

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUB SECCIÓN "D"**

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

Magistrado Sustanciador Doctor **Luis Alberto Álvarez Parra**

APELACIÓN SENTENCIA

REFERENCIA: Exp: 2015-00798
DEMANDANTE: HERMÓGENES ROZO GANTIVA
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES
PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN
SOCIAL - UGPP -

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la Sentencia del 14 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Administrativo de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, el señor Hermógenes Rozo Gantiva, pretende la nulidad de los siguientes actos administrativos: i) Resolución RDP 013768 del 10 de abril de 2015, mediante la cual, la Subdirectora de Determinación de Derechos Pensionales de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP -, le negó la reliquidación de la pensión de jubilación con las totalidad de factores devengados en el último año de servicio y ii) Resolución RDP 029422 del 16 de julio de 2015, por la cual, el Director de Pensiones de la entidad demandada, resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la anterior resolución y la confirmó en todas sus partes.

Como consecuencia de lo anterior y, a título de restablecimiento del derecho, solicita ordenar a la entidad demandada: i) reliquidar la pensión de jubilación con el 75% de la totalidad de factores de salario devengados en el último año de servicios, ii) pagar las diferencias pensionales causadas a favor del actor, entre lo que se ha venido cancelando y lo que se ordene pagar en la sentencia, iii) pagar, sobre las mesadas ya reconocidas y canceladas, las sumas necesarias para hacer los ajustes

de valor conforme al IPC, de acuerdo a lo previsto en el artículo 187 del CPACA, iv) pagar intereses moratorios, v) dar cumplimiento a la sentencia en el término señalado en el artículo 192 *ibídem* y vi) pagar las costas del proceso (Fols.27-40).

HECHOS

Menciona el demandante que prestó sus servicios al Estado por más de veinte (20) años, en el Ministerio de Relaciones Exteriores, desde el 27 de enero de 1986 y se retiró del servicio el 30 de abril de 2008, desempeñando como último cargo el de Conductor Mecánico.

Indica que una vez cumplió los requisitos para pensionarse, la extinta Caja Nacional de Previsión Social hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP -, a través de la Resolución No. 44557 del 25 de septiembre de 2007, le reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación, con el 75% del promedio de los salarios devengados entre el 1º de junio de 1997 y el 30 de mayo de 2007, conforme a lo establecido en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, incluyendo la asignación básica, horas extras y bonificación por servicios prestados, efectiva a partir del 1º de junio de 2007, en cuantía de \$810.694,38, condicionada a demostrar el retiro del servicio.

Señala que, con ocasión del retiro de la entidad, la demandada reliquidó dicha prestación mediante la Resolución No. 00924 del 20 de enero de 2009, en cuantía equivalente al 75% del promedio de lo devengado entre el 1º de mayo de 1998 y el 30 de abril de 2008, como lo dispone el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta la asignación básica, horas extras y bonificación por servicios prestados, efectiva a partir del 1º de mayo de 2008, en cuantía de \$849.043.

Indica que mediante petición del 12 de diciembre de 2014, el accionante solicitó la reliquidación de la pensión con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios; petición que fue resuelta desfavorablemente por la demandada mediante la Resolución RDP 013168 del 10 de abril de 2015. Inconforme con esta decisión, formuló recurso de apelación, el cual fue resuelto mediante la Resolución RDP 029422 del 16 de julio de 2015, que la confirmó en todas sus partes.

LA SENTENCIA

El Juzgado Veintiséis (26) Administrativo de Bogotá, mediante Sentencia del 14 de noviembre de 2018, negó las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes razonamientos:

Señaló que el accionante es beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo tanto, su derecho pensional se gobierna por el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, en cuanto a la edad, tiempo de servicio y monto, entendido este como tasa de reemplazo; sin embargo, el ingreso base de liquidación corresponde al promedio de lo devengado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento pensional, habida cuenta que el IBL no fue un aspecto protegido por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993. Lo anterior, en acatamiento a lo ordenado por el H. Consejo de Estado, C.P. Dr. César Palomino Cortés, en la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018.

En consecuencia, el *a quo* consideró que la pensión de jubilación del actor debía liquidarse con el 75% del promedio de lo cotizado durante los diez (10) años de servicio anteriores al reconocimiento de la prestación pensional, esto es, del 1º de mayo de 1998 al 30 de abril de 2008 y con los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994, tal como lo hizo la extinta Caja Nacional de Previsión Social hoy UGPP, en el acto de reconocimiento pensional y en el que ordenó su reliquidación por retiro del servicio. Por lo tanto, negó las súplicas del libelo y no condenó en costas a la parte vencida (Fols. 180-198).

EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia, argumentando que la jurisprudencia y la doctrina universal en materia laboral, han predicado en múltiples pronunciamientos, que la retroactividad de la jurisprudencia no debe afectar, con su indebida aplicación, los derechos de los trabajadores, más aún, cuando se trata de derechos laborales adquiridos. Conforme a lo anterior, considera que la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2018, traída a colación por el juez de instancia para negar las pretensiones de la demanda, no puede aplicarse al presente caso, habida cuenta que desconocería los derechos laborales adquiridos por el actor. Insiste en que su representado es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo tanto, tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación incluyendo la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicio, conforme a lo establecido en la Ley 33 de 1985. En consecuencia,

solicita revocar la sentencia apelada y, en su lugar, acceder a las súplicas del libelo (Fols.205-212).

ALEGACIONES FINALES

El apoderado del demandante formuló alegatos de conclusión visibles en los folios 224 a 235, argumentando que las pensiones de jubilación de los beneficiarios del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como es el caso del actor, deben liquidarse con la totalidad de factores salariales percibidos en el último año de servicios, teniendo en cuenta que, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha sido pacífica en señalar que la Ley 33 de 1985, no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante dicho periodo.

El apoderado de la entidad accionada presentó alegatos de conclusión, en los cuales señaló que al accionante se le reliquidó la pensión de jubilación con el promedio de lo devengado durante los últimos diez (10) años de servicio, como lo dispone el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y con los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994, por lo tanto, considera que la entidad que representa actuó conforme a derecho.

El Agente del Ministerio Público, en esta etapa procesal, guardó silencio.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Problema jurídico:

Consiste en determinar si el demandante tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación, con el 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicio, incluyendo todos los factores salariales devengados en dicho lapso, por encontrarse en el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Normatividad aplicable:

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció una excepción a la aplicación universal del nuevo Sistema de Seguridad Social en pensiones para quienes a su

entrada en vigencia, hubieren cumplido 35 años si son mujeres o 40 años si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados, indicando que a ellos se les aplicaría lo establecido en el régimen anterior, en cuanto a la edad, el tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el demandante, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, 1º de abril 1994, contaba con más de 40 años de edad, toda vez que nació el 3 de julio de 1947 (Fol.25), está amparado por el régimen de transición de la norma *ibídem*, por lo tanto, es beneficiario del régimen pensional establecido en la Ley 33 de 1985, que reguló la pensión de jubilación ordinaria de la siguiente forma:

"Artículo 1º. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

*"No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
(...)*

"Artículo 3. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."

Así, la Ley 33 de 1985, aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes, establece que para acceder a la pensión ordinaria de jubilación el empleado oficial debe haber servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegar a la edad de cincuenta y cinco años (55), caso en el cual la respectiva Caja de Previsión le pagará una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

En relación con los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de dicha prestación, la parte actora señaló que la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, no contiene una lista taxativa de factores a tener en cuenta en la

base de la liquidación pensional, de tal manera que para efectos de la liquidación pensional, debe entenderse como salario todo aquello que reciba el empleado como contraprestación directa del servicio.

Al respecto, precisa la Sala que con ocasión de la Sentencia de Unificación proferida el 28 de agosto del presente año, por la Sala Plena del Consejo de Estado, Expediente 2012-143, Accionante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro, M.P. Dr. César Palomino Cortés, se variará la posición de esta Subsección que en forma mayoritaria venía sosteniendo que el IBL hace parte del referido régimen de transición, por lo que, la pensión de jubilación debía liquidarse en cuantía equivalente al 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicios, incluyendo como factores salariales todo aquello que recibió el empleado como contraprestación directa del servicio, indistintamente de la denominación que adopte.

En este orden, el H. Consejo de Estado, mediante el referido precedente jurisprudencial, fijó un criterio de interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con el fin de unificar las diferentes tesis que se generaron con relación a la aplicación del inciso 3° de la norma *ibidem*, así:

"De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

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".

Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes subreglas:

La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- **Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.**
 - **Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.**
- (...)

La segunda subregla es 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 sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como "un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley". El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como "[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil".

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."

Del aparte jurisprudencial transcrito se advierte que la lectura que debe darse al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que consagra el régimen de transición, es que solamente hacen parte del mismo tres (3) elementos a saber: edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y monto de la pensión, de suerte que los demás conceptos que estructuran el régimen pensional, esto es, los factores y el período a tener en cuenta sobre el cual debe calcularse el IBL, son los señalados en la Ley 100 de 1993, reglamentada por el Decreto 1158 de 1994.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala acoge los planteamientos expuestos en la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, proferida por el H. Consejo de Estado, toda vez que, la Ley 1437 de 2011, en relación con las fuentes formales del derecho, trajo un cambio fundamental al otorgarles a las sentencias de unificación una preeminencia especial, como pauta de interpretación en los asuntos que esta jurisdicción deba decidir, al punto que consagró un recurso extraordinario denominado recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, cuando los tribunales administrativos como órganos de cierre o en los asuntos de única instancia desconozcan el precedente fijado en este tipo de sentencias.

Caso concreto

Descendiendo al caso concreto, se tiene que, mediante la Resolución No. 00924 del 20 de enero de 2009, la extinta Caja Nacional de Previsión Social hoy UGPP reliquidó la pensión de jubilación del señor Hermógenes Rozo Gantiva con el 75% del promedio de los salarios devengados entre el 1° de mayo de 1998 y el 30 de abril de 2008, conforme a lo establecido en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, incluyendo la asignación básica, horas extras y bonificación por servicios prestados; factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, en cuantía de \$849.043, efectiva a partir del 1° de mayo de 2008 (Fols.6-9).

Como la parte actora es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, acogiendo la tesis de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado, para la reliquidación de su pensión, se deben aplicar las reglas previstas en la Ley 33 de 1985, en cuanto a la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y monto. Ahora bien, en cuanto al IBL se tiene que este corresponde al promedio del salario cotizado durante los últimos diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión o del tiempo que le hiciera falta para ello al 1º de abril de 1994, razón por la cual, la liquidación hecha por la entidad demandada se ajustó a derecho. Por lo tanto, no le asiste razón al demandante, en cuanto pretende que su pensión se reliquide con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

Finalmente, en relación con la condena en costas, entendidas estas como la erogación económica que debe pagar la parte que resulte vencida en un proceso judicial, las cuales están conformadas por: i) las expensas, que corresponde a los gastos surgidos con ocasión del proceso y, ii) las agencias en derecho, que no son más que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte contraria, se tiene que, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispuso un cambio en su regulación, al remitir, en cuanto a su liquidación y ejecución, a las normas del Código General del Proceso, con lo que se acogió el régimen objetivo de condena en costas allí previsto, en el ámbito del contencioso administrativo.

Así entonces, la Sala condenará al extremo vencido, en este caso, al señor Hermógenes Rozo Gantiva, al pago de las expensas causadas en este proceso, las cuales deberán ser liquidadas por la Secretaría del juzgado de primera instancia, a favor de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP -, y en relación con las agencias en derecho se condena al pago de la suma correspondiente al 2% del valor de las pretensiones, conforme a los criterios fijados en el numeral 3.1.2, Título Tercero, del Acuerdo No. 1887 de 2003, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sub-Sección "D", administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMASE la Sentencia del 14 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Administrativo de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda.

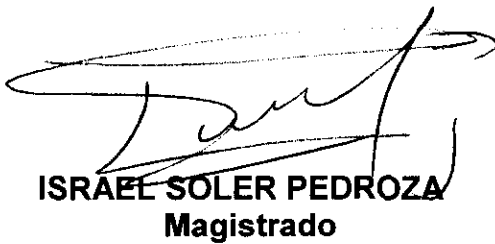
SEGUNDO: CONDÉNASE en costas al señor Hermógenes Rozo Gantiva, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

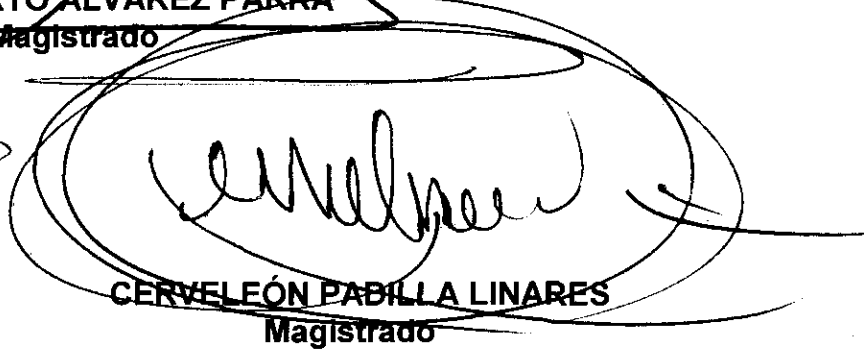
La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.



LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado



ISRAEL SOLER PEDROZA
Magistrado



CERVELEÓN PADILLA LINARES
Magistrado