

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

Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., 6 de diciembre de 2018

SE.126

Radicado: 250002325000201000337 01 (0368-2015)

Actora: Clara Inés Gordillo Cuellar

Demandado: Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho– Decreto 01 de 1984

ASUNTO

La Subsección conoce del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 20 de mayo de 2014 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, Sala de Descongestión que accedió a las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora Clara Inés Gordillo Cuellar, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó a la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia.

Pretensiones¹

1. Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:
 - Resolución CPS 0087 del 30 de marzo de 2009, por medio de la cual el director general de la Caja de Previsión Social de Universidad Nacional de Colombia resolvió una solicitud de reliquidación de pensión de vejez.

¹ Folios 18 a 29 del C. ppal.

- Resolución CPS 0153² del 18 de mayo de 2009 por medio de la cual la entidad confirmó la anterior al resolver el recurso de reposición formulado por la señora Gordillo Cuellar.
- 2. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene la reliquidación de la pensión reconocida teniendo en cuenta los Acuerdos 12 de 1986 y 20 de 1990 del Consejo Superior Universitario.
- 3. De manera subsidiaria, pidió que se reliquide la prestación sobre el 75% del promedio del total devengado durante el último año de servicio, con la inclusión de los siguientes factores salariales: asignación básica, gastos de representación docente, suplemento salarial, sobresueldo, bonificación bienestar universitario, bonificación bienestar universitario adicional, bonificación especial de bienestar, bonificación servicios prestados, prima de servicios, prima navidad, vacaciones período y prima de vacaciones.
- 4. Que se ordene a la demandada cancelar las mesadas liquidadas de conformidad con la ley, desde la fecha en que se hizo exigible el derecho, el 1.º de mayo de 2006, hasta que se produzca su pago efectivo, sumas que deberán ser actualizadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del CCA.
- 5. Se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 *ibidem*.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

1. La señora Clara Inés Gordillo Cuellar prestó sus servicios para la Universidad Nacional de Colombia como docente de tiempo completo desde el 1 de mayo de 1978 y luego, como profesor asociado hasta el 30 de abril de 2006. Para el momento del retiro se desempeñaba como secretaria académica de la Facultad de Odontología.
2. Mediante Resolución CPS 00602 del 21 de octubre de 2005, la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional le reconoció una pensión de vejez a la actora, en la suma de \$3'042.014.00, condicionada a que demostrara el retiro del servicio.

² En la pretensión segunda de la demanda esta se identifica como la Resolución CPS 0153 del 18 de mayo de 2009, empero, es claro que se trata de la Resolución CPS 0158 del 18 de mayo de 2009.

3. Por Resolución 00024 del 14 de junio de 2006 la prestación fue reajustada al valor de \$3'189.552.00, a partir del 1 de mayo de 2006 por retiro definitivo, lo cual corresponde al 75% del promedio de los salarios sobre los cuales había cotizado durante los últimos 10 años, sin tener en cuenta los Acuerdos 12 de 1986 y 20 de 1990 del Consejo Superior Universitario.
4. El 24 de abril de 2009 la demandante solicitó la reliquidación de la pensión de vejez, petición que fue despachada desfavorablemente por medio de la Resolución CPS 0087 del 30 de marzo de 2009, confirmada por la Resolución 0158 del 18 de mayo de 2009.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 1, 2, 25, 29, 48, 53 y 58 de la Constitución Política; 45 del Decreto 1045 de 1978; 1 y 3 de la Ley 33 de 1985; 11, 36 y 141 de la Ley 100 de 1993; 26 a 32 del Código Civil; 19, 20, 21 y 127 del Código Sustantivo del Trabajo; 1, 2, 3, 36 y 84 del Código Contencioso Administrativo.

Como concepto de violación, sostuvo que la entidad se abstuvo de liquidar la pensión a que tiene derecho, según lo ordenado por los Acuerdos 12 de 1986 y 20 de 1990, con lo cual desconoció principios constitucionales referidos a la garantizar la efectividad de los derechos de las personas y lo previsto por el artículo 53 de la Carta Política.

Igualmente, precisó que de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debía atenderse, el Acuerdo 68 de 1978 del Consejo Superior Universitario, para liquidar su pensión sobre el 80% del último salario devengado, incluyendo todos los factores salariales devengados, pues debe entenderse que este hacía parte del «régimen anterior» al cual estaban afiliados los empleados docentes y no docentes de la Universidad Nacional, acto que goza de la presunción de legalidad, al igual que el Acuerdo 12 de 1986, que autoriza a tomar como ingreso base para liquidar la prestación «el promedio de lo devengado».

De otra parte, sostuvo que el Acto Legislativo 1 de 2005 validó la continuidad de las normas internas de la Universidad, vigentes al entrar a regir la Ley 100 de 1993, al señalar «A partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones» (mayúsculas y ortografía del texto original). Así las cosas, insistió en que la aplicación de tales disposiciones es un derecho adquirido que debe respetarse, tal y como lo hizo notar la respuesta que el rector de la institución

le dirigió al ministro de Hacienda, en el Oficio 620 del 26 de julio de 2005, cuyo contenido transcribió parcialmente.

En cuanto al contenido de la petición subsidiaria, la demandante precisó que la pensión de jubilación se debe liquidar con inclusión todo lo devengado en el último año de servicios según la expresión reiterada en el párrafo 3 del artículo 1 de la Ley 62 de 1985, aspecto que incluye la totalidad de los valores que el servidor percibió durante dicho período³ y no solo la remuneración básica mensual.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **Universidad Nacional de Colombia**⁴ se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, para lo cual expuso que la jurisprudencia ha sido uniforme al señalar que ni en vigencia de la Constitución de 1886 ni de la de 1991, las entidades estatales han tenido facultad de regular las prestaciones sociales de los servidores públicos y tampoco para crear derechos laborales que puedan servir de base para calcular las pensiones.

De la misma forma, indicó que los actos acusados se fundaron en la aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto por la Ley 33 de 1985.

Seguidamente, formuló los siguientes medios exceptivos:

Inconstitucionalidad: Solicitó la inaplicación de los Acuerdos 12 de 1986 y 20 de 1990, porque fueron expedidos por el Consejo Superior Universitario con falta de competencia para incluir valores adicionales a los consagrados por la Ley 33 de 1985, para liquidar la mesada pensional, lo cual resulta contrario a las competencias constitucionalmente conferidas en materia prestacional.

Ineptitud de la demanda: En este apartado indicó que se debió haber demandado la nulidad de las Resoluciones CPS 0602 del 21 de octubre de 2005 y CPS 0204 del 14 de junio de 2006, por las cuales se le reconoció y liquidó la pensión de vejez a la señora Clara Inés Gordillo Cuellar, pues al no hacerlo se presenta una proposición jurídica incompleta.

Improcedencia del reclamo de aumento en la mesada: Al respecto sostuvo «[...] es un hecho notorio el que en los últimos diez años los aumentos salariales de los servidores públicos han estado por debajo del índice de aumento en el costo de vida, por lo que finalmente resultaría más ventajoso para la pensionada el tener unos

³ Citó: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 1 de marzo de 2007, radicación: 17001-23-31-000-2001-00607-01(1942-2005).

⁴ Folios 59 a 64 C. ppal.

ingresos que conforman su base pensional indexados, que aplicar únicamente los del último año de servicios.» De esta manera afirmó, que una sentencia que decrete la anulación de los actos acusados y la reliquidación pensional en los términos pedidos en el libelo introductor, puede resultar desfavorable para la peticionaria.

En este particular, insistió en que la liquidación de la prestación debe corresponder a lo dispuesto por la Ley 33 de 1985, con los factores salariales de que trata el Decreto 1158 de 1994, los cuales coinciden plenamente con lo señalado por el artículo 3 de aquella, conforme a lo regulado por el Acto Legislativo 01 de 2005.

Prescripción: La propuso respecto de los derechos que se hubieran causado hace más de 3 años.

Pago: En relación con las sumas que la actora hubiera recibido por las mesadas pensionales ya pagadas.

Ausencia de legitimación en la causa por la parte pasiva: En este particular sostuvo que la pensión de la demandante no la sufraga la entidad con cargo a su propio patrimonio, sino que lo hace a través de las transferencias que le realiza la Nación a través del Ministerio de Hacienda.

Indebida integración del contradictorio: Con base en el anterior argumento adujo que la entidad demandada no es la única que debió haber sido llamada al proceso, pues ante una eventual sentencia condenatoria, el dinero para asumir la obligación no ha de «salir» de su patrimonio.

ALEGATOS EN PRIMERA INSTANCIA

La señora **Clara Inés Gordillo Cuellar** (97 a 99 C. ppal.) reiteró que se debe ordenar la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicios, tales como gastos de representación docente, gastos de representación adicionales, suplemento salarial sobresueldo, bonificación especial universitario, bonificación especial universitario adicional, prima de servicios, prima de navidad, vacaciones del período y prima de vacaciones.

Adicionalmente, indicó que si bien la Ley 33 de 1985, el Decreto 1158 de 1994 y el Acto Legislativo 01 de 2005, restringen los factores a tener en cuenta en la liquidación pensional, también lo es que lo hace respecto de los aportes para las entidades, cajas y fondos de previsión social que tienen la obligación de reconocer en forma vitalicia las pensiones y no aquellas que, como la Caja de Previsión de la Universidad Nacional, lo hicieron de forma transitoria.

Más adelante, puso de presente el contenido de la sentencia del 4 de agosto de 2010⁵, que unificó los criterios a tener en cuenta en relación con los factores que se deben atender en la liquidación de la prestación, para señalar que se deben incluir todos aquellos devengados por el trabajador durante el último año de servicios.

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal, tal y como se verifica con el informe que obra en el folio 100 del cuaderno principal del expediente.

SENTENCIA APELADA

(ff. 101 a 133 C. ppal.)

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, Sala de Descongestión, en sentencia del 20 de mayo de 2014, declaró la nulidad de las Resoluciones CPS 0087 del 30 de marzo de 2009 y «782 del 21 de abril de 2006»⁶ y ordenó a la Universidad Nacional reliquidar la pensión de jubilación de la señora Clara Inés Gordillo Cuellar de la siguiente manera:

«[...] con el 75% salario (sic) promedio devengado entre el 1 de mayo de 2005 al (sic) 30 de abril de 2006, incluyendo en la base de liquidación, los siguientes factores salariales: asignación básica, gastos de representación docente, y las doceavas partes de los siguientes: bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones, efectiva a partir del 1º de mayo de 2006 fecha de retiro del servicio, conforme se advirtió en la parte motiva de este proveído. [...]» (puntuación y ortografía del original)

De la misma forma, ordenó el pago de las diferencias resultantes, sumas que deberían ser actualizadas y adicionalmente, dispuso el descuento del 5% sobre los factores salariales cuya inclusión se ordenó, en el evento en que no se hubieran efectuado y en la proporción que le corresponda al trabajador. Denegó las demás pretensiones de la demanda.

La anterior decisión se fundamentó en el siguiente razonamiento:

Definió que el régimen pensional que cobija a la señora Clara Inés Gordillo Cuellar es el previsto por la Ley 33 de 1985, que ordena la liquidación de la pensión con el 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicios, con inclusión de los factores salariales de que trata la Ley 62 de 1985, aspecto en relación con el cual la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 4 de agosto de 2010⁷, unificó la jurisprudencia para

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de agosto de 2010, radicación 250002325000200607509 01, actor: Luis Mario Velandia.

⁶ Este acto no fue demandado, pero sí lo fue la Resolución CPS 0158 del 18 de mayo de 2009, respecto de la cual no hubo decisión en la sentencia de primera instancia.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de agosto de 2010, radicación: 250002325000200607509 01(0112-2009), actor: Luis Mario Velandia.

señalar que la relación de emolumentos que trae la norma en mención no es taxativa, sino enunciativa, por tanto, el reconocimiento pensional debe incluir todos aquellos valores que se paguen de manera habitual como retribución del servicio.

Por lo anterior, indicó que la prestación debe calcularse tomando como base todos aquellos que tengan la naturaleza de factor de salario, en los términos del Decreto 1045 de 1978, de los cuales se excluyen los destinados a cubrir riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentado, y otros como la indemnización de vacaciones que corresponde a un descanso remunerado y la bonificación por recreación que tampoco tiene naturaleza salarial.

En relación con la aplicación de los Acuerdos 12 de 1986 y 20 de 1990, expedidos por la Universidad Nacional de Colombia, el *a quo* sostuvo que si bien el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 avaló las situaciones que en materia pensional se hubieren consolidado con arreglo a disposiciones como las citadas, lo cierto es que en el caso de la actora no se consolidó el derecho sino hasta el año 2005, de manera que no se beneficia de tal prerrogativa, toda vez que aquel ente no tiene competencia para definir el régimen salarial de sus servidores, pues tal función le corresponde al legislador.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

El apoderado de la **parte demandada** (ff.144 a 151 C. ppal), presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, la cual solicitó revocar parcialmente, en razón a que la Universidad liquidó la pensión en aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 33 de 1985, como norma reguladora del régimen anterior, con los factores señalados expresamente por la Ley 33 de 1985 y el Decreto 1158 de 1994, por ser estos los únicos sobre los cuales la institución efectuó descuentos. En relación con los factores cuya inclusión ordenó el Tribunal consideró que las primas de servicios, vacaciones y navidad no están enlistadas en el Decreto 1158 de 1994 y no tienen el carácter de factor salarial.

Adicionalmente, expuso que la sentencia de primera instancia desconoce los artículos 48 y 4 de la Constitución Política al ordenar la inclusión de factores para la liquidación pensional, sobre los cuales no se efectuaron cotizaciones, además de la competencia que la Constitución Política le asignó al legislador para regular el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, sin embargo, se dio aplicación a normas internas de la institución que prevén sumas que no están señaladas en la Ley 33 de 1985.

Igualmente, con la decisión de primera instancia consideró vulnerados los artículos 6, 29, 58 y 230 de la Constitución Política y las disposiciones de orden legal y reglamentaria que regulan la pensión de la señora Clara Inés Gordillo Cuellar, entre ellas la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 de 1985 y el Decreto 691 de 1994 modificado por el Decreto 1158 de 1994.

De otra parte, agregó en relación con los emolumentos que se ordenan incluir en la liquidación de la pensión, que también debían ordenarse los descuentos para salud y por toda la vida laboral, toda vez que el Consejo de Estado así lo avaló y agregó que no ordenarse de esta manera puede conducir a inequidades al llevar al Estado a subsidiar en su totalidad tales mesadas, por eso es necesario que se armonicen los derechos laborales con la protección del erario.

En relación con el tema de la prescripción estimó que el derecho al cobro de los aportes sobre los factores no contemplados por la Ley 33 de 1985 y el Decreto 1158 de 1994 solo se hace exigible a partir del momento del reconocimiento prestacional, razón por la cual no opera el fenómeno jurídico en cuestión para descontar los aportes por toda la vida laboral los cuales deben hacerse de manera indexada.

A partir de los anteriores argumentos solicitó lo siguiente:

«6.1 Por las razones expuestas, de manera respetuosa solicitamos al superior jerárquico que revoque y/o modifique el fallo proferido por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA EN DESCONGESTIÓN dentro del proceso de la referencia, ya que la orden de incluir en la reliquidación de la pensión factores no contemplados expresamente por la Ley 33 de 1985 o en el decreto(sic) 1185 de 194, y la Constitución Política, como son 1/12 de prima de servicios 1/12 de prima de navidad, 1/12 de prima de vacaciones, es ilegal e inconstitucional, por haber quedado claramente determinado.

6.2 Así mismo(sic), se ordene que la Universidad tendría que hacer los descuentos para salud y pensión por los factores sobre los cuales no se efectuó, de forma retroactiva desde el inicio de la relación laboral, es decir por toda la vida laboral, debidamente indexados» (f. 151 C. ppal.)

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **demandante** (ff. 170 y 171 C. ppal.) reiteró todo lo expuesto en los escritos de demanda y de alegatos de conclusión de primera instancia, según los cuales la Universidad debió incluir todos los factores devengados en el último año de servicios en la liquidación pensional, tal y como lo dispuso la sentencia de primera instancia, decisión que solicitó se mantenga.

La parte demandada no intervino en esta etapa procesal, tal y como se informa a folio 182 del cuaderno principal del expediente.

Ministerio Público

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto en el que solicitó confirmar la sentencia del *a quo*, por considerar que la decisión se encuentra ajustada a lo señalado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual la base de liquidación pensional debe incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, toda vez que los factores enlistados por la Ley 33 de 1985 no son taxativos sino enunciativos.

CONSIDERACIONES

Cuestión previa

Se observa que en la Resolución 0602 del 21 de octubre de 2005 el director de la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia liquidó la pensión de la señora Clara Inés Gordillo Cuellar en el «75% del promedio de lo devengado en los últimos 10 años», punto que la sentencia de primera instancia ordenó modificar para ordenar que se hiciera «con el 75% (sic) salario promedio devengado entre el 1 de mayo de 2005 al (sic) 30 de abril de 2006», aspecto que no fue objeto de recurso de apelación, pues tal y como se indicó anteriormente, el apelante se encuentra inconforme con los factores incluidos en el cálculo de la prestación y lo relativo a los descuentos para salud y pensión no efectuados frente a aquellos cuya inclusión se ordenó por el tribunal.

Así las cosas, es necesario tener presente que el artículo 328 del Código General del Proceso dispone que la competencia del juez de segunda instancia se enmarca en los que es objeto del recurso de apelación⁸, motivo por el cual el objeto de estudio se contraerá a los aspectos que fueron expuesto por el apelante.

Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en esta sentencia se resume en las siguientes preguntas:

¿La señora Clara Inés Gordillo Cuellar, quien es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, tiene derecho a la reliquidación de su

⁸ «Artículo 328. Competencia del superior. 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. [...]»

pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicios?

De ser afirmativa la respuesta al anterior interrogante deberá resolverse si

¿Deben ordenarse los descuentos por concepto de aportes a salud y pensión, por toda la vida laboral, que no se efectuaron de los factores cuya inclusión de ordena?

Primer problema jurídico

¿La señora Clara Inés Gordillo Cuellar, quien es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicios?

Postura unificada en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo frente a la reliquidación de pensión ordinaria de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993

Para resolver el problema jurídico planteado, le corresponde a la Sala aplicar la regla y subreglas jurisprudenciales fijadas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018⁹, que constituye un precedente vinculante y obligatorio en la resolución de casos fáctica y jurídicamente iguales.

En efecto, la Sala Plena precisó que la sentencia de unificación se aplicaría con efectos retrospectivos «[...] 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».

La siguiente fue la **regla** jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición fijada en la referida sentencia de unificación:

«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.»

⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018, Radicación: 52001-23-33-000-2012-00143-01, Actor: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro.

188

Como fundamento para establecer dicha regla, la Sala expuso:

«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.»

En cuanto a las **subreglas**: la **primera**, se refiere al periodo para liquidar las pensiones de los servidores públicos que adquieran el derecho conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985 (edad, tiempo y tasa de reemplazo), y se fijó en los siguientes términos:

- 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.

La **segunda**, determina «que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.». Esta subregla se justifica, así:

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

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

De acuerdo con las anteriores pautas fijadas por la Sala que, se repite, constituyen precedente obligatorio, el IBL para las personas que se encuentran en el régimen de transición es el previsto en el inciso tercero del artículo 36 o en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, según corresponda. Estas personas se pensionan con los requisitos de «edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985.»

Caso concreto

La Dirección de la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia, mediante Resolución CPS 0602 del 21 de octubre de 2005¹⁰, reconoció y liquidó una pensión por vejez a la señora Clara Inés Gordillo Cuellar, efectiva a partir de su retiro definitivo del servicio. Dicho reconocimiento tuvo en cuenta lo siguiente:

- La señora Clara Inés Gordillo Cuellar era beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993.
- Nació el 14 de octubre de 1950.

¹⁰ Folio 12 C. ppal.

- Adquirió el estatus jurídico el 14 de octubre de 2005.
- Laboró y aportó un total de 20 años.
- La liquidación se efectuó con el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de los últimos 10 años, hasta el 30 de septiembre de 2005. No se especificaron los factores salariales se incluyeron.

Con la Resolución CPS 0204 del 14 de junio de 2006¹¹, se modificó la anterior para reajustar la prestación reconocida con el incremento del índice de precios al consumidor certificado por el DANE para el año 2006.

Mediante Resolución CPS 0087 del 30 de marzo de 2009¹² del 31 de agosto de 2011¹³ se negó la solicitud de reliquidación pensional aplicando los acuerdos expedidos por el Consejo Superior Universitario, los cuales no se individualizaron.

Por Resolución CPS 0158 del 27 de diciembre de 2011¹⁴ la entidad resolvió el recurso de reposición¹⁵ formulado contra el anterior acto administrativo, confirmándolo en su integridad. Para el efecto, indicó en la parte considerativa algunos apartes que la Subsección transcribe, dado que de todos de los mencionados es el que mayor claridad ofrece acerca de las motivaciones del reconocimiento pensional controvertido, a saber:

«El recurso deberá ser negado, por cuanto, contrario a lo afirmado por la recurrente, los acuerdos del CSU fueron tenidos en cuenta al momento del reconocimiento de su pensión, además, tampoco es procedente la liquidación de la pensión con el último año de servicio, pues, conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 21 de la misma norma, el ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición – al cual pertenece la recurrente – corresponde al 75% del promedio de los factores de los últimos 10 años anteriores al servicio.

[...]
Después, vendría la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º estableció el 75% del salario promedio del último año como monto de la pensión. Por otra parte, el Acuerdo 12 de 1986 del CSU, señala que en la liquidación de las pensiones de los empleados públicos de la Universidad Nacional, se tendrán en cuenta los factores salariales sobre los que se hayan hecho aportes a la Caja de Previsión Social de la Universidad, los cuales están fijados en el artículo 2º del mismo acuerdo, modificado por el Acuerdo 109 de 1992, a saber: gastos de representación y prima técnica, dominicales y feriados, horas extras, auxilios de alimentación y transporte, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión, cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento

¹¹ Folio 14 C. ppal.
¹² Folios 2 y 3 C. ppal.
¹³ Folios 8 a 10 C. ppal.
¹⁴ Folios 12 a 15 C. ppal.
¹⁵ Folios 20 a 22 C. ppal.

ochenta días en el último año de servicios, prima de vacaciones, trabajo suplementario y realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, incrementos salariales por antigüedad adicionales a la asignación básica, primas y bonificaciones diferentes a las indicadas anteriormente, asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo y durante el periodo de descanso.

[...]

En el caso concreto, la recurrente, que adquirió el derecho el 14 de octubre de 2005, y era beneficiaria del régimen de transición, tienen derecho a que su pensión sea reconocida con la edad, el tiempo de servicio y el monto de la normativa anterior, y el IBL establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, a una pensión liquidada con el 75% del promedio de los factores salariales contemplados en el Acuerdo 12 de 1986 del CSU, devengados en los últimos 10 años actualizados [...]»

En cuanto a la pretensión de reliquidación de la pensión con 75% del salario devengado en el último año de servicios, la entidad manifestó que no era procedente, habida cuenta de que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no incluyó dentro de los aspectos que el régimen de transición mantiene conforme a las leyes anteriores, el ingreso base de liquidación, el cual consideró que debe sujetarse a lo previsto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, los últimos 10 años de servicio.

Análisis de la Sala

No es objeto de controversia en el *sub lite*, la condición de beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de la señora Clara Inés Gordillo Cuellar. Es decir, que para el reconocimiento de su pensión deben aplicarse las reglas de la Ley 33 de 1985, en cuanto a edad, tiempo de servicios y tasa de remplazo.

En este sentido, esta Subsección concluye que la señora Gordillo Cuellar no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, toda vez que adquirió el estatus pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, el 14 de octubre de 2005, empero, al ser beneficiaria del régimen de transición de dicha norma, se atendieron las exigencias de edad y el tiempo de servicios previsto en la Ley 33 de 1985. No obstante, en relación con los emolumentos que se deben incluir en el IBL en el régimen de transición, en el caso concreto se tienen los siguientes:

Factores de salario - base de cotización - servidores públicos incorporados al sistema general de pensiones	Factores de salario devengados por la señora Clara Inés Gordillo Cuellar en el último año de servicios	Factores que indica la Universidad Nacional que son los tenidos en cuenta para efectuar aportes a pensión, según el
---	--	---

- Decreto 1158 de 1994 (y Ley 62 de 1985).	(1 de abril de 2005 al 30 de abril de 2006) ¹⁶ .	Acuerdo 12 de 1986 ¹⁷
Asignación básica mensual	Asignación básica	gastos de representación
Bonificación por servicios prestados	Gastos de representación docente	prima técnica
Prima técnica, cuando sea factor de salario	Suplemento salarial sobresueldo	dominicales y feriados, horas extras
Primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario	Bonificación universitario bienestar	auxilios de alimentación y transporte
Remuneración por trabajo dominical o festivo	Bonificación especial de bienestar	prima de navidad
Remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna	Bonificación servicios prestados	bonificación por servicios prestados
Gastos de representación	Prima de servicios	prima de servicios
	Prima de Navidad	los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión, cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicios,
	Vacaciones del periodo	prima de vacaciones
	Prima de vacaciones	trabajo suplementario y realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio
	Intereses cesantías anuales	incrementos salariales por antigüedad adicionales a la asignación básica,
		primas y bonificaciones diferentes a las indicadas anteriormente asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo y durante el periodo de descanso.
		incrementos salariales por antigüedad adicionales a la asignación básica,
		primas y bonificaciones diferentes a las indicadas anteriormente,

Ahora bien, pese a que el acto de reconocimiento pensional, la Resolución 0602 del 21 de octubre de 2003, no se identificaron puntualmente cuáles fueron los factores incluidos en el cálculo de la prestación, en la Resolución CPS 0158 del 18 de mayo de 2009 sí se indicó que desde un principio se atendieron los previstos por el Acuerdo 12 de 1986 del Consejo Superior Universitario que señala: «en la liquidación de las pensiones de los empleados públicos de la Universidad Nacional, se tendrán en cuenta los factores salariales sobre los que se hayan hecho aportes a la Caja de Previsión Social de la Universidad, los cuales están fijados en el artículo 2º del mismo acuerdo, modificado por el Acuerdo 109 de 1992[...]». (Ortografía del original)

¹⁶ Certificación expedida por jefe de grupo de la Nómina de la División Salarial y Prestacional de la Universidad Nacional de Colombia, en el folio 15 del cuaderno principal del expediente.

¹⁷ Según lo informado por la Resolución CPS 0158 del 27 de diciembre de 2011.

Así las cosas, la Sala encuentra que de acuerdo con la Resolución CPS 0158 del 27 de diciembre de 2011, el Acuerdo 12 de 1986, que sirvió como uno de los fundamentos para el reconocimiento pensional, incluye factores que no están previstos en el Decreto 1158 de 1994, pues así se evidencia del cuadro expuesto, como la prima de navidad, la prima de servicios, así como «las primas y bonificaciones diferentes a las indicadas anteriormente asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo y durante el periodo de descanso», tal y como advierte el apelante, pues en efecto, el artículo 150, numeral 19, literal e), define que es atribución del legislador fijar el régimen prestacional de los empleados públicos, lo cual comprende la potestad de señalar cuáles son los factores sobre los cuales se deben hacer las respectivas cotizaciones para pensión, en concurrencia con el Ejecutivo.

Sin embargo, debe decirse que, en el caso particular, no se considera viable impartir una orden en la que se imponga tener en cuenta únicamente aquellos que se encuentran en la relación del Decreto 1158 de 1994, por las siguientes razones:

- se haría más desfavorable la situación inicial de la parte actora, al excluir valores que ya le habían sido incluidos en el acto administrativo de reconocimiento pensional respecto de los cuales no existe discusión,
- la entidad no ha formulado tal solicitud, pues considera que su proceder se ajustó a derecho,
- solamente se incluyeron los factores que la señora Clara Inés Gordillo Cuellar devengó y sobre los cuales efectuó cotizaciones a pensión, con lo cual no se afecta el mandato del Acto Legislativo 01 de 2005, en cuanto prevé «Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.»

Conclusión: La señora Clara Inés Gordillo Cuellar no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados durante dicho periodo, como quiera al estar cobijada por el régimen de transición, su prestación debe liquidarse teniendo en cuenta los factores salariales que devengó y sobre los cuales cotizó, previstos en el Decreto 1158 de 1994.

Sin embargo, aunque en el presente caso la entidad demandada tuvo en cuenta en el cálculo de la prestación los factores previstos por el Acuerdo 12 de 1985 del CSU, los cuales exceden los señalados por el decreto mencionado, no es viable ordenar una reliquidación de la prestación para excluir aquellos que no estén contenidos en la norma en mención, pues se haría más desfavorable la situación inicial de la parte actora al afectar el acto mismo de reconocimiento pensional, y en todo caso, solamente se incluyeron

191

Radicado: 250002325000201000337 01 (0368-2015)

Actor: Clara Inés Gordillo Cuellar

Demandado: Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia

los factores que la demandante devengó y sobre los cuales efectuó cotizaciones a pensión.

Así las cosas, como quiera que la respuesta al primer problema jurídico formulado es negativa y en consecuencia no hay lugar a la inclusión de factores salariales adicionales a los inicialmente tenidos en cuenta, no es necesario estudiar el segundo interrogante, puesto que se refiere a la orden de descuentos por concepto de aportes a salud y pensión, por toda la vida laboral, que no se efectuaron de los factores cuya inclusión correspondía en la liquidación pensional, por virtud de la sentencia de primera instancia.

Decisión de segunda instancia

Por lo expuesto la Sala considera que se impone revocar parcialmente la sentencia de primera instancia proferida el 20 de mayo de 2014 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, Sala de Descongestión, en cuanto ordenó la reliquidación de la pensión de la demandante con todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, pues únicamente procedía la inclusión de aquellos que fueron atendidos por la entidad demandada y sobre los cuales realizó aportes. Igualmente se revocará el numeral quinto que ordenó efectuar los descuentos del 5% sobre los factores salariales cuya inclusión ordenó el *a quo*, en el evento de no haberlos efectuado y en la proporción que le corresponda al trabajador.

Se confirmará en lo demás.

Condena en costas

Toda vez que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de condena en costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna procedió de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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: Revóquese parcialmente la sentencia de primera instancia proferida el 20 de mayo de 2014 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, Sala de Descongestión, así:

- El literal a) del numeral **segundo**, solamente en cuanto ordenó incluir en la reliquidación de la pensión de la demandante todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.
- El numeral **quinto** en su integridad que ordenó efectuar los descuentos del 5% sobre los factores salariales cuya inclusión ordenó el *a quo*, en el evento de no haberlos efectuado y en la proporción que le corresponda al trabajador.

Segundo: Confírmese en lo demás.

Tercero: Sin condena en costas en esta instancia.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ