que a la actora le asiste el derecho a que su pensión de jubilación le sea reajustada con fundamento en las Leyes 33 y 62 de 1985, habida cuenta que se encuentra amparada por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Sostiene que la demandante «[...] tiene derecho a que la UGPP haga efectiva la pensión desde la fecha de adquisición del status de pensionada, 2 de noviembre de 2008, sin necesidad de que hubiera demostrado el retiro definitivo del servicio de la docencia oficial, ya que así lo permite el artículo



5 del Decreto 224 de 1972, y el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, y teniendo en cuenta que su vinculación, 15 de marzo de 1975, es anterior a la entrada en vigencia del Decreto 1278 de 2002, que sí restringió dicha compatibilidad».

Que «En cuanto a la fecha de consolidación del status de pensionada, se advierte que si bien en la parte resolutive de la Resolución 052727 del 12 de mayo de 2011 se señaló que la pensión sería efectiva a partir del 1 de mayo de 2009, condicionada al retiro efectivo del servicio, con la Resolución RDP 009700 del 19 de septiembre de 2012 se corrigió dicha irregularidad, en cuanto señaló en su parte motiva que el status fue adquirido el 2 de noviembre de 2008. Sin embargo, como quiera que se ordenará el reconocimiento y pago de la pensión desde la fecha de adquisición del status, se aclarará que dicha fecha corresponde al 2 de noviembre de 2008».

1.7 El recurso de apelación (ff. 136 a 144 c. ppal.). Inconforme con la anterior sentencia, la entidad demandada, a través de apoderado, interpuso recurso de apelación, al estimar que *«En principio, el [sic] causante se regía por las [L]eyes 33 y 62 de 1985, toda vez que según el tiempo de vinculación estas eran las leyes aplicables para el régimen prestacional antes de la [L]ey 100 de 1993. Sin embargo, con la entrada en vigencia de esta última, se creó el régimen de transición que respetaba tres condiciones para alcanzar el derecho a la pensión; estos eran la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión a reconocer».*

Que «[...] la ley es muy clara al establecer que las demás condiciones se rigen por lo estipulado en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones; es decir que los factores sobre los cuales ha de liquidarse la pensión corresponden a los mencionados por la [L]ey 100 de 1993 y demás normas concordantes y no en las leyes anteriores».

II. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación fue concedido mediante proveído de 23 de julio de 2014 (ff. 157 y 158 c. ppal.) y admitido por esta Corporación a través de auto de 19 de febrero de 2015 (f. 179 c. ppal.), 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. Admitida la alzada, 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. 187 a 189 c. ppal.), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por la entidad demandada y el Ministerio Público.

2.1.1 Entidad demandada (f. 196 c. ppal.). La UGPP, por intermedio de abogado, aduce que de acuerdo con la sentencia SU-230 de 2015 «[...] *debe continuar liquidando las pensiones [...] de conformidad con el inciso 3° del artículo 36 de la [L]ey 100 de 1993, que establece el modo para calcular el ingreso base de liquidación para aquellos beneficiarios del tránsito normativo, es decir con el promedio de lo cotizado en el tiempo que le hiciere falta o en los últimos 10 años de servicio y los factores contenidos en el Decreto 1158 de 1994 [...]*».

2.1.2 Ministerio Público (ff. 198 a 206 vuelto c. ppal.). La señora procuradora tercera delegada ante el Consejo de Estado, quien funge como representante del Ministerio Público, es del criterio que se debe confirmar la sentencia que accedió a las súplicas de la demanda, toda vez que la «[...] *accionante cumplía con todos los requisitos necesarios para acceder o mejor ser cobijado [sic] por el régimen de transición, razón por la cual, como base para la liquidación de la pensión debió haberse tomado el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios y tener en cuenta los factores salariales tales como 1/1 prima de vacaciones, 1/11 prima de navidad, prima de alimentación y prima de grado tal y como lo decidió el Tribunal*».

En lo que concierne a la compatibilidad entre el salario y la pensión de jubilación, trajo a colación jurisprudencia del Consejo de Estado en la que se advierte que «*Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público [...]*».

2.2 Impedimento. Corrido el traslado para alegar de conclusión, la consejera de Estado Sandra Lisset Ibarra Vélez manifestó su impedimento para conocer del presente proceso (ff. 210 y 211 c. ppal.), en atención a que le asiste un interés directo en la controversia, aceptado el 12 de octubre de 2016 por los demás integrantes de la subsección (ff. 212 a 215 c. ppal.), 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, esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

3.2 Problema jurídico. De acuerdo con el recurso de apelación¹, corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si a la demandante le asiste derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, por no habersele tenido en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, de conformidad con el régimen ordinario previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985, o al contrario, carece de razón, pues para efectos de la liquidación pensional le es aplicable el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y su Decreto reglamentario 1158 de 1994, como lo alega la demandada.

3.3 Marco normativo y jurisprudencial. 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 con la finalidad, entre otras, de acabar la diversidad de regímenes pensionales existentes; no obstante, con el objetivo de evitar menoscabar derechos de personas que se encontraban próximas a ser pensionadas o tuviesen cierto tiempo de servicios, se previó el régimen de transición y se fijaron excepciones al sistema integral de seguridad social como en su artículo 279, que establece:

Excepciones: El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de (...). Así mismo **se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989**, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...] (resalta y subraya la Sala).

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 relacionados con ella»*.



En lo que atañe al régimen de transición, en el artículo 36 de la referida Ley 100 de 1993 se dispuso que las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social integral (1.º 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 concierne al ingreso base de liquidación (IBL) pensional de tales personas, el inciso tercero de tal artículo 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:

[...] 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... [...]

² Corte Constitucional, sentencia C-258 de 2013.

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 hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE" (negrilla fuera del texto).



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 hiciere falta”* para reunir los requisitos para causar el derecho a la pensión, o (b) el promedio de lo *“cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”*. (ii) En los demás casos, es decir, en la hipótesis de las personas a quienes el 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 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.

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.



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

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

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.º 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 1o. 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.
[...].

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) Cédula de ciudadanía de la accionante, en la que se observa que nació el 2 de noviembre de 1953 (CD, f. 83 c. ppal.).

b) Certificación de tiempo de servicios de 11 de septiembre de 2008, expedido por la secretaría de educación de Boyacá, según el cual la demandante prestó sus servicios como docente para dicho departamento desde el 11 de marzo de 1975 hasta el 11 de febrero de 1979 (CD, f. 83 c. ppal.).



c) Certificado de 8 de julio de 2013 del Colegio de Boyacá, que da cuenta de que la actora prestó sus servicios para esa institución educativa desde el 5 de febrero de 1979 hasta el 31 de diciembre de 2011 (f. 13 c. pruebas).

d) Resolución PAP 52727 de 12 de mayo de 2011, por medio de la cual la extinguida Caja Nacional de Previsión Social le reconoció a la accionante pensión de jubilación con base en el 75% del «[...] *promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 10 años* [...]», conforme a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de mayo de 2009 y condicionada al retiro definitivo del servicio, con inclusión de la asignación básica.

e) Resolución RDP 9700 de 19 de septiembre de 2012, a través de la cual la UGPP reliquidó la pensión de jubilación de la demandante por haber demostrado el retiro definitivo del servicio con base en el 78.41% «[...] *sobre [...] el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado o aportado [...] entre el 1 de febrero de 2002 y el 30 de enero de 2012*», a partir del 1º de febrero de 2012, conforme a los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993. Asimismo, se precisó que la actora alcanzó el estatus pensional el 2 de noviembre de 2008, fecha en que cumplió los 55 años de edad (ff. 8 a 11).

Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, lo primero que ha de advertirse es que si bien es cierto que la accionante siempre prestó sus servicios al Estado en condición de docente, también lo es que en ningún momento estuvo vinculada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que no es beneficiaria de la excepción contenida en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que prevé que a los afiliados a dicho Fondo, creado por la Ley 91 de 1989, no se les aplica esa normativa; por lo tanto, resulta pertinente verificar si se encuentra amparada por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁵.

De las pruebas anteriormente enunciadas se desprende que la actora para el 30 de junio de 1995 (fecha de entrada en vigor de la Ley 100 para los servidores del nivel territorial)⁶ tenía más de 35 años de edad, cumplió 55 el 2 de noviembre de 2008 y laboró como docente en el departamento de Boyacá

⁵ En similar sentido, esta subsección ha fallado casos semejantes: sentencias de 21 de octubre de 2010 (expediente 15001-23-31-000-2004-02586-01 [0247- 2010]) y 7 de abril de 2011 (expediente 15001-23-31-000-2006-02942-01 [1739-10]), consejero ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila.

⁶ Según el artículo 151 (parágrafo) de la Ley 100 de 1993, «*El Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1.995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental*».



desde el 11 de marzo de 1975 hasta el 31 de diciembre de 2011, es decir, que completó como tiempo de servicios más de 20 años, por lo que la entonces Cajanal le reconoció, en principio, pensión vitalicia de jubilación, mediante Resolución PAP 52727 de 12 de mayo de 2011, de conformidad con los requisitos de edad y tiempo, así como la tasa pensional (75%), contenidos en la Ley 33 de 1985, y calculada sobre el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años de servicio, tal como lo prevé el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el 21 *ibidem*, con inclusión de la asignación básica, a partir del 1° de mayo de 2009, condicionada a demostrar retiro definitivo del servicio.

No obstante, se advierte que la accionante solicitó de la UGPP la reliquidación de su pensión, por haberse retirado de manera definitiva del servicio, ante lo cual esa entidad, con Resolución RDP 9700 de 19 de septiembre de 2012, reajustó tal prestación con el 78.41% del «[...] *promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado o aportado [...] entre [el] 1 de febrero de 2002 y el 30 de enero de 2012*», al estimar que le eran aplicables las previsiones contenidas en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993⁷.

Esta Sala considera pertinente precisar que, en atención a las reglas de interpretación fijadas tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, plasmadas en las sentencias citadas en el acápite precedente, en el sentido de que 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, el fallo de primera instancia no se ajusta a tal derrotero jurisprudencial hoy vigente.

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 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*

⁷ Sin hacer alusión al principio de favorabilidad.



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, si bien es cierto que la pensión de jubilación de la accionante debió ser reconocida con el 75% del promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años de servicios, también lo es que la UGPP la liquidó con una tasa de reemplazo del 78.41%, situación que no puede ser cambiada contra la actora, habida cuenta que es ella, en su calidad de beneficiaria de la prestación, quien acude ante esta jurisdicción.

En consecuencia, los anteriores prolegómenos nos conducen a la conclusión que pese a que a la accionante le fue calculada su pensión de jubilación con base en lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, esta es más beneficiosa para ella, habida cuenta que se liquidó con una tasa pensional del 78.41%, la cual es mayor a la que ordena la Ley 33 de 1985 (75%), toda vez que el IBL que debe tenerse en cuenta en ambos casos resulta ser el mismo, es decir, el establecido en el artículo 21 de la aludida Ley 100 de 1993, de acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales relacionados con la materia.

Por otra parte, en lo atañedor a la efectividad fiscal de la pensión de jubilación de la actora, cabe aclarar que (i) el artículo 5° del Decreto 224 de 1972⁸ dispuso que *«El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente [...]»*; (ii) el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 reprodujo la prohibición constitucional⁹ de que *«Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado»*, pero estableció, entre los casos exceptuados de esta regla, las asignaciones *«[...] que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados»* (letra g); y (iii) el artículo 6° de la Ley 60 de 1993¹⁰ también preceptuó que *«El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas*

⁸ «Por el cual se dictan normas relacionadas con el ramo docente».

⁹ Artículo 128 de la Constitución Política: *«Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.*

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas».

¹⁰ «Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones».



departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones [...]], pero esta norma fue derogada por la Ley 715 de 2001.

Ahora bien, respecto de la excepción a la que alude la letra g del artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, esta Corporación, en sentencia de 6 de marzo de 2003, expediente 05001-23-31-000-1995-01799-01, consejero ponente Alejandro Ordóñez Maldonado, sostuvo:

Al establecer la excepción, no se estaba señalando a los docentes que ya estaban pensionados, sino a las disposiciones que en esa fecha beneficiaban a los docentes pensionados, pues se trataba de establecer excepciones a la prohibición, no de aclarar situaciones ya definidas como eran los docentes pensionados.

Es la lectura que debe darse a la disposición, pues no resultaría comprensible que el legislador, en vez de establecer excepciones, como lo anuncia, derogue las existentes.

El sentido de la ley, al establecer las excepciones a la prohibición de percibir simultáneamente más de una asignación del tesoro público, al expresar que a la fecha de entrar en vigencia dicha ley beneficiaran a los servidores oficiales docentes pensionados, contempló la posibilidad de que tales servidores se siguieran beneficiando de la normatividad que les permitía percibir simultáneamente pensión y sueldo o pensión ordinaria de jubilación y pensión gracia, siempre y cuando cumplieran todas las exigencias legales.

La anterior apreciación la corrobora el mismo legislador, que en los años siguientes a la expedición de la Ley 4ª de 1992, reiteró la compatibilidad en examen, como lo establecen, los artículos 6º de la Ley 60 de 1993, 279 de la Ley 100 del mismo año y 115 de la Ley 115 de 1994.

En esas condiciones, entendiendo que la Ley 4ª de 1992, art. 19, literal g) al establecer las excepciones en examen, contempló las disposiciones que al entrar en vigencia dicha ley, beneficiaban a los docentes pensionados, una de ellas, es el artículo 5º del Decreto 224 de 1972 que dispone:

‘El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará el retiro forzoso al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad’.

Las razones antes expuestas permiten a la Sala concluir que los docentes oficiales siguen gozando de la prerrogativa de acceder a la pensión y



seguir percibiendo sueldo, por permitirlo así expresamente la normatividad antes citada

El anterior derrotero jurisprudencial fue acogido por la sala de consulta y servicio civil de esta Corporación en concepto de 23 de noviembre de 2000 y reiterado en fallo de 22 de noviembre de 2012, expediente 15001-23-31-000-2004-02695-01 (0133-10), C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.

En este orden de ideas, se colige que si bien la letra g del artículo 19 de la mentada Ley 4ª se refiere a las asignaciones que a la fecha de su entrada en vigor beneficiarían a los docentes oficiales pensionados, no quiere decir que se excluya de tal prerrogativa a aquellos maestros que se jubilen con posterioridad, razón por la cual no es dable condicionar el pago de la pensión de jubilación de la accionante a la fecha de retiro del servicio, tal como lo estimó el *a quo*.

Por lo tanto, 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 confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia, que accedió a las súplicas de la demanda; se modificará en el sentido de que la pensión de jubilación de la accionante debe pagarse a partir de la fecha en que adquirió el estatus pensional (2 de noviembre de 2008) con el 78.41% del promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años anteriores a tal estatus y, en tal sentido, debe reliquidarse tal prestación; y se revocará su ordinal sexto, en cuanto dispuso los descuentos por nuevos emolumentos sobre los cuales no se aportó, para en su lugar negar las pretensiones concernientes al reajuste pensional con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior al estatus pensional.

Por otra parte, se tiene que en el escrito de apelación la demandada solicita que se revoque en su integridad el fallo recurrido, que incluye la condena en costas impuesta y las agencias en derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso; al respecto la Sala estima que el *a quo* aplicó de manera restrictiva lo dispuesto en el artículo 392 del CPC, hoy 365¹¹ del CGP, por remisión expresa del artículo 188¹² del CPACA, a la

¹¹ «En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.



parte vencida, pues no estudió aspectos como la temeridad o mala fe en la que esta pudo incurrir, sino que adoptó esa decisión con el único fundamento de que la norma en mención preceptuaba de manera inexorable la imposición de tal condena.

En este sentido, se pronunció esta Corporación en sentencia de 1.º de diciembre de 2016¹³ 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 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

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

[...].».

¹² «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».

¹³ 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: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).



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 lo tanto, 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 las resultas 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, actuación que, se reitera, no desplegó el *a quo*, por lo que, al no predicarse tal proceder de la parte demandada, se revocará la condena en costas impuesta.

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.º Confírmase parcialmente la sentencia de primero (1º) de abril de dos mil catorce (2014) proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá (sala de decisión 1), que accedió a las súplicas de la demanda en el proceso instaurado por la señora Nohora Velandia Roncancio contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), conforme a la parte motiva.

2.º Modifícanse los ordinales segundo y tercero de la parte decisoria de la sentencia de primera instancia, en el sentido de que, a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) reliquidar y pagar la pensión de jubilación a la señora Nohora Cecilia Velandia Roncancio a partir de la fecha de adquisición del estatus pensional (2 de noviembre de 2008), con base en el 78.41% del promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años anteriores a tal estatus, de acuerdo con lo indicado



en la motivación de esta providencia.

3.º Revócase el ordinal sexto de la parte dispositiva del fallo apelado, en cuanto ordenó los descuentos por nuevos emolumentos sobre los cuales no se aportó; en su lugar, niéganse las pretensiones concernientes al reajuste pensional con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus pensional, de conformidad con la parte motiva.

4.º Revócase la condena en costas impuesta a la parte accionada, que incluye las agencias en derecho, de acuerdo con lo indicado en la motivación.

5.º 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.

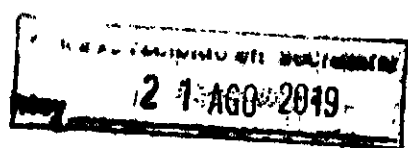


CARMELO PERDOMO CUETER

Impedida
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ



CÉSAR PALOMINO CORTÉS



legis