



RADICADO: 25000 23 25 000 2008 00020 01
ACCIONANTE: UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"**

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., Doce (12) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

RADICADO: 25000 23 25 000 2008 00020 01 (1120-16)
ACCIONANTE: UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
DEMANDADO: VÍCTOR ALEJANDRO POVEDA BELLO

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Sentencia de Segunda Instancia. Decreto 01 de 1984

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada, contra la sentencia de **9 de noviembre de 2015**, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F en Descongestión, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la Universidad Distrital Francisco José de Caldas contra el señor Víctor Alejandro Poveda Bello.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Mediante apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., la Universidad Francisco José de Caldas solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de las Resoluciones N° 76 del 25 de febrero de 1999, proferida por el Director de Recursos Humanos del Centro Universitario, a través del cual reconoció y ordenó pagar una pensión de jubilación a la señora María Doris Ortiz de Poveda; y 138 de 4 de julio de 2003, por medio de la cual, sustituyó la pensión de jubilación al señor Víctor Alejandro Poveda Bello, en su calidad de cónyuge superviviente, y al entonces menor Andrés Felipe Ojeda Ortiz, en calidad de hijo de la causante, en proporción de 50 % para cada uno.



A título de restablecimiento del derecho, la demandante solicitó condenar al accionado a reintegrar la suma de \$148.998.406, por concepto de mesadas pensionales pagadas desde el 31 de diciembre de 1998, hasta la fecha en que se suspenda el acto administrativo, o en su defecto, hasta cuando quede ejecutoriada la providencia que decrete la nulidad del acto demandado, con la respectiva corrección monetaria.

2. Fundamentos fácticos

La señora María Doris Ortiz de Poveda nació el 10 de mayo de 1946 e ingresó a la Universidad Distrital Francisco José de Caldas el 7 de febrero de 1983, en el cargo de profesora de tiempo completo, categoría titular y coordinadora del proyecto curricular de física.

Mediante Resolución N° 76 de 25 de febrero de 1999, se le reconoció una pensión de jubilación a partir del 31 de diciembre de 1998, en un monto del 85 % del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicios.

Según la entidad demandante, para la época en que la Universidad Distrital profirió el acto acusado, la norma que resultaba procedente y aplicable al caso concreto era la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1° establece el derecho a la pensión de jubilación para aquellos servidores públicos que acreditaran 20 años de servicio y 55 años de edad, en cuantía del 75 % del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.

Lo anterior, en el entendido que la señora María Doris Ortiz de Poveda, para el 30 de junio de 1995, fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, contaba con 49 años de edad, por lo que era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36.



Refiere la demanda que, en franco desconocimiento de la norma invocada, se reconoció a favor de la señora María Doris Ortiz de Poveda la pensión de jubilación en una proporción equivalente al 85 % de diversos factores salariales extralegales, sin cumplir con el requisito establecido de 55 años de edad para acceder a la prestación, toda vez que para la época de reconocimiento, contaba con 52 años de edad, de modo que la resolución se expidió sin observancia del monto máximo del 75 % y la edad prevista y autorizada en la Ley 33 de 1985.

Posteriormente, mediante Resolución 138 de 4 de julio de 2003, se les sustituyó la pensión de jubilación al señor Víctor Alejandro Poveda (como cónyuge supérstite) y al menor Andrés Felipe Ojeda Ortiz (en calidad de hijo menor de la causante), en proporción de 50 % para cada uno.

3. Normas violadas y concepto de violación

La entidad demandante consideró que con la expedición de los actos acusados se transgredió el ordenamiento constitucional, específicamente el artículo y 150 numeral 19 literal e) y legal, en los artículos 1º de la Ley 33 de 1985; 36 y 146 de la Ley 100 de 1993 y 1º del Decreto 1158 de 1994.

Argumentó que el acto acusado de nulidad viola directamente la ley (artículo 1 de la Ley 33 de 1985), por la causal de error de derecho, al reconocer una pensión de jubilación a un empleado público sin el cumplimiento del requisito de edad (55 años) y excediendo el monto del 75 % del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios; y con la inclusión de factores extralegales no contenidos en la norma (artículo 1 del Decreto 1158 de 1994) como las primas semestral, de vacaciones, de navidad, quinquenio, vacaciones y sobresueeldo por dirección académica que fueron creadas en el artículo 1 del Acuerdo 24 de 1989.



4. Contestación de la demanda

El curador *ad litem* designado para representar al señor Víctor Alejandro Poveda, manifestó no oponerse a las pretensiones de la demanda, por considerar que le corresponde a la parte demandante probar los hechos que alega.

5. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F en Descongestión mediante sentencia de 9 de noviembre de 2015, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda (f. 262).

Al efecto, consideró el A quo que aunque los actos administrativos de carácter pensional y prestacional emitidos con fundamento en convenciones colectivas carecen de sustento, el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, que entró en vigencia el 30 de junio de 1995 para las entidades territoriales, convalidó aquellos que pudieran considerarse como derechos adquiridos, plazo que se prorrogó hasta el 30 de junio de 1997.

Por tanto, en razón a que la causante obtuvo su reconocimiento pensional el 25 de febrero de 1999, cuando acreditó 16 años de servicios y 53 años de edad, es decir, con posterioridad al 30 de junio de 1995, no se encuentra amparada por la convalidación mencionada.

No obstante, estableció que, por ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la norma aplicable para el reconocimiento pensional es la Ley 33 de 1985, que exige el cumplimiento de 55 años de edad y 20 años de servicios, cuya cuantía es de 75 % del salario devengado en el último año de servicios.



De esta manera, luego de referirse a las pautas jurisprudenciales contenidas en la sentencia de 4 de agosto de 2010 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, declaró la nulidad parcial del acto demandado y ordenó, en consecuencia, el ajuste de la pensión de jubilación con observancia de lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, en cuantía del 75 % de la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios.

Frente a la devolución de las sumas pagadas, concluyó que por tratarse de prestaciones periódicas recibidas de buena fe, era imposible ordenar su reembolso a las arcas de la Universidad.

6. Los recursos de apelación

6.1. El apoderado de la entidad demandante (f. 302), manifestó su inconformidad con la sentencia de primera instancia, en cuanto ordenó incluir dentro de la liquidación pensional factores extralegales como el quinquenio y las primas semestral, de vacaciones y de navidad, que no se encuentran contemplados en el Decreto 1158 de 1994.

Por lo anterior, pidió modificar la decisión de primera instancia a fin de excluir de la liquidación pensional los factores extralegales.

6.2. El apoderado del demandado (f. 290), apeló la sentencia de primera instancia, con fundamento en las siguientes razones:

Sin referirse de manera concreta a los argumentos jurídicos contenidos en la sentencia recurrida, sostuvo que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca desconoció los derechos legalmente adquiridos por la señora María Doris Ortiz de Poveda.

En ese sentido, precisó que el cuerpo normativo conformado por las disposiciones contenidas en las convenciones colectivas y los acuerdos expedidos por el Consejo Superior Universitario, entre ellos, el Acuerdo 024



de 1989, conformaron el régimen prestacional y salarial docente de la universidad, vigente al 31 de diciembre de 1993, al cual el Gobierno Nacional le dio plena vigencia legal, y conforme al que numerosos docentes de esa y otras universidades adquirieron derechos pensionales protegidos por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en la sentencia C-410 de 1997.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, la competencia del juez de segunda instancia está circunscrita a los argumentos expuestos por el apelante. No obstante, en caso de que ambas partes hayan apelado la sentencia, el superior resolverá sin limitaciones.

Por tanto, como quiera que en el presente asunto apelaron tanto la entidad demandante como el demandado, la Sala podrá conocer de todos los extremos de la controversia sin que con ello se afecte el principio de la *non reformatio in pejus*.

2. Problema jurídico

De conformidad con los argumentos de inconformidad planteados en los recursos de apelación formulados por las partes, corresponde a la Sala determinar si la pensión extralegal reconocida a la señora María Doris Ortiz de Poveda (q.e.p.d.) en su calidad de docente de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, y posteriormente sustituida a sus beneficiarios, fue convalidada conforme al artículo 146 de la Ley 100 de 1993, o si, como lo afirma el ente demandante, es ilegal.

De igual forma, deberá establecerse si la mencionada prestación debe liquidarse con la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios.



Para resolver los problemas jurídicos planteados, se desarrollará el siguiente orden metodológico: (i) marco jurídico aplicable en materia pensional a los empleados territoriales; (ii) régimen pensional de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas; (iii) convalidación de pensiones extralegales. Artículo 146 de la Ley 100 de 1993; (iv) evolución de la jurisprudencia sobre el ingreso base de liquidación para los beneficiarios de la Ley 33 de 1985 sujetos al régimen de transición - Nuevo criterio unificador y (v) Análisis del caso concreto.

3. Marco normativo y jurisprudencial.

3.1. Régimen jurídico aplicable en materia pensional a los empleados territoriales

El régimen jubilatorio aplicable a los empleados territoriales antes de la entrada en vigencia de la Constitución actual, se define bajo las siguientes normas, dependiendo de la fecha de consolidación del estatus pensional:

En principio, la norma aplicable para los empleados de los niveles departamental y municipal era la Ley 6ª de 1945, ordenamiento que establecía como requisito para tener derecho a la pensión, sin distinción de sexo, llegar a la edad de 50 años y haber laborado 20 años de servicio continuos o discontinuos para el Estado.

Posteriormente, el requisito de edad para dichos empleados fue modificado, primero por la Ley 33 de 1985 que lo fijó en 55 años sin importar el sexo, y luego por la Ley 71 de 1988 que señaló, en tratándose de pensiones por aportes, en 55 años para mujeres y 60 años para hombres.

El parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, exceptuó de la aplicación del régimen allí contenido a los empleados oficiales (del orden nacional y territorial) que a la fecha de su promulgación -febrero 13 de 1985- hubieren cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, para los cuales se



continuarían aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad, esto es, para el caso de los empleados territoriales, la Ley 6 de 1945.

3.2. Régimen pensional de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas

Para los efectos del análisis del presente asunto, es necesario precisar que el Consejo Superior de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas expidió el **Acuerdo 024 de 1989** por el cual «se normatiza el procedimiento de liquidación de prestaciones sociales para los empleados públicos docentes y se fijan otros derechos salariales», en el cual, sobre el reconocimiento pensional, dispuso:

«Artículo 6º- La Universidad Distrital "FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS" reconocerá y pagará a los docentes que hayan cumplido cincuenta (50) años o más de edad y veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos la pensión de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio devengado durante los últimos doce meses (12).

PARÁGRAFO 1. A partir de enero de 1990 la Universidad Distrital "FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS" pagará como pensión de jubilación el ochenta por ciento (80%) del salario promedio devengado durante los últimos doce (12) meses a los profesores que hayan servido quince (15) o más años continuos o discontinuos a la Universidad Distrital.

b. a partir del 1º. De enero de 1992 la Universidad Distrital "FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS" pagará como pensión de jubilación el noventa por ciento (90%) del salario promedio devengado durante los últimos doce (12) meses a los profesores que hayan servido veinte (20) años o más continuos o discontinuos a la Universidad Distrital.

c. a partir del 1º. De enero de 1994, la Universidad Distrital "FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS" pagará como pensión de jubilación el ochenta y cinco por ciento (85%) para quienes tengan quince (15) años o más de servicios continuos o discontinuos a la universidad (...).

3.3. Convalidación de pensiones extralegales. Artículo 146 de la Ley 100 de 1993.



Como lo ha sostenido de manera consistente y reiterada esta Corporación, ni en vigencia de la Constitución de 1886 ni a partir de la Carta de 1991, podían las entidades territoriales o las Universidades Públicas expedir actos de reconocimiento pensional con fundamento en acuerdos internos o extralegales, pues no tenían facultades para ello.

No obstante, la Ley 100 de 1993, que creó el Sistema General de Pensiones conservó todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, para quienes a la fecha de vigencia de la misma hubiesen cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encontraran pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes, en todos los órdenes de los sectores público, **oficial, semioficial y del sector privado en general.**

Dicho sistema determinó como requisitos pensionales para el régimen de prima media con prestación definida, el haber cumplido 55 años de edad para las mujeres y 60 años para los hombres, con una cotización mínima de 1000 semanas en cualquier tiempo¹.

Para reducir los efectos del tránsito legislativo y garantizar el derecho pensional de algunos empleados se previó el régimen de transición dispuesto en el artículo 36 *ibidem*, en virtud del cual la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicio, el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión se determinarían por el régimen anterior al que se encontraran afiliados quienes al momento de entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social Integral, hubieren cumplido treinta y cinco (35) años de edad, si son mujeres y cuarenta (40) años si fueren hombres o hubieren acumulado por lo menos quince (15) años de servicios cotizados.

¹ «ARTICULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSION DE VEJEZ. Para tener derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o sesenta (60) años de edad si es hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1.000) semanas en cualquier tiempo. (...)»



El panorama normativo anterior define, según el caso, el régimen pensional aplicable a los empleados públicos del orden departamental, municipal y distrital; sin embargo, no puede desconocerse que con posterioridad a la expedición de la Carta Política de 1991, el Legislador, teniendo en cuenta que en el nivel territorial coexistían regímenes prestacionales extralegales contrarios al ordenamiento superior y a la ley, y a fin de salvaguardar los derechos pensionales consolidados con fundamento en éstos, decidió avalar las situaciones atípicas que así se presentaron como una expresión del contenido del artículo 53 de la Constitución Política de 1991 en cuanto a la protección de los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas preexistentes, lo cual quedó consignado en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 en los siguientes términos:

«Artículo 146. Situaciones jurídicas individuales definidas por disposiciones municipales o departamentales. Las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente Ley, con base en disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales en favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o sus organismos descentralizados, continuarán vigentes.

También tendrán derecho a pensionarse con arreglo a tales disposiciones, quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo, hayan cumplido **[o cumplan dentro de los dos años siguientes]** los requisitos exigidos en dichas normas.

Lo dispuesto en la presente Ley no afecta ni modifica la situación de las personas a que se refiere este artículo.

Las disposiciones de este artículo regirán desde la sanción de la presente Ley» (Se destaca)².

De conformidad con el citado artículo, es claro que las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la Ley 100 de 1993 con fundamento en disposiciones territoriales sobre pensiones extralegales continuarían vigentes; y que, quienes antes de su entrada en vigor obtuvieron

² Nota: La expresión resaltada y entre corchetes fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-590/97.



el estatus pensional conforme a tales ordenamientos, tendrían derecho a la pensión en las condiciones allí establecidas, en aras de garantizar los derechos adquiridos.

Respecto de la vigencia de la Ley 100 de 1993, expedida y publicada en el Diario Oficial 41.148 el 23 de diciembre de 1993, se tendría que en principio, sus efectos surten a partir de dicha fecha; sin embargo, frente al Sistema General de Pensiones se consagraron dos situaciones de excepción: la primera, en el régimen de transición consignado en el artículo 36 de dicho ordenamiento, que buscó amparar la expectativa de los trabajadores que hubiesen cumplido determinada edad y tiempo de servicios; y la segunda, en un periodo de vigencia diferido establecido por el Legislador en el artículo 151, en virtud del cual, se determinó que el sistema regiría integralmente a partir del 1 de abril de 1994, con excepción de los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, para los cuales entraría a regir a mas tardar el 30 de junio de 1995 o en la fecha en que así lo determinase la respectiva autoridad territorial.

Lo anterior implica que las situaciones jurídicas que en materia pensional se consolidaron con base en disposiciones municipales o departamentales antes del 30 de junio de 1995 o antes de la fecha en que hubiese entrado en vigor el Sistema General en cada Entidad Territorial, se deben garantizar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 146 citado, fecha límite que se extendió hasta el 30 de junio de 1997, por virtud de la sentencia C-410 de 1997 dictada por la Corte Constitucional.

Contrario sensu, los reconocimientos pensionales efectuados con sustento en disposiciones municipales o departamentales con posterioridad al 30 de junio de 1997, devienen en ilegales, por no sujetarse al ordenamiento jurídico superior, pues la competencia para la regulación del sistema general de pensiones se encuentra atribuida al Congreso de la República por mandato expreso de la Constitución Nacional.



3.4. Evolución de la jurisprudencia sobre el ingreso base de liquidación para los beneficiarios de la Ley 33 de 1985 sujetos al régimen de transición. Nuevo criterio unificador

De manera sistemática y reiterada³, el Consejo de Estado, se ha referido al principio de inescindibilidad de la norma⁴, para sostener que el régimen pensional con el cual se reconoce una prestación debe aplicarse en su integridad. En tal sentido, se venía reconociendo a los beneficiarios del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el derecho a que su pensión se liquidara conforme a la Ley 33 de 1985.

En cuanto a la aplicación de dicha norma, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 2006-7509-01, había fijado como criterio unificado que la Ley 33 de 1985 no había indicado en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. En ese sentido, se concluyó que la pensión de aquellos servidores públicos cuya situación prestacional estuviera gobernada por la Ley 33 de 1985 debía liquidarse con base en el 75 % del promedio mensual de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, independientemente del nombre otorgado por la entidad pagadora, previa deducción de los aportes respectivos sobre los factores que no se hubiere cotizado.

Ahora bien, esta posición jurisprudencial fue replanteada por la Sala Plena del Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, que fijó la regla jurisprudencial de que el IBL de las pensiones sujetas

³ Ver entre otras, la sentencia de 9 de abril de 2014, Expediente No. 25000-23-25-000-2005-10200-01(2625-11), C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁴ Según el cual, no es posible fraccionar el ordenamiento jurídico al aplicarlo a un caso en concreto.



al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es el previsto en el inciso 3° de dicha norma.

Al respecto, tuvo en cuenta las siguientes consideraciones:

«85. 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. [...] 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 décadas.
[...]

91. Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen de transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones, indudablemente, le son más favorables».

De esta manera, fijó las siguientes pautas:

«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 hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del Índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

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».

Igualmente, precisó que dicha sentencia tendría efectos retrospectivos para «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»⁵

4.- Análisis del caso concreto

La entidad demandante manifiesta que el derecho pensional reconocido a la causante es ilegal, toda vez que tuvo como sustento disposiciones convencionales, sin tener en cuenta los requisitos de edad y monto establecidos en la Ley 33 de 1985, incluyendo factores extralegales como las primas semestral, de vacaciones, de navidad, quinquenio, vacaciones y sobresueldo por dirección académica que fueron creadas en el artículo 1 del Acuerdo 24 de 1989.

Por su parte, el demandado estima que la pensión que le fue sustituida goza de presunción de legalidad y por ende constituye un derecho adquirido protegido por el ordenamiento jurídico superior.

⁵ En este punto, resulta oportuno destacar que aunque el magistrado ponente de la presente decisión salvó parcialmente el voto en la providencia de 28 de agosto de 2018, dicha postura no es óbice para aplicar la posición mayoritaria de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, cuyos efectos son vinculantes para todas las autoridades judiciales y administrativas.



En la sentencia objeto de apelación, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, consideró que como la causante obtuvo su reconocimiento pensional el 25 de febrero de 1999, cuando acreditó 16 años de servicios y 53 años de edad, su pensión no se encuentra amparada por la convalidación prevista en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, por ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la norma aplicable para el reconocimiento pensional es la Ley 33 de 1985, que exige el cumplimiento de 55 años de edad y 20 años de servicios, cuya cuantía es de 75 % del salario devengado en el último año de servicios, ordenando el reconocimiento pensional con sujeción a las pautas jurisprudenciales contenidas en la sentencia de 4 de agosto de 2010 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, es decir, en cuantía del 75 % de la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios.

4.1. Hechos demostrados

Para resolver la controversia se tendrá en cuenta el material probatorio documental recaudado dentro del presente proceso, toda vez que su presunción de autenticidad no fue objetada por las partes, y que le permite a la Sala tener como acreditados los siguientes supuestos fácticos:

a). Edad de la causante: la señora María Doris Ortiz de Poveda nació el 10 de mayo de 1946 (f. 155).

b). Vinculación laboral y tiempo de servicios: estuvo vinculada en la Universidad Distrital Francisco José de Caldas como docente de tiempo completo entre el 7 de febrero de 1983 y el 31 de diciembre de 1998, fecha en la cual se le aceptó la renuncia a su cargo (f. 14).

c). Régimen de transición: para el día 30 de junio de 1995, fecha de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 para los servidores públicos del nivel distrital, la demandante contaba con más de 35 años de edad, por lo que, en



principio, es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

d). Reconocimiento pensional y régimen aplicado. Mediante Resolución N° 76 de 25 de febrero de 1999, se le reconoció a la docente María Doris Ortiz de Poveda (q.e.p.d.) una pensión de jubilación a partir del 31 de diciembre de 1998, en un monto del 85 % del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicios, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 024 de 1989, que en el parágrafo 1 del literal c) del artículo 6, señaló: «a partir del 1 de enero de 1994, la Universidad Distrital Francisco José de Caldas pagará como pensión de jubilación **el ochenta y cinco (85%) para quienes tengan quince (15) años o más de servicio continuo o discontinuos a la universidad** y el ciento por ciento (100%) a los que tengan veinte (20) o más de servicio continuos o discontinuos a la Universidad Distrital» (f. 16).

e). Sustitución pensional. Por medio de la Resolución 138 de 4 de julio de 2003, se les sustituyó la pensión de jubilación al señor Víctor Alejandro Poveda (como cónyuge supérstite) y al menor Andrés Felipe Ojeda Ortiz (en calidad de hijo menor de la causante), en proporción de 50 % para cada uno (f. 17).

Establecidos los anteriores supuestos fácticos, le corresponde a la Sala resolver el problema jurídico planteado.

4.2. Análisis sustancial

De conformidad con el recuento normativo y jurisprudencial y los hechos probados relacionados en los acápites precedentes, es posible colegir que la señora María Doris Ortiz de Poveda (q.e.p.d.) acreditó 15 años de servicios en la Universidad Distrital Francisco José de Caldas el 7 de febrero de 1998 y su reconocimiento pensional se produjo con efectos a partir del 31 de diciembre del mismo año.



De lo anterior, es posible concluir que adquirió el estatus pensional con posterioridad al 30 de junio de 1997, razón por la cual, tal como lo consideró el Tribunal de primera instancia, es clara la ilegalidad del acto administrativo acusado, en tanto que este se produjo por fuera del límite temporal establecido para amparar derechos adquiridos con base en las normas territoriales expedidas con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma.

No obstante lo anterior, de conformidad con lo establecido en el inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la causante sí era beneficiaria del régimen de de transición allí establecido, pues al momento de su entrada en vigencia, 30 de junio de 1995, tenía 49 años de edad.

En ese orden de ideas, como lo sostuvo el *a quo*, a la señora María Doris Ortiz de Poveda, era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual, le eran aplicables las condiciones de edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto, establecidos en la Ley 33 de 1985, que exige 55 años de edad y 20 años de servicios, con una tasa de reemplazo equivalente al 75% de los salarios cotizados.

Ahora bien, es necesario aclarar que si bien es cierto, de los elementos probatorios relacionados se extrae que la causante acreditó 15 años de servicios a la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, dicho aspecto no fue objeto de impugnación por parte de la entidad demandante en su recurso de apelación, pues únicamente se refirió a los factores salariales que deben incluirse en la liquidación pensional, razón por la cual no le corresponde a la Sala pronunciarse sobre lo que no fue objeto de la apelación.

Así pues, para los efectos determinar el ingreso base de liquidación, la Sala deberá acoger la postura fijada por la Sala Plena de esta Corporación en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, que como se indicó, por



su carácter vinculante, debe ser aplicada a todos los casos que para la fecha de su expedición se encontraran pendientes de definición.

En estas condiciones, considerando que la causante de la pensión, señora María Doris Ortiz de Poveda (q.e.p.d.), para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para los empleados del orden distrital (30 de junio de 1995), le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, el periodo que habrá de tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión, será el indicado en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con las pautas contenidas en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018:

«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.

(...)

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».

Así las cosas, lo procedente es la modificación de la sentencia apelada, en el sentido de ordenar la liquidación de la pensión teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación previsto en inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

De otra parte, dado que el numeral 2 del artículo 136 del C.C.A. dispone que «Los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe», esta Sala de Subsección procederá a confirmar en este sentido la decisión apelada, pues no se afirmó, ni se demostró que los demandados hubieran incurrido en actos dolosos y de mala fe para obtener la pensión de jubilación, por lo que no están obligados a reintegrar los dineros que ya le fueron pagados por este concepto.



5. Conclusiones

Por las consideraciones expuestas, la Sala modificará la sentencia de primera instancia únicamente en cuanto dispuso la liquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales (incluso los extralegales) devengados en el último año de servicios, a fin de que la liquidación se realice conforme a las reglas fijadas en la sentencia de 28 de agosto de 2018, es decir, sobre el promedio de lo cotizado durante (i) el tiempo que le hacía falta entre la entrada en vigor de la Ley 100 (30 de junio de 1995) y la adquisición del estatus pensional, si fuere inferior a 10 años; (ii) todo el tiempo, si el monto es superior, actualizado anualmente con el índice de precios al consumidor (IPC); según lo que le sea más favorable, y con la inclusión de los factores salariales sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones⁵, previstos en el Decreto 1158 de 1994.

En los demás aspectos, se confirmará la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

FALLA:

PRIMERO: MODIFÍCASE el numeral segundo de la sentencia de 9 de noviembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F en Descongestión, el cual quedará así:

⁵ Aunque no se aportó prueba de los factores sobre los cuales realizó aportes el demandante con destino a la seguridad social y especialmente para pensión, en el sub iudice, no se controvierte que la entidad se encontraba sometida al imperio de la Ley y que atendió la correspondencia que debe existir entre los factores descritos en el Decreto 1158 de 1994 y aquellos frente a los que se realizaron las correspondientes cotizaciones.



«SEGUNDO: ORDÉNASE a la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, liquidar la sustitución de la pensión de jubilación del demandado VÍCTOR ALEJANDRO POVEDA BELLO, identificado con cédula de ciudadanía número 17.141.958 de Bogotá, conforme lo prevé la Ley 33 de 1985, en cuantía del 75 % del promedio de lo cotizado durante (i) el tiempo que le hacía falta entre la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 (30 de junio de 1995) y la adquisición del estatus pensional, si fuere inferior a 10 años; (ii) todo el tiempo, si el monto es superior, actualizado anualmente con el índice de precios al consumidor (IPC); según lo que le sea más favorable, y con la inclusión de los factores salariales sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones, previstos en el Decreto 1158 de 1994».

SEGUNDO: CONFÍRMASE en lo demás, la sentencia apelada.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS