



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

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

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

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicado: 540012333000201300334 01 (2308-15)

Actor: Margarita Contreras

Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP–

Temas: Reliquidación pensión de jubilación. Régimen de transición Ley 100 de 1993..Aplicación del precedente vinculante –Sentencia de Unificación de la Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo del 28 de agosto de 2018–

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 19 de marzo de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, por la cual se accedió a las pretensiones de la demanda presentada por la señora Margarita Contreras contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP–.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Pretensiones.

La señora Margarita Contreras, por conducto de apoderado y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitó al Tribunal: (i) declarar la nulidad de las Resoluciones RDP 9216 del 27 de febrero de 2013 y RDP 020837 del 7 de mayo de 2013, por las cuales se le negó la reliquidación de la pensión de vejez; (ii) condenar a la accionada a reliquidar la pensión de vejez incluyendo todos los factores de salario devengados durante el último año de servicio, en la proporción legal y

retroactivamente a partir del 1 de septiembre de 2009; (iii) ordenar el pago de las diferencias que resulten, debidamente actualizadas.

1.1.2. Hechos

La demandante relató que por haber laborado más de 39 años al servicio del Estado la Caja Nacional de Previsión Social le reconoció y reliquidó la pensión de vejez por medio de las Resoluciones 56848 del 19 de noviembre de 2008 y 53229 del 17 de mayo de 2011, respectivamente, sin tener en cuenta todos los factores salariales devengados el último año de servicio.

Pidió, en consecuencia, que se aplique el precedente judicial de «la sentencia del 26 de agosto del 2010 del Consejo de Estado».

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Citó como disposiciones violadas los artículos 2, 53, 98 y siguientes de la Constitución Política; 1 de la Ley 45 de 1945; 2 y 3 de la Ley 65 de 1946; 6 de Decreto 1160 de 1947; 11 del Decreto 3135 de 1966; los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 546 de 1971, 1042 de 1978 y 1045 de 1978 y el Código Sustantivo del Trabajo.

Alegó, en esencia, que la demandada no liquidó correctamente la pensión de vejez, por cuanto no incluyó todos los factores salariales, pese a que contaba con los soportes que indicaban que sobre estos se efectuaron aportes.

Agregó que se debe entender como salario todo lo que el trabajador recibe en forma habitual a cualquier título y que implique retribuciones ordinarias y permanentes de servicio, lo cual está preceptuado en los artículos 2 de la Ley 65 de 1946, 12 del Decreto 717 de 1978, 2 de la Ley 5 de 1969 y 1 de la Ley 62 de 1985.

1.2. Contestación de la demanda

La UGPP se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Explicó que por haber adquirido la demandante el estatus pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993 le son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 33 y 34 de este ordenamiento y, por tal razón, para el reconocimiento de la pensión se tuvo en cuenta lo previsto en la Ley 33 de 1985.

Advirtió que el artículo 288 de la Ley 100 de 1993 ordenó la incorporación de todos los servidores públicos al nuevo sistema general de pensiones, lo que

implicó que el ingreso base de liquidación se determinara de conformidad con el Decreto 1158 de 1994.

Alegó que no accedió a la reliquidación solicitada por la demandante, por cuanto los factores cuya incorporación pretende no fueron establecidos por el legislador. Por ende, afirmó que los actos censurados se encuentran ajustados a derecho.

Propuso las excepciones de prescripción de las mesadas pensionales e inexistencia de la obligación.

1.3. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander declaró no probadas las excepciones propuestas por la UGPP y accedió a las súplicas de la demanda.

Indicó que por encontrarse amparada la demandante por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el ente de previsión debió aplicarle en su integridad la Ley 33 de 1985, bajo el principio de inescindibilidad.

Concluyó que las resoluciones demandadas, que negaron la reliquidación de la pensión de vejez de la señora Margarita Contreras incurrieron en violación de las normas en que debían fundarse.

Por consiguiente, declaró la nulidad de las resoluciones acusadas y, a título de restablecimiento del derecho, condenó a la entidad demandada a reliquidar la pensión de jubilación reconocida a la demandante por medio de la Resolución 56848 del 19 de noviembre de 2008, incluyendo todos los factores percibidos en el último año de servicio, es decir, la asignación básica, la bonificación por servicios, el incentivo por antigüedad, la prima vacacional, la prima de servicios y la prima de navidad. Precisó que los emolumentos correspondientes a incentivo por desempeño grupal, bonificación por recreación y factor nacional no pueden incorporarse en la liquidación por no tener carácter salarial.

En apoyo de su decisión citó la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, dentro del expediente 2006-07590, con ponencia del consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Finalmente, condenó en costas a la entidad demandada.

1.4. El recurso de apelación

La UGPP en el escrito que contiene el recurso reprodujo los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda.

Reiteró que los actos censurados, por los cuales se negó la reliquidación solicitada por la demandante, se encuentran ajustados a derecho, por cuanto los factores cuya incorporación pretende no fueron establecidos por el legislador.

1.5. Alegatos de conclusión

La parte demandada reiteró los argumentos expuestos en las respectivas oportunidades procesales.¹ La actora guardó silencio.

1.6. El Ministerio Público

No emitió concepto.

2. Consideraciones

2.1. Problema jurídico

El problema jurídico en esta instancia se contrae a establecer si la pensión de la señora Margarita Contreras, beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, debe liquidarse con la totalidad de los factores salariales que devengó en el último año de servicios, como lo dispuso el *a quo*, o, para tal efecto debe aplicarse el inciso tercero del artículo 36 de esta normatividad.

Para resolver el problema jurídico planteado le corresponde a la Sala dar aplicación a la regla y las subreglas jurisprudenciales fijadas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la **sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018**², que constituye un precedente vinculante y obligatorio en la resolución de casos fáctica y jurídicamente iguales.

¹ Folio 273

² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Expediente 2012-00143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro.

2.2. Postura unificada frente a la reliquidación de pensión ordinaria de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993

La Sala Plena precisó que la citada 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.

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 se tiene:**

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.»

3. Caso concreto. Análisis de la Sala

En el expediente se encuentra acreditado que para el 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la señora Margarita Contreras tenía más de 35 años de edad, comoquiera que nació el 23 de julio de 1953, y más de 15 de servicio, por cuanto ingresó al servicio de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN– el 1 de junio de 1971³; por ende, se encuentra amparada por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Adquirió el estatus jurídico de pensionada el 23 de julio de 2008, cuando cumplió 55 años de edad; los 20 años de servicio los completó el 1 de junio de 1991.

Así las cosas, como la demandante adquirió el estatus pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, la Sala concluye que tiene derecho a que su pensión se liquide conforme a la **primera de las subreglas** señaladas por la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018. Por consiguiente, teniendo en cuenta que le faltaban más de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, «el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE».

En relación con la segunda subregla fijada en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sobre los factores salariales que se deben incluir en el IBL en el régimen de transición, se tiene que el Decreto 1158 de 1994 enlista los siguientes:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.

³ Cd. folio 142

- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
- g) La bonificación por servicios prestados;

Al expediente se aportó certificación de pagos y deducciones efectuados a la señora Margarita Contreras desde enero de 1994 hasta agosto de 2009,⁴ expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN–, en donde consta que entre septiembre de 1998 y agosto de 2009 devengó sueldo, subsidio de alimentación, incremento por antigüedad, incentivo por desempeño grupal, factor nacional, prima de navidad, bonificación por servicios, vacaciones, prima de vacaciones, bonificación de recreación, prima de servicios y horas extras.

La Caja Nacional de Previsión Social le reconoció una pensión mensual vitalicia por vejez mediante Resolución 56848 del 19 de noviembre de 2008⁵, efectiva a partir del 1 de septiembre de 2008, condicionado el pago a demostrar retiro definitivo del servicio. Por acreditar 1898 semanas, liquidó la prestación con el 80 % del salario promedio de 10 de años, de conformidad con lo establecido en los artículos 21 de la Ley 100 de 1993 y 10 de la Ley 797 de 2003, entre el 1 de septiembre de 1998 y el 30 de agosto de 2008.

Tomó como factores de liquidación los siguientes: asignación básica, horas extras, prima de antigüedad y bonificación por servicios.

Por Resolución 053229 del 17 de mayo de 2011⁶ Cajanal EICE en liquidación modificó la Resolución 56848 en el sentido de reconocer y ordenar el pago de la pensión de vejez a la demandante a partir del 1 de septiembre de 2009, en cuantía del 79.18 % «sobre un Ingreso Base de Liquidación conformado por el promedio de los salarios o rentas **sobre los cuales ha cotizado o aportado** entre el 1 de septiembre de 1999 y el 30 de agosto de 2009».

Tomó como factores de liquidación los siguientes: asignación básica, bonificación por servicios, prima de antigüedad y las horas extras.

Lo que quiere decir que la liquidación de la pensión de la demandante se ajustó a derecho, pues, la entidad solo tuvo en cuenta los factores sobre los cuales se efectuaron aportes bajo el sistema general de pensiones, de

⁴ Folios 33-85

⁵ Folios 27-32

⁶ Folios 24-26

acuerdo con las disposiciones establecidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, respecto de los beneficiarios del régimen de transición allí establecido.

Conclusión: Con fundamento en lo anterior, la Sala precisa que el reconocimiento de la pensión de la señora Margarita Contreras, bajo el régimen de transición, se ajustó a derecho, razón por la cual no procedía la reliquidación pensional pretendida, tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios, incluyendo aquellos sobre los que no realizó los aportes al sistema como se solicitó.

En consecuencia, se deben denegar las pretensiones de la demanda, previa revocatoria de la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que declaró la nulidad de los actos acusados y ordenó a la UGPP reliquidar la pensión de la señora Margarita Contreras con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

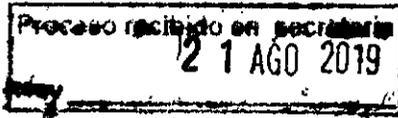
4. De la condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016⁷, respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Asimismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura) y la complejidad e intensidad de la participación procesal; que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas por lo que el

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, consejero ponente: William Hernández Gómez.



Radicado: 540012333000201300334 01 (2308-15)
Actor: Margarita Contreras

juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas, que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Conforme a las anteriores reglas, y atendiendo lo dispuesto en el numeral 8.º del artículo 365 del Código General del Proceso⁸, la Sala se abstendrá de condenar en costas, en cuanto no resultaron probadas.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

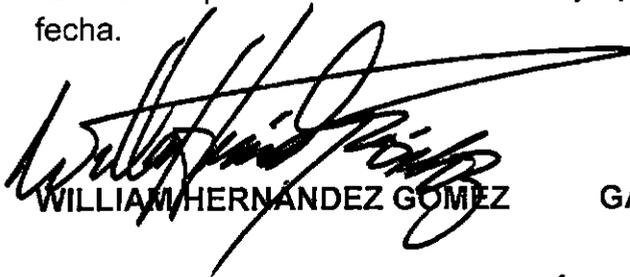
FALLA

Revocar la sentencia del 19 de marzo de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que accedió a las súplicas de la demanda. En su lugar, denegar las pretensiones por las razones expuestas en la parte motiva.

Sin condena en costas en segunda instancia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

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



WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ



GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ



RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

⁸ «1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación».