

INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN EN EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL – Determinación / PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE EMPLEADOS DE LA RAMA JUDICIAL / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / DEBIDO PROCESO

En atención a las reglas de interpretación fijadas tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, plasmadas en las sentencias citadas en el acápite precedente, en el sentido de que en el inciso 3° del artículo 36 ibidem el legislador excluyó del régimen de transición la expectativa de las personas beneficiarias de este de obtener su pensión con el ingreso base de liquidación que consagraba el régimen anterior al que se encontraban afiliados al entrar en vigor aquella, por lo que se someten al mandato contenido en tal norma o en el artículo 21 ib, según corresponda, a la demandante se le debió haber liquidado su pensión de jubilación con base en el 75% del promedio de (i) lo cotizado durante el tiempo que le hiciera falta entre la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 y la adquisición del estatus pensional, si fuere inferior a 10 años; (ii) de lo aportado durante todo el tiempo, si el monto es superior, actualizado anualmente con el índice de precios al consumidor o (iii) lo cotizado durante los últimos 10 años, según le sea más favorable. Sin embargo, se observa que a través de Resolución 58329 de 31 de octubre de 2006, se reliquidó la pensión de jubilación de la actora con el 75% de la asignación mensual más elevada devengada durante el año 2002, con inclusión de la totalidad de los factores salariales recibidos, por lo que a este cuerpo colegiado no le es dable proferir un fallo que desborde las pretensiones de la acción, ni acceder a ellas, puesto que la demandante carecía del derecho a obtener su pensión tal como fue calculada en sede administrativa. Lo anterior, comoquiera que en virtud del principio de congruencia, consagrado en el artículo 281 del Código General del Proceso, la sentencia que resuelva el fondo del asunto debe proferirse acorde con los hechos y las pretensiones esgrimidas en la demanda, mandato que, además, se convierte en una garantía del debido proceso, pues busca que el juez solo se pronuncie respecto de lo discutido a lo largo del trámite procesal.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición pensional del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, rad 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ), C.P. César Palomino Cortés

BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS EN LA RAMA JUDICIAL -Inclusión como factor pensional en una doceava

En lo que atañe al porcentaje de la bonificación por servicios prestados que debe incluirse en el IBL pensional de los exservidores de la Rama Judicial, cabe anotar que esta constituye un factor salarial que se paga siempre que el empleado cumpla un año de servicios en forma continua en la misma entidad oficial, motivo por el cual para efectos de la inclusión del referido emolumento en la liquidación de la pensión del interesado debe hacerse en una doceava parte, y no sobre el 100%, como lo deprecia la demandante, por lo que, se insiste, este se recibe de manera anual, de acuerdo con el precedente jurisprudencial de esta Corporación.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993- ARTÍCULO 36 / LEY 33 DE 1985/ DECRETO 546 DE 1971/ CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTÍCULO 281

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUETER

Bogotá, D.C., cuatro (4) de abril de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 76001-23-31-000-2011-01418-01(0852-15)

Actor: MARIELA LENIS

Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP)

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho

Tema: Reliquidación de pensión de jubilación conforme al Decreto 546 de 1971; factores salariales que deben tenerse en cuenta en el ingreso base de liquidación pensional de persona beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada (ff. 200 y 200 vuelto) contra la sentencia de 21 de julio de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle de Cauca, mediante la cual accedió a las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe (ff. 188 a 199).

I. ANTECEDENTES

1.1 Acción (ff. 75 a 92). La señora Mariela Lenis, quien actúa en nombre propio, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar acción de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (CCA), contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones. Se declare la nulidad parcial de la Resolución 58329 de 31 de octubre de 2006, por medio de la cual la extinguida Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) reliquidó la pensión de jubilación de la actora sin tener en cuenta el régimen pensional consagrado en el Decreto 546 de 1971; y la anulación de las Resoluciones (i) PAP 34274 de 24 de enero de 2011, con la que se resolvió de manera negativa el recurso de reposición presentado contra la aludida Resolución 58329 de 31 de octubre de 2006, y (ii) 57644 de 16 de junio de 2011, mediante la cual se adicionó la Resolución 58329 de 2006.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la accionada (i) reajustar la pensión de jubilación al « [...] valor al que efectivamente [...] [tiene] derecho, a partir del **1º de enero de 2003**, fecha en la que se hizo efectivo [...] [su] retiro definitivo para gozar de la pensión, en la suma de CINCO MILLONES TREINTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS CON 61/100 M/CTE, (\$5,035,959.61),

o lo que resulte probado de las operaciones matemáticas que se hagan de acuerdo con los factores salariales base de liquidación»; (ii) pagar «[...] las diferencias pensionales que se originen entre la pensión reconocida y la que [tiene] derecho, causadas tanto para los meses transcurridos desde el 1° de enero de 2003 y hasta la fecha, como las que se causen con posterioridad a la presentación de esta demanda, teniendo en cuenta los incrementos anuales ya determinados por la ley y los que se determinen de aquí en adelante para las pensiones, con inclusión de las mesadas adicionales de junio y de diciembre de cada año», y (iii) dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del CCA. Por último, condenar en costas a la demandada.

1.3 Fundamentos fácticos. Relata la demandante que nació el 3 de mayo de 1951 y laboró «[...] al servicio del Estado Colombiano en la Rama Judicial, a partir del dieciséis (16) de septiembre de mil novecientos ochenta y uno (1981) hasta el 31 de diciembre de 2002, esto es, durante veintiún (21) años, tres (3) meses y quince (15) días, siendo [...] [el] último cargo el de Fiscal Seccional de Guadalajara de Buga, Valle del Cauca».

Dice que «[...] luego de cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, esto es, 20 años de servicio y 50 años de edad, solicit[ó] a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL el reconocimiento y pago de dicha prestación en los términos de los Decretos 546 de 1971 y 1660 de 1978, aplicables a los servidores de la Rama Judicial [...]».

Que «Mediante la Resolución N° 16854 del 3 de julio de 2002 (en la que igualmente aparece como fecha el "20/06/2002"), la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL accedió al reconocimiento de [...] [su] pensión de vejez, y para determinar el valor de la mesada tomó el promedio de lo que deveng[ó] entre el 01 de abril de 1994 y el 30 de septiembre de 2001, sin tener en cuenta [...] el último mejor salario percibido durante el año 2001, al igual que las primas de vacaciones, servicios y de navidad».

Aduce que acudió «[...] ante el Juez Constitucional-Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Valle del Cauca-, quien en sentencia del 23 de octubre de 2003, proferida dentro del expediente N° 20031318, no sólo amparó [...] [sus] derechos fundamentales sino que ordenó a la entidad aquí demandada se [l]e reconociera en FORMA DEFINITIVA una mesada pensional equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada [...] devengada como FISCAL SECCIONAL durante el último año de servicios -2002-, aplicando en su integridad el artículo 6° del Decreto 546 de 1971».

Que «En cumplimiento del fallo de tutela proferido el 23 de octubre de 2003 [...] [Cajanal emitió] la [R]esolución N° 0000135 del 20 de enero de 2004 (en cuyo texto igualmente aparece como fecha el "23/12/2003"), reliquidando [...] [la] pensión de vejez [...] tomando como factores salariales para determinar su cuantía los [...] devengados durante el año 2001».

Afirma que «Habiendo sido [...] [su] último año de servicios el comprendido entre el 1° de enero de 2002 al 31 de diciembre de 2002, tal como consta en certificación de ingresos por primas y sueldos [...] recibidos durante la citada anualidad, la asignación mensual más elevada fue la de MAYO de 2002, cuando deveng[ó] la suma de \$2,353,354.00».

Que «Mediante escrito adiado el 31 de mayo de 2006, dirigido a [...] -CAJANAL E.I.C.E.-, solicit[ó] la expedición del acto administrativo por medio del cual se [l]e reconociera en forma definitiva la pensión equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que deveng[ó] como Fiscal Seccional durante el último año de servicios -2002-, con aplicación íntegra del artículo 69 del Decreto 546 de 1971 [...]».

Arguye que la anterior petición fue resuelta a través de «[...] Resolución 58329 del 31 de octubre de 2006 (donde igualmente aparece como fecha el "24/16/2006"), en la que si bien es cierto manifiesta seguir los parámetros establecidos por el aludido fallo de tutela, conforme al Decreto 546 de 1971, a la [sic] final termina por apartarse de la mencionada disposición legal, pues sencillamente los factores allí expresados no corresponden, en cada caso, al más alto que recib[ió] durante el año 2002 [...]».

Que, contra la anterior decisión interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto con Resolución PAP 34274 de 24 de enero de 2011, en el sentido de confirmar el acto administrativo recurrido.

Sostiene que, posteriormente, la extinguida Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) profirió la Resolución PAP 57644 de 16 de junio de 2011, con la que adicionó la Resolución 58329 de 31 de octubre de 2006.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por los actos demandados los artículos 2º, 5º, 11, 13, 16, 23, 29 y 53 de la Constitución Política; 6º del Decreto 546 de 1971, 12 del Decreto 717 de 1978, 4º del Decreto 911 de 1978, 1º de la Ley 33 de 1985, 36 de la Ley 100 de 1993 y 12 del Decreto 247 de 1997.

Precisa que, las Resoluciones acusadas no solo se «[...] encuentran viciadas de nulidad por vicio de forma, es decir, por expedición irregular, sino que de contera terminan por transgredir los principios y preceptos constitucionales [...] por cuanto [...] a pesar de [...] existir orden expresa de un Juez de la República acerca de la manera como se debía proceder respecto de [...] [la] pensión de vejez, CAJANAL EICE -EN LIQUIDACIÓN- [...] [ha] hecho caso omiso [...]».

Que «La entidad demandada desconoció el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, instituto jurídico que otorgó a quien se encuentre en el supuesto de hecho establecido en su artículo 36, el derecho a que se aplique, en materia de pensión de vejez, el régimen normativo que con anterioridad a dicha preceptiva regulaba lo relativo a la edad para acceder al derecho, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión».

Arguye que «En las resoluciones números 58329 del 31 de octubre de 2006, por medio de la cual CAJANAL EICE -EN LIQUIDACIÓN- reliquidó parcialmente [...] [la] pensión de vejez, y PAP 034274 del 24 de enero de 2011, que resolvió el recurso de reposición incoado contra ésta, se encuentra una primera violación legal materializada en que, acorde con lo expresado en el hecho sexto de esta demanda, habiendo sido [...] [su] último año de servicios el comprendido entre el 1º de enero de 2002 al 31 de diciembre de 2002, tal como consta en certificación de ingresos por primas y sueldos [...] recibidos durante el citado año, la asignación mensual más elevada fue la de MAYO de 2002, cuando deveng[ó] la suma de \$2,353,354.00; sin embargo, la que caprichosamente tomó CAJANAL fue \$2,058,895.00».

Que «En la[s] mencionadas resoluciones se aprecia otra **violación legal** exteriorizada en que, si bien es cierto se incluye en la base de liquidación la **bonificación por servicios**, también lo es que tan sólo se hace en una doceava (1/12) parte, debiendo ser en **un cien por ciento (100%)**, por cuanto tal bonificación [l]e fue pagada mensualmente y en consecuencia constituye factor salarial completo y no como si se tratara de una prima [...]».

Que «[...] la entidad demandada quebranta las normas atrás citadas, toda vez que la reliquidación de [...] [su] pensión debió practicarse con base en la asignación mensual más elevada de[l] [...] último año de labores, entendiéndose como tal el **salario, los gastos de representación, la**

prima especial y la bonificación por servicios prestados, en un cien por ciento (100%) y las demás primas y vacaciones en una doceava (1/12) parte».

Advierte que en el presente asunto «[...] **no existe prescripción sobre las mesadas atrasadas,** pues [...] ha actuado permanentemente en sede administrativa y judicial, tal como se dejó descrito en los hechos de la presente demanda. Cosa distinta es que la entidad demandada, no sólo en contravía de los principios que regulan la actividad administrativa, sino causando menoscabo de [...] [sus] derechos fundamentales, se halla [sic] demorado en resolver las diversas solicitudes, en especial, el recurso de reposición incoado contra la Resolución N° 58329 del 31 de octubre de 2006, frente al cual, a pesar de reiteradas peticiones [...] se demoró más de cuatro (4) años, emitiéndose al efecto la **Resolución PAP N° 034274 del 24 de enero de 2011,** [...] **notificada personalmente el 10 de febrero de 2011**».

1.5 Contestación de la demanda (ff. 124 a 130). La entidad demandada, a través de apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones; respecto de los hechos afirma que unos son ciertos, otros no y los demás deberán probarse. Asevera que «De conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se deduce que, la parte actora, est[á] incurs[a] en la figura jurídica denominada régimen de transición; ante lo cual se le debe respetar la norma especial anterior con la cual era susceptible de ser pensionada. La normatividad especial a tener en cuenta para este caso concreto, son el [D]ecreto 546 de 1971 y el [D]ecreto 717 de 1978. Los cuales [...] se tuvieron en cuenta al momento de liquidar la pensión de jubilación».

Que «[...] Si bien es cierto que el actor antes de la vigencia de la [L]ey 100 de 1993 se encontraba amparado por una normatividad diferente ([D]ecreto 546 de 1971 y el [D]ecreto 717 de 1978), no es menos cierto que para efectos de reconocimiento y liquidación de la pensión del actor; ésta se le ha respetado en el sentido de la aplicación de la edad, tiempo y monto» (sic).

Expresa que «[...] no es opcional por parte de esta entidad el hecho de incluir o no en la liquidación de la pensión de jubilación, el monto o los factores salariales reclamados por el peticionario, por cuanto el legislador en dicha disposición los señala en forma taxativa».

1.6 La providencia apelada (ff. 188 a 199). El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en sentencia de 21 de julio de 2014, accedió a las súplicas de la demanda, al considerar que comoquiera que la accionante laboró para la Rama Judicial por más de 20 años y es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, le asiste el derecho a que su pensión de jubilación sea reconocida conforme lo establece el Decreto 546 de 1971, esto es, «[...] con el equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiese devengado en el último año de servicios, esto es, entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2002».

1.7 El recurso de apelación (ff. 200 y 200 vuelto). Inconforme con la anterior sentencia, la entidad demandada interpuso recurso de apelación, habida cuenta que «[...] la Caja Nacional de Previsión Social, hoy UGPP, al expedir las resoluciones demandadas actuó conforme a derecho porque respet[ó] las normas correspondientes al caso de la [actora] [...], con base al fallo proferido por el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, amparado por la [L]ey 100 de 1993, por lo cual se hace importante reiterar que los factores salariales que se reconocieron como salario base de liquidación para su pensión de vejez fueron: asignación básica mensual, bonificación por compensación, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y gastos de representación».

Que «[...] no sería procedente realizar la reliquidación de [la] pensión de vejez, solicitada por la

parte accionante, en cuanto a la aplicación del [D]ecreto 510 de 2003, en ninguna parte se pronuncia acerca de la limitación o no de la cuantía pensional de la demandante y para tal efecto solamente invoca la aplicación del [...] Artículo 6 del Decreto 546 de 1971, norma que en ninguna parte establece la excepción de no limitar su cuantía en los veinticinco (25) salarios mínimos [...]».

Concluye que «[...] la entidad reconoció la pensión [...] a la [actora] [...] conforme a derecho [...] [, toda vez que] se incluyeron todos los factores salariales determinados en el Artículo 6 del Decreto 546 de 1971, es decir teniendo en cuenta el 75% de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicios, incluyendo efectivamente lo devengado por la accionante».

II. TRÁMITE PROCESAL.

El recurso de apelación fue concedido mediante proveído de 28 de enero de 2015 (f. 263) y admitido por esta Corporación a través de auto de 8 de abril siguiente (f. 274), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las otras partes por estado, en cumplimiento del artículo 212 del CCA.

2.1 Alegatos de conclusión. Admitida la alzada, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, con auto de 25 de septiembre de 2015 (f. 276), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por la demandante, quien solicita se confirme la sentencia de primera instancia e insiste en que el recurso de apelación presentado por la entidad demandada carece de sustento, puesto que no cuestionó ningún aparte del fallo apelado[1].

III. CONSIDERACIONES.

3.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 129 del CCA, esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

3.2 Cuestión previa. La parte actora, en su escrito de alegatos de conclusión, arguye que de conformidad con los artículos 212 del CCA y 67 de la Ley 1395 de 2010, vigentes para la época de presentación de la demanda, debe declararse desierto el recurso de apelación interpuesto por la entidad accionada «[...] **por adolecer de sustento material** [...]».

Al respecto, el juez de primera instancia, con auto de 28 de enero de 2015, precisó que el citado artículo 212 del CCA establece que «[...] la no sustentación del recurso dentro del término legal, da lugar a la declaratoria de desierto, siendo esa la causal que establece la norma, y no la suficiencia, o no, de la argumentación, como lo quiere hacer ver [...]», motivo por el cual no se aceptó la aludida solicitud.

Sobre este aspecto, se advierte que, tal como lo anotó el a quo, no es dable declarar desierto el recurso de apelación presentado por la entidad demandada, habida cuenta de que, por un lado, fue formulado en tiempo y, por otro, de su texto se observa claramente que la inconformidad de la accionada radica en que a la demandante se le liquidó la pensión de jubilación de conformidad con lo establecido en el Decreto 546 de 1971.

3.3 Problema jurídico. Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si a la demandante le asiste derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, por no habersele tenido en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados con la asignación más elevada del último año de

labores, conforme al régimen especial aplicable a los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional previsto en el Decreto 546 de 1971, o al contrario, carece de razón, pues para efectos de la liquidación pensional le es aplicable el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y su Decreto reglamentario 1158 de 1994.

3.4 Marco jurídico. En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

Lo primero que ha de anotarse es que la Ley 100 de 1993, «Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones», fue expedida por el Congreso de la República con el fin, entre otros, de unificar la normativa en cuanto a la diversidad de regímenes pensionales especiales existentes.

No obstante lo anterior y con el objetivo de evitar menoscabar derechos a personas que se encontraban próximas a ser pensionadas o tuviesen cierto tiempo de servicio, se previó el régimen de transición, consagrado en el artículo 36 de la referida Ley 100 de 1993.

En efecto, en dicha norma se dispuso que las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social integral (1° de abril de 1994) contaran con treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, se les reconocerá la pensión de jubilación de conformidad con el régimen anterior al cual se encontraban afiliados, es decir, la pensión de jubilación respecto a la edad, tiempo de servicio y monto de la misma se les aplicará el régimen anterior.

En lo que atañe al ingreso base de liquidación (IBL) pensional de tales personas, **el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 preceptúa que los beneficiarios del régimen de transición** «[...] que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE» (se subraya). Respecto de esta norma, la Corte Constitucional[2] precisó:

[...] En efecto, la Sala recuerda que el propósito original del Legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993[3], tal como se desprende del texto de la disposición y de los antecedentes legislativos, fue crear un régimen de transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas. Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo. El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36 [...]

Para el efecto, la Corte acudirá a la regla general de Ingreso Base de Liquidación prevista en los artículos 21 y 36 de la Ley 100. En efecto, el artículo 36 estableció dos reglas específicas en la materia: **(i)** para quienes el 1° de abril de 1994, les faltara menos de 10 años para pensionarse, el IBL sería **(a)** "el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta" para reunir los requisitos para causar el derecho a la pensión, o **(b)** el promedio de lo "cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE". **(ii)** En los demás casos, es

decir, en la hipótesis de las personas a quienes el 1° de abril de 1994 les faltaban más de 10 años para reunir los requisitos de causación de la pensión, a falta de regla especial en el artículo 36 y teniendo en cuenta que el inciso segundo ibídem solamente ordena la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes especiales sobre edad, tiempo de cotización o servicios prestados, y tasa de reemplazo, se les debe aplicar la regla general del artículo 21 de la Ley 100, el cual indica:

"ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo."

El precitado derrotero fue acogido por la sala de lo contencioso-administrativo del Consejo de Estado, al estudiar un caso en el que se reclamaba el reajuste de la pensión de jubilación en virtud de la Ley 33 de 1985, mediante sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, expediente 52001-23-33-000-2012-00143-01 (4403-2013), consejero ponente César Palomino Cortés, en la que se fijaron las siguientes reglas de interpretación en torno al tema, así:

[...] Sentar como jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que consagra el régimen de transición pensional, lo siguiente:

1. El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985.

2. Para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

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

3. Los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Lo anterior, al considerar:

A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del

artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma.

86. Como se dijo en párrafos anteriores el régimen de transición prorrogó la vigencia de todos los regímenes pensionales anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, otorgando efectos ultractivos a algunos elementos constitutivos de dichos regímenes para aquellas personas que se encontraban afiliadas a los mismos y que estaban próximas a adquirir el derecho pensional. Tales elementos son la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.

87. Para establecer el monto de la pensión, el legislador, en este caso de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de su libertad de configuración, fijó un elemento, el IBL, que cumpliría con la finalidad no solo de unificar la base de la pensión para todos aquellos que estaban próximos a pensionarse, sino como manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones; máxime teniendo en cuenta que el periodo de transición abarcaría varias décadas[4].

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

89. Entonces la razonabilidad de ese cambio legislativo está en poder conciliar la finalidad que motiva la reforma pensional con la confianza y la expectativa de los ciudadanos que están próximos a pensionarse, es decir, garantizar el interés general sin sacrificar del todo el interés particular. Es importante precisar que un cambio en el sistema de pensiones necesariamente implica el establecimiento de requisitos y condiciones, en principio, menos favorables, para adquirir la pensión, por eso se requiere un periodo de transición que permita implementar de manera ponderada y equilibrada el nuevo régimen, concretamente, para aquellas personas que, bajo las condiciones legales anteriores, podrían adquirir su pensión en un corto periodo de tiempo.

De acuerdo con la anterior normativa y la jurisprudencia citada, nótese que en criterio de la Corte Constitucional y la sala de lo contencioso-administrativo del Consejo de Estado en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador excluyó del régimen de transición la expectativa de las personas beneficiarias de este de obtener su pensión con el ingreso base de liquidación que consagraba el régimen anterior al que se encontraban afiliados al entrar en vigor aquella; por ende, en virtud del principio de favorabilidad, la correspondiente entidad de previsión social, al momento de la liquidación pensional deberá determinar el ingreso base de liquidación que le fuera más benéfico al pensionado, en la medida en que la Ley 100 de 1993 permite optar por (i) el promedio de lo cotizado durante el tiempo que le hiciere falta entre la entrada en vigor de la Ley 100 (1° de abril de 1994) y la adquisición del estatus pensional, si fuere inferior a 10 años; (ii) el promedio de lo aportado durante todo el tiempo, si el monto es superior, actualizado anualmente con el índice de precios al consumidor (IPC); o (iii) el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años, conforme al artículo 21 ibidem.

Ahora bien, para efectos de determinar los factores sobre los cuales se debieron efectuar cotizaciones, cabe anotar que con el Decreto 691 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se incorporaron el sistema general de pensiones a los servidores públicos (i) de la rama ejecutiva

del orden nacional, departamental, municipal o distrital, así como de sus entidades descentralizadas; y (ii) del Congreso de la República, de la rama judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la organización electoral y la Contraloría General de la República; en cuyo artículo 6° se estableció el salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema de tales servidores, modificado por el Decreto 1158 de 1994, que previó los siguientes factores sobre los que se debe efectuar aportes: a) asignación básica mensual, b) gastos de representación; c) prima técnica, cuando sea factor de salario; d) primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor salarial; e) remuneración por trabajo dominical o festivo; f) remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna; y g) bonificación por servicios prestados.

Por otro lado, en lo pertinente a la normativa que rige los requisitos y tasa de la pensión de jubilación a la que alude la presente demanda, la Sala se remite a lo preceptuado en el Decreto 546 de 1971, «Por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares», que en relación con el asunto objeto de examen dispone:

Artículo 6°. Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas

Obsérvese que el Decreto 546 de 1971, en lo pertinente, prescribe como requisitos para acceder a la pensión especial de jubilación por parte de los empleados oficiales, haber servido veinte (20) años continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a su entrada en vigor, de los cuales por lo menos diez (10) lo hayan sido exclusivamente a la rama jurisdiccional o al Ministerio Público (o a ambos) y tener cincuenta y cinco (55) años de edad. Igualmente, determina como tasa de reemplazo un 75%.

3.5 Caso concreto. El material probatorio traído al plenario da cuenta de la situación respecto de los hechos a los cuales se refiere la presente demanda, en tal virtud, se destaca:

a) Cédula de ciudadanía de la accionante, en la que se observa que nació el 3 de mayo de 1951 (f. 1 c. ppal.).

b) Constancia expedida por la Fiscalía General de la Nación, según la cual la demandante laboró para la Rama Judicial del 16 de septiembre de 1981 al 30 de junio de 1992 y se incorporó a la Fiscalía General de la Nación a partir del 1° de julio de 1992 (f. 15 c. pruebas).

c) Certificación de 16 de octubre de 2001 de la Fiscalía General de la Nación, que da cuenta de que la actora entre 1994 y 2001, además de la asignación básica, devengó primas de vacaciones, especial de servicios y navidad, bonificación por servicios prestados, vacaciones en dinero y gastos de representación (ff. 16 a 21 c. pruebas).

d) Certificación de 16 de enero de 2007 de la Fiscalía General de la Nación, en la que se informa que la demandante durante el último año de servicios (1° de enero a 31 de diciembre de 2002),

recibió sueldo básico, primas de vacaciones, servicios, especial de servicios y navidad, bonificación por servicios prestados, vacaciones en dinero y gastos de representación (f. 34 c. ppal.).

e) Resolución 16854 de 3 de julio de 2002, a través de la cual la entonces Caja Nacional de Previsión Social le reconoció la pensión de jubilación a la actora, con el 75% «[...] del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 7 años [y] 6 meses [...]», condicionada a la demostración del retiro definitivo del servicio, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 546 de 1971, en concordancia con el artículo 36 (inciso 3º) de la Ley 100 de 1993 (ff. 2 a 6 c. ppal.).

f) Sentencia de tutela de 23 de octubre de 2003 de la sala jurisdiccional disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Valle del Cauca, en la que amparó los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, mínimo vital, vida digna, seguridad social y respeto a los derechos adquiridos de la aquí demandante y ordenó, de manera definitiva, a la extinguida Cajanal reajustar la pensión de jubilación de la demandante con el «[...] 75% de la asignación mensual más elevada que le corresponda durante el último año de servicios, aplicando en su integridad el artículo 6º del Decreto 546 de 1971 [...]» (ff. 489 a 496 c. pruebas).

g) Resolución 135 de 20 de enero de 2004, con la que Cajanal, en cumplimiento de la anterior orden judicial, reajusta la pensión de jubilación de la actora, con base en el «[...] 75% sobre el salario promedio de [la] asignación mensual más elevada devengada en el último año e servicios y teniendo en cuenta la totalidad de los factores de salario [...]», condicionada a la demostración del retiro definitivo del servicio (ff. 8 a 11 c. ppal.).

h) Resolución 58329 de 31 octubre de 2006, por medio de la cual Cajanal reliquida la pensión de jubilación de la demandante por haber demostrado el retiro definitivo del servicio, con inclusión, además de la asignación básica, de las primas de navidad, servicios, vacaciones y especial, la bonificación por servicios prestados y los gastos de representación, devengados entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2002, efectiva a partir del 1º de enero de 2003.

Asimismo, da cuenta de que la accionante prestó sus servicios para la Rama Judicial desde el 16 de septiembre de 1981 hasta el 30 de junio de 1992 y con la Fiscalía General de la Nación entre el 1º de julio de 1992 y el 30 de diciembre de 2002 (ff. 14 a 17).

i) Resolución PAP 34274 de 24 de enero de 2011, por la cual se desató de manera desfavorable el recurso de reposición presentado contra la aludida Resolución 58329 de 31 octubre de 2006 (ff. 30 a 32).

j) Resolución PAP 57644 de 16 de junio de 2011, con la que se adiciona la Resolución 58329 de 31 octubre de 2006, en el sentido de ordenar «[...] Descontar de las mesadas atrasadas a que tiene derecho [...] la suma de CUATRO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SIETE PESOS [...] por concepto de aportes para pensión de factores de salario no efectuados [...]».

Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, lo primero que ha de advertirse es que la accionante se encontraba amparada por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que para el 1.º de abril de 1994 tenía más de 35 años de edad.

De las pruebas anteriormente relacionadas, se desprende que la actora cumplió 50 años de edad el 3 de mayo de 2001 y laboró en la Rama Judicial del 16 de septiembre de 1981 al 30 de junio de 1992 y para la Fiscalía General de la Nación desde el 1º de julio de 1992 hasta el 30 de

diciembre de 2002, es decir, que completó como tiempo de servicios más de 20 años, por lo que la entonces Cajanal le reconoció, en principio, su pensión vitalicia de jubilación de conformidad con los requisitos de edad y tiempo, así como con la tasa pensional (75%), contenidos en el Decreto 546 de 1971, y calculada sobre el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para alcanzar el estatus pensional (7 años y 6 meses).

No obstante, se advierte que la entonces Cajanal, en cumplimiento de una orden de tutela, a través de Resolución 135 de 20 de enero de 2004, reajustó la pensión de jubilación de la demandante con base en el 75% de la asignación mensual más elevada, con inclusión de la asignación básica, las primas de navidad, vacaciones y especial, la bonificación por servicios prestados y los gastos de representación, condicionada a demostrar el retiro definitivo del servicio.

Luego, por medio de la Resolución 58329 de 31 de octubre de 2006, se reliquidó tal prestación de la misma manera, pero de acuerdo con la asignación más elevada devengada durante el año 2002, por haber demostrado el retiro definitivo del servicio, teniendo en cuenta, además de la asignación básica, las primas de navidad, servicios, vacaciones y especial, la bonificación por servicios prestados y los gastos de representación.

Por último, con Resolución PAP 57644 de 16 de junio de 2011, se adiciona la mencionada Resolución 58329 de 31 de octubre de 2006, en el sentido de ordenar «[...] Descontar de las mesadas atrasadas a que tiene derecho [...] la suma de CUATRO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SIETE PESOS [...] por concepto de aportes para pensión de factores de salario no efectuados [...]».

Ahora bien, en el asunto sub examine la demandante solicita se ordene a la accionada reliquidar su pensión de jubilación con el 75% de la asignación mensual más elevada, que, para ella, corresponde al mes de mayo del año 2002, toda vez que dicho mes no fue tenido en cuenta para el cálculo de su pensión.

Esta Sala considera oportuno precisar que, en atención a las reglas de interpretación fijadas tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, plasmadas en las sentencias citadas en el acápite precedente, en el sentido de que en el inciso 3° del artículo 36 ibidem el legislador excluyó del régimen de transición la expectativa de las personas beneficiarias de este de obtener su pensión con el ingreso base de liquidación que consagraba el régimen anterior al que se encontraban afiliados al entrar en vigor aquella, por lo que se someten al mandato contenido en tal norma o en el artículo 21 ib, según corresponda, a la demandante se le debió haber liquidado su pensión de jubilación con base en el 75% del promedio de (i) lo cotizado durante el tiempo que le hiciera falta entre la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 y la adquisición del estatus pensional, si fuere inferior a 10 años; (ii) de lo aportado durante todo el tiempo, si el monto es superior, actualizado anualmente con el índice de precios al consumidor o (iii) lo cotizado durante los últimos 10 años, según le sea más favorable.

Sin embargo, se observa que a través de Resolución 58329 de 31 de octubre de 2006, se reliquidó la pensión de jubilación de la actora con el 75% de la asignación mensual más elevada devengada durante el año 2002, con inclusión de la totalidad de los factores salariales recibidos, por lo que a este cuerpo colegiado no le es dable proferir un fallo que desborde las pretensiones de la acción, ni acceder a ellas, puesto que la demandante carecía del derecho a obtener su pensión tal como fue calculada en sede administrativa.

Lo anterior, comoquiera que en virtud del principio de congruencia, consagrado en el artículo 281 del Código General del Proceso[5], la sentencia que resuelva el fondo del asunto debe proferirse acorde con los hechos y las pretensiones esgrimidas en la demanda, mandato que, además, se convierte en una garantía del debido proceso, pues busca que el juez solo se pronuncie respecto de lo discutido a lo largo del trámite procesal.

En ese orden de ideas, si bien es cierto que la pensión de jubilación de la accionante debió ser reconocida de conformidad con los requisitos de edad y tiempo, así como con la tasa pensional (75%), contenidos en el Decreto 546 de 1971, pero calculada como lo preceptúa el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el 21 ibidem y en armonía con los emolumentos establecidos en los Decretos 691 y 1158 de 1994 como ingreso base de cotización (IBC), también lo es que la extinguida Caja Nacional de Previsión Social la liquidó con el 75% de la asignación más elevada durante el último año de servicios, con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados, situación que no puede ser cambiada contra la actora, habida cuenta que es ella, en su calidad de beneficiaria de la prestación, quien acude ante esta jurisdicción.

Por otra parte, en lo que atañe al porcentaje de la bonificación por servicios prestados que debe incluirse en el IBL pensional de los exservidores de la Rama Judicial, cabe anotar que esta constituye un factor salarial que se paga siempre que el empleado cumpla un año de servicios en forma continua en la misma entidad oficial, motivo por el cual para efectos de la inclusión del referido emolumento en la liquidación de la pensión del interesado debe hacerse en una doceava parte, y no sobre el 100%, como lo depreca la demandante, por lo que, se insiste, este se recibe de manera anual, de acuerdo con el precedente jurisprudencial de esta Corporación[6].

Por lo tanto, con base en los razonamientos que se dejan consignados, en armonía con los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se revocará la sentencia de primera instancia, que accedió a las pretensiones de la demanda, para en su lugar negarlas.

Por último, en atención a que quien se halla habilitado legalmente para ello confirió poder en nombre de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), se reconocerá personería al profesional del derecho destinatario de dicho mandato (ff. 280 a 290).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1.º Revócase la sentencia de veintiuno (21) de julio de dos mil catorce (2014) proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que accedió a las súplicas de la demanda en el proceso instaurado por la señora Mariela Lenis contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social; y en su lugar, niéganse tales pretensiones, conforme a la parte motiva.

2º. Reconócese personería al abogado Manuel Alejandro Herrera Téllez, con cédula de ciudadanía 79.627.523 y tarjeta profesional 171.600 del Consejo Superior de la Judicatura, para representar a la UGPP en los términos del poder otorgado.

3.º Ejecutoriada esta providencia y cumplida la orden anterior, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de la fecha.

CARMELO PERDOMO CUÉTER

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

[1] A través de memorial de 29 de septiembre de 2014, la actora solicitó se declarara desierto el recurso de apelación presentado por la entidad demandada, en atención a que este no se encuentra sustentado en debida forma (ff. 213 a 217).

[2] Corte Constitucional, sentencia C-258 de 2013.

[3] El artículo 36 indica: "ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. || **La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez** de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. || El **ingreso base para liquidar** la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE" (negrilla fuera del texto).

[4] En virtud del Acto Legislativo No. 1 de 2005, la aplicabilidad del régimen de transición corrió hasta el 31 de julio de 2010, o, excepcionalmente, hasta el 31 de diciembre de 2014, en el caso que los beneficiarios contaran con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios al momento de la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo.

[5] «La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

[...]»

[6] Sentencias de 29 de junio de 2006, expediente 15001-23-31-000-2000-02396-01(7559-05), consejero ponente Tarsicio Cáceres Toro; de 8 de febrero de 2007, consejero ponente Alberto Arango Mantilla, radicado 25000-23-25-000-2003-06486-01 (1306-06); de 6 de agosto de 2008,

consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve, expediente 25000-23-25-000-2002-12846-01 (0640-08); y de 14 de agosto de 2009, consejero ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicado 25000-23-25-000-2005-03346-01 (1508-08).

2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
ISSN 2256-1633
Última actualización: 31 de octubre de 2019

