



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No. 20211030000651 - OAJ

Fecha: 12-01-2021 08:16

Bogotá D.C.,

Doctor

Camilo Andrés Jaramillo Tibaquicha

Subdirector de Asesorías y Conceptualización Pensional

Unidad de Pensión y Parafiscales UGPP

Correo: notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co

Dirección: Av. Carrera 68 No. 13-37

Asunto: Concepto previo de extensión de jurisprudencia de BRICEIDA LÓPEZ DE RINCÓN

Radicado Agencia: 20208001863562

Respetado doctor Jaramillo:

De conformidad con los artículos 614 del Código General del Proceso y 2.2.3.2.1.5 del Decreto 1069 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho", procede la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (en adelante, la Agencia) a emitir concepto previo a solicitud suya, con ocasión de la petición de extensión de jurisprudencia formulada ante su despacho por la señora BRICEIDA LÓPEZ DE RINCÓN en la que invoca la extensión de los efectos jurídicos de la sentencia del 20 de octubre de 2010, radicado No. 11001031500020040020801, proferida por el Consejo de Estado, sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial Transitoria de Decisión 2B, Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia.

Con fundamento en dicha decisión, la peticionaria, solicita a la Unidad de Pensión y Parafiscales UGPP, "Primero: *Emitir un acto administrativo mediante el que se reconozca que, la pensión de jubilación a la que tiene derecho la señora LÓPEZ DE RINCON - C.C. 20.219.513, es la consagrada en el Decreto Ley 3135 de 1968; y que se debe calcularse sobre los factores señalados en el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978 y con observancia del artículo 73 del Decreto 1848 de 1969.*

Segundo: *INDEXAR el valor de la primera mesada, incluyendo todos los factores salariales que la solicitante ha acreditado como devengados. Entre los que se encuentran: La prima de alimentación, la prima de transporte, la prima de servicios, la prima de vacaciones y la prima de navidad.*



Tercero: PAGAR retroactivamente las diferencias que resulten a favor de la solicitante”[1].

Cabe advertir que de acuerdo con el parágrafo del artículo 2.2.3.2.5 del Decreto 1069 de 2015: "La valoración de las pruebas y la verificación de los supuestos de hecho de cada caso concreto corresponderá a la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, en los términos del artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".

Precisado el propósito de los peticionarios con su solicitud de extensión de jurisprudencia, para emitir el concepto previo solicitado, corresponde a la Agencia verificar si la citada providencia corresponde al concepto de sentencia de unificación, como lo exige el artículo 102 del CPACA y conforme a las modalidades de sentencias de unificación que contempla el artículo 270 del mismo Código, previa una breve exposición de sus argumentos esenciales.

1. Principales consideraciones de la sentencia del 20 de octubre de 2010, radicado No. 11001031500020040020801, proferida por el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial Transitoria de Decisión 2B, Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia.

En la Sentencia del 20 de octubre de 2010, radicado No. 11001031500020040020801, proferida por el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial Transitoria de Decisión 2B, fue resuelto el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 10 de abril de 2003, proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que confirmó y adicionó el fallo del 7 de julio de 2000 dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declaró la nulidad de los actos demandados y, ordenó reconocer y pagar la pensión de vejez.

Dentro de los antecedentes indicó el accionante que se vinculó como empleado de la Superintendencia Bancaria el 6 de noviembre de 1964 y que, el 28 de octubre de 1997 -luego de prestar los servicios a la entidad por 32 años, 11 meses y 25 días y decumplir los 55 años de edad- solicitó a la Caja de Previsión Social de la entidad el reconocimiento de la pensión.

En cumplimiento de los requisitos de ley, Capresub reconoció a su favor la pensión de vejez por \$541.609,41 mensuales, apartir del 1º de noviembre de 1997. Esa decisión está contenida en la resolución 0095 de 25 de febrero de 1998, contra la cual interpuso recurso de reposición porque la Caja no efectuó la liquidación de acuerdo con las alternativas que prevé el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. No tuvo en cuenta todo lo devengado en el último año de servicios (\$20'579.080,57). La Caja, en Resolución 0540 de 5 de mayo de 1998 no repuso la decisión impugnada por considerar que la solicitud no tenía fundamento fáctico ni jurídico.



Señaló el accionante que Capresub por más de 30 años incluyó, como factor pensional, las primas que pagaba a sus afiliados en junio y en diciembre. Devengó viáticos de manutención y alojamiento, durante 200 días del último año de servicios y, por espacio de 15 años consecutivos, hizo los aportes del fomento al ahorro y de la prima estatutaria. Este factor pensional fue modificado por el acuerdo 006 de 18 de abril de 1994 expedido por la Junta Directiva de Capresub, donde se ordenó a los empleados de la Superintendencia no seguir cotizando sobre estos factores. Pero, dicho acuerdo no se publicó en el Diario Oficial.

Como consecuencia, el señor Rafael María Galeano Páez, interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de reconocimiento pensional donde planteó las siguientes pretensiones:

1- Se anule parcialmente las resoluciones 095 y 0540 expedidas por la Dirección General de la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria, el 25 de febrero y 5 de mayo de 1998, respectivamente mediante las cuales decretó una pensión de vejez a favor del señor Rafael María Galeano Páez.

2- Que, como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos singularizados precedentemente:

a- Ordene, a título de restablecimiento del derecho, a la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria el reconocimiento y pago:

b- de la reliquidación de la pensión de vejez a favor del demandante, a partir del 1º de noviembre de 1.997 en cuantía equivalente al 75% del promedio salarial devengado entre el 1º de abril de 1.994 y el 30 de octubre de 1.997; o, en su defecto, de lo que resultare más favorable a sus intereses, de conformidad con las alternativas que prevé el artículo 36 de la ley 100 de 1.936 y habida cuenta de todo aquello que es salario -o se haya considerado salario- así como de los factores que, para efectos de la liquidación de la pensión, debe computarse, según lo previsto en las normas legales pertinentes.

b-2- los reajustes legales de la pensión reliquidada según lo pedido en el literal b.1);

b-3- los intereses corrientes y de mora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del C.C.A.

b-4- la indexación o reajuste monetario de lo debido, al tenor de lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A. b-5- las costas y agencias en derecho".

En cuanto a la sentencia de primera instancia, tenemos que la Sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó la nulidad parcial de los actos administrativos demandados y, en consecuencia, como restablecimiento del derecho ordenó a Capresub liquidar la pensión de vejez reconocida al demandante, con efectividad a partir del 1º de noviembre de 1997, en el equivalente al 75% de los factores salariales que debieron servir de base para calcular los aportes a esa Caja durante su último año de servicio, conforme con la Ley 62 de 1985, del 1º de noviembre de 1996 al 31 de octubre de 1997; además, indicó que, en cumplimiento del artículo 178 del C.C.A., esas sumas a restablecer deben ser ajustadas con base en la fórmula de valor presente multiplicada por el índice de precios al consumidor final sobre el índice de precios inicial.



Respecto a la sentencia suplicada, correspondió su estudio a la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, donde se confirmó la decisión de primera instancia, adicionando la orden de incluir el rubro correspondiente a fomento de ahorro que el demandante devengó durante el último año de servicios.

Las consideraciones de dicha decisión, se basan en que, la pensión de jubilación para los empleados de la Rama Ejecutiva subsumidos dentro del régimen de transición, se liquida de acuerdo con lo establecido por las Leyes 33 y 62 de 1985, cuando no tienen régimen prestacional especial propio, como acontece con los empleados de la Superintendencia Bancaria.

Agregaron que el Decreto 125 de 1976 invocado por el demandante para que le sea aplicado, tan solo modificó la estructura de la Superintendencia, suprimió cargos y redistribuyó funciones, pero no se refirió a asuntos prestacionales y que el Decreto 1045 de 1978, no le es aplicable al accionante pues no se hallaba vigente al momento de la solicitud de la prestación.

Con base en las Leyes 33 y 62 de 1985 y, en los antecedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado examinó que la asignación de fomento al ahorro hace parte de la asignación básica de los empleados y que, por lo tanto, es uno de los factores señalados por el legislador como factor salarial para efectos de la liquidación de la pensión. No se tienen en cuenta los factores de viáticos ni prima estatutaria establecidos en la Ley 62 de 1985, pues en la misma no fueron incluidos como factores pensionales.

En el recurso de súplica parcial, la parte actora, formuló como peticiones y condenas lo siguiente:



1- Se deje a salvo el derecho de pensión de jubilación conforme al régimen legal anterior con la prima de fomento al ahorro reconocida por la sentencia objeto de súplica, en consecuencia, se tiene por objeto que la Sala Plena del Consejo de Estado, adicione con sentencia la inclusión en la base para liquidar la pensión de jubilación, el salario real devengado, en concordancia con los factores salariales previstos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 "último año de servicio" los cuales son más favorables que los establecidos en la Ley 100 de 1993 y su Decreto Reglamentario 1158 de 1994, lo que se solicita como petición principal.

2- Subsidiariamente dejando a salvo el derecho de pensión, que se liquide el monto de la pensión conforme al régimen legal transitorio previsto en la parte primera del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993"*...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 todo el tiempo que les hiciere falta para ello, o todo lo cotizado durante toda su vida laboral y si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE"*

3- Se liquide el monto conforme al régimen legal transitorio previsto en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

4- Se dejen sin efecto los actos procesales y disponer que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, adopte las medidas a quehubiere lugar

Agrega el actor que la Resolución impugnada dice dar expreso cumplimiento a la Ley 6 de 1945 - art. 17, lits. a) y d)-, al decreto 1600 de 1945, la Ley 64 de 1946, art. 9, a la Ley 65 de 1946, art. 3, al artículo 21 de la Ley 72 de 1947, al Decreto 2921 de 1948, a la Ley 171 de 1961, a la Ley 4 de 1966, a la Ley 5 de 1969, al Decreto Ley 3135 de 1968 y al Decreto 1848 de 1969 y a la Resolución 3366 de 1967 de Capresub. Pero en realidad no cumplió la normatividad precitada porque no incluyó los factores salariales alegados al liquidar la pensión.

A su vez señala el demandante que la regla generales que salario constituye no sólo la remuneración fija variable sino todo lo querecebe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio. Así pues, el acuerdo 003 de 1992 "Por el cual se adopta el Reglamento General de los Servicios y Prestaciones" determinó que la Prima de Fomento al Ahorro sería pagada por Capresub mensualmente a los funcionarios de la Superintendencia Bancaria y de la Caja como estímulo al ahorro, una suma equivalente al 42% de las asignaciones fijadas por la ley.

Además, indica que el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 salvaguardó el régimen prestacional pensional anterior al cual estaban afiliados los funcionarios de la Superintendencia Bancaria y de Capresub y no derogó la previsión de que para liquidar la pensión de vejez se utiliza el promedio de salarios y primas de toda especie percibida en el último año.



Por tales motivos indicó el actor que la sentencia suplicada desconoció los factores salariales que conforman el salario real devengado, razón por la cual la pensión reconocida al demandante es inferior al 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios.

Es incuestionable, a juicio del censor, que lo ampara el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ello significa que en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto de la pensión para su reconocimiento y pago se regula con el régimen anterior, por tener más de 40 años de edad y más de 15 años de servicio, al momento de la entrada en vigencia de la Ley precitada. Por lo tanto, se le deberá aplicar la Ley 33 de 1985.

Indica el actor que la sentencia presenta el error en las reglas de interpretación legal pues excluye las primas estatutarias, de servicios, de navidad, de vacaciones, la prima especial de recreación (o prima del pescado) porque erróneamente interpretó que no son factor legal de liquidación de la pensión al considerar que no existe régimen especial para la Superintendencia Bancaria, pues en el decreto 125 de 1976 propio de dicha entidad no dispuso regulación sobre asuntos prestacionales, lo cual no es cierto, porque en su artículo 84 facultó a la Junta Directiva para reconocer las prestaciones extralegales que estimara, por tal motivo, la Superintendencia Bancaria reconoció en la resolución 3243 de 1967 prestaciones legales y extralegales, las cuales no se habían pagado con fundamento en el artículo 3 del decreto 1045 de 1978, indica el accionante que dicha normatividad conformaba el régimen especial anterior y prevalente en la Superbancaria frente a la Ley 100 de 1993.

Explicó el actor que las pensiones de jubilación reconocidas y liquidadas por Capresub con anterioridad y en vigencia de la Ley 100 de 1993, tienen en cuenta los siguientes factores:

- a) Las reconocidas y liquidadas hasta el año de 1985, consideran todos los factores salariales determinados en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, y las primas semestrales pagadas directamente por la Caja.
- b) A partir de 1985, para el cálculo de las pensiones de jubilación se considera básicamente los factores mínimos señalados en las Leyes 33 y 62 de 1985, junto con las primas estatutarias, es decir, las primas semestrales pagadas por Capresub.
- c) Con la Ley 100 de 1993 deben tomarse los factores relacionados con el decreto reglamentario 1158 de 1994, que suprimió las primas estatutarias para las cuales determinó suspender la cotización a partir de abril de 1994 "pero le da efecto retroactivo al decreto reglamentario, lo que no es legal proceder".

En las consideraciones de la Sala Especial Transitoria de Decisión 2B indicó que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 y 7 de la Ley 954 de 2005 es competente para conocer del recurso de súplica interpuesto por el señor Rafael María Galeano Páez contra la sentencia dictada el 10 de abril de 2003.



Aunque el recurso de súplica fue derogado por el artículo 2 de la Ley 954 de 2005, ocurre que en virtud de lo dispuesto en el artículo 3, ibídem, las Salas Especiales Transitorias de Decisión de esta Corporación deberán decidir los recursos de súplica respecto de los cuales, a la fecha de entrada en vigencia de la mencionada ley, esto es, el 27 de abril de 2005, se había dictado auto adhesorio, como en efecto aconteció en este caso.

Por lo anteriormente indicado, la Sala procedió a pronunciarse respecto de los cargos propuestos contra la sentencia antes mencionada, considerando en primera medida no procedente declarar la nulidad procesal solicitada por la entidad demandada pues era procedente para conocer el asunto, como tampoco revisar la sentencia de primera instancia, en consecuencia, entró a revisar los argumentos propios del recurso de súplica contra el fallo acusado.

En cuanto al primer cargo, en el cual se indica la violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea de los artículos 1 y 3 de la Ley 33 de 1985, de los artículos 83 y 84 del Decreto Ley 125 de 1976, el inciso 2 del artículo 3 y 45 del decreto 1045 de 1978, el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el artículo 127 -subrogado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990- del C.S.T., y "de las normas legales citadas en este recurso extraordinario de súplica favorables a mi poderdante y todas las normas anteriores en relación con los artículos 1 a 4, 13, 53, 64, 125, 150, 209 y 228 prevalencia del derecho sustancial, de la Constitución Política".

La censura en su contexto general acusa que la sentencia suplicada desconoce los factores salariales que conforman el salario real devengado por el demandante ya que lo ampara el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, además, la pensión del actor se regula por las normas anteriores, como por el artículo 83 del Decreto Ley 125 de 1976, que asigna a Capresub el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los empleados y pensionados de la Superbancaria, por el artículo 20 de la Ley 64 de 1946, el artículo 82 de la Ley 90 de 1946 y los artículos 18 y 19 de la Resolución 3243 de 1967, por tal razón sostienen que el reconocimiento de la pensión de jubilación resultó inferior al 75% al salario promedio que recibió en el último año de servicios.

En consecuencia, dice el actor que su pensión se debe liquidar con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hacía falta para obtener el derecho pensional al momento de entrar en vigencia dicha ley, es decir, salario, viáticos, primas estatutarias, la prima de fomento al ahorro, todos los demás factores previstos en el Acuerdo 003 de 1992 de la Junta Directiva de Capresub, ya que esos rubros le fueron pagados al actor hasta el último día de trabajo.

Además, indicó el actor que si bien la Junta Directiva de Capresub determinó mediante el Acuerdo 006 de 18 de abril de 1994 suspender la cotización a la Caja con respecto a las primas semestrales, a fin de ajustar las cotizaciones para pensiones a los parámetros fijados por el decreto reglamentario 1158 de 1994, para no considerarlas como ingreso base en la liquidación de la pensión de jubilación, a juicio del censor, tal disposición es ilegal porque desconoce lo dispuesto en el literal a) del artículo 2 de la Ley 4 de 1992 que consagró el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general como de los regímenes especiales. Por ende, el Acuerdo precitado es contrario al decreto 700 de 1993 y a la ley 100 de 1993, además que es ineficaz por cuanto no fue publicado en el Diario Oficial.



Finalmente, señaló que los factores a tener en cuenta al liquidar las pensiones de jubilación reconocidas por Capresub se dividen cronológicamente en tres etapas: i) las pensiones generadas hasta el año de 1985 se liquidaron con base en los factores determinados en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, junto con las primas semestrales pagadas por la Caja; ii) las pensiones causadas a partir de 1985 hasta la Ley 100 de 1993 tuvieron en cuenta los factores señalados en las Leyes 33 y 62 de 1985 junto con las primas estatutarias y, iii) las pensiones generadas a partir de la Ley 100 de 1993 tienen en cuenta los factores determinados en el Decreto Reglamentario 1158 de 1994 y para ese entonces ya se suprimieron las primas estatutarias.

Visto el planteamiento anterior, lo primero que la Sala advierte de esta censura es que frente algunas normas hay falta de técnica en su formulación porque: acusa la interpretación errónea de normas que el juez de la apelación no empleó al decidir, lo cual hace imposible esta clase de formulación, toda vez que ésta supone la utilización de la norma aplicable al caso sólo que el error del juez radica en que al razonar le da un alcance que jurídicamente no tiene.

En segundo lugar, señaló la Sala que la interpretación errónea se materializa cuando el juez elige acertadamente la norma, pero le atribuye un sentido que no es correcto y en la censura el recurrente da a entender que está sometido a régimen especial pero que a su vez debieron aplicarle el régimen general previsto en el decreto 1045 de 1978.

En tercer lugar si en gracia de discusión se dijera que la argumentación corresponde entonces a la falta de aplicación de las normas no empleadas por el juez, la Sala encuentra que algunas de las normas no fueron invocadas en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho como apoyo a la solicitud de reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación, como tampoco fueron mencionadas en el recurso de apelación, circunstancias que impiden al juez del recurso extraordinario asumir el análisis porque no se trata de redefinir la argumentación que debió plantearse en forma correcta en las instancias.

En consecuencia, la sala hizo una transcripción de las normas en que apoyó el accionante su demanda y fueron sustento de la decisión suplicada y de allí determinar si hubo una interpretación errada o no, al respecto consideró que sólo uno de los tantos argumentos que planteó el recurrente tiene la virtud de hacer próspero el cargo y es el referente a que la sentencia suplicada no tuvo en cuenta los regímenes de transición que las leyes 33 de 1985 y 100 de 1993 señalaban, porque si el demandante ingresó a la Superintendencia Bancaria el 6 de noviembre de 1964, a la fecha de expedición de la ley 33 de 1985 contaba con 20 años, 3 meses y 8 días de servicios, de tal suerte que debía aplicarse a su favor la norma anterior, esto es, el Decreto ley 1045 de 1978.

La sentencia suplicada si bien partió de la premisa correcta de que el actor está en régimen de transición y, por ende, no lo gobierna la Ley 100 de 1993, pasó por alto que tampoco lo regula la Ley 33 de 1985, es ahí donde radica el yerro de la sentencia suplicada porque al interpretar el régimen de transición aplicable al actor equivocó el alcance del mismo pues afirmó categóricamente que el decreto 1045 de 1978 no le era aplicable.



En la Sentencia de reemplazo la Sala señaló que en el recurso de apelación, el demandante insistió en que no le era aplicable las Leyes 33 y 62 de 1985 sino el régimen especial previsto en el decreto ley 125 de 1976 junto con el artículo 3 del Decreto 1045 de 1978 y agregó: "Al incurrir en el error, como consecuencia de la inaplicación del régimen especial, de no aplicar el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, -dentro del cual está lo atinente al Fomento al Ahorro (por ser una asignación básica); los viáticos y la prima estatutaria); y, por el contrario, ordenar la reliquidación sobre el 75% de lo que sirvió de base para los aportes en el último año de servicios".

En el caso del señor Rafael María Galeano Páez, al momento de entrar en vigencia la Ley 33 de 1985, contaba con más de 20 años de servicio, circunstancia que lo hacía beneficiario del régimen de transición previsto en esta Ley en cuanto a la edad, esto es, el Decreto Ley 3135 de 1968.

Si bien la Ley 33 de 1985 no señaló qué pasaba con la liquidación de la pensión y con los factores pensionales a tener en cuenta para quienes estuvieran en régimen de transición, considera la Sala que en virtud de los principios de favorabilidad e inescindibilidad de la ley laboral debe aplicarse también el régimen anterior, de lo contrario no se respetaría el artículo 53 de la Constitución Política que determinó como principio mínimo fundamental la aplicación de la "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho".

Además, que desde el punto de vista práctico es un contrasentido aplicar el régimen anterior laboral en cuanto a la edad y al mismo tiempo aplicar los factores de liquidación conforme al nuevo régimen, pues se trata de asuntos interrelacionados entre sí que imposibilitan al operador jurídico hacer una mixtura de regímenes -pasado y futuro- para una misma materia.

En consecuencia, la pensión de jubilación a favor del señor Galeano Páez es la consagrada en el Decreto Ley 3135 de 1968 y se debe reconocer sobre los factores señalados en el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978 y con observancia del artículo 73 del Decreto 1848 de 1969.

Debido a que la sentencia del a quo anuló parcialmente los actos administrativos en cuanto consideró que la entidad demandada liquidó la pensión en forma errada al contrariar las previsiones de la ley 100 de 1993, artículo 36 inciso 2º, de la Ley 33 de 1985, artículo 1º y de la ley 62 de 1985, artículo 1º, la Sala Transitoria mantendrá esa decisión porque la legalidad subsiste, pero por otras razones normativas, que se explican a continuación.

En relación con los emolumentos devengados por el señor Rafael María Galeano Páez, durante el último año de servicios como lo dispone el artículo 27 del decreto 3135 de 1968 y el artículo 73 del decreto 1848 de 1969, esto es, entre el 1º de noviembre de 1996 y el 31 de octubre de 1997, según certificación expedida por la Superintendencia Financiera (antes Bancaria) a través el Pagador[1], fueron:

AÑO 1996
DEVENGADOS:

| | |
|--------|----------------|
| Sueldo | \$6.003.873,33 |
|--------|----------------|



| | |
|--------------------------------|------------------------|
| Prima de antigüedad | \$ 696.756,67 |
| Bonificación por servicios | \$ 214.125,10 |
| Prima de Servicios | \$ 279.936,24 |
| Prima de Navidad | \$ 680.164,35 |
| Viáticos | \$2.163.420,00 |
| Diferencia Descanso remunerado | \$ 26.456,67 |
| Diferencia Prima de Vacaciones | \$ 15.874,00 |
| SUBTOTAL 1996 | \$10.080.606,36 |

**AÑO 1997
DEVENGADOS**

| | |
|--|-----------------|
| Sueldo del 1° de enero al 31 de octubre de 1997 | \$ 6.072.710,00 |
| Prima de antigüedad del 1° de enero al 31 de octubre de 1997 | \$ 677.840,00 |
| Bonificación por Compensación | \$ 441.650,00 |
| Bonificación por servicios | \$ 236.269,25 |



| | |
|--------------------------|------------------------|
| Prima de Servicios | \$ 368.532,38 |
| Prima de Navidad | \$ 694.795,96 |
| Viáticos | \$ 7.952.327,50 |
| Indemnización Vacaciones | \$1.064.000,87 |
| Prima de Vacaciones | \$ 769.620,14 |
| SUBTOTAL 1997 | \$18.277.746,10 |

Se observa entonces que dentro de los conceptos devengados además de la asignación básica, prima de antigüedad, bonificación por servicios y descanso remunerado devengó primas de servicios y de navidad y viáticos que conforme a la certificación del pagador de la entidad fueron devengados entre el 5 de noviembre de 1996 y el 25 de octubre de 1997 y corresponden a "200 días de viáticos, destinados a proporcionar manutención y alojamiento" y prima por compensación, factores salariales que se encuentran contenidos en el artículo 45 del decreto 1045 de 1978 y en el artículo 73 del decreto 1848 de 1969 y que no fueron incluidos en la liquidación pensional del demandante

En relación con la prima de fomento al ahorro ha sido reiterada la posición del Consejo de Estado al reconocerlo como factor salarial porque remunera en forma directa los servicios prestados.

Tampoco fueron incluidas la prima de fomento al ahorro ni las primas estatutarias que devengó conforme a la certificación que la Coordinara del Grupo de Tesorería y Pagaduría, esa certificación en su contenido informa que el actor devengó "sobre los siguientes factores salariales: Prima Semestral Estatutaria (...) 1996: primer semestre \$775.682,10; segundo semestre \$868.736,12 y primer semestre de 1997 \$958.578,10". Y por prima de fomento al ahorro devengó en cada uno de los meses de noviembre y diciembre del año 1996 la suma de \$256.950,12 y por cada uno de los meses de enero a octubre de 1997 la suma de \$283.523,10.



Por el contrario, no aparecen acreditados como devengados por el actor los factores de gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras ni auxilios de alimentación y de transporte y, conforme al artículo 177 del C.P.C., corresponde a la parte probar el supuesto de hecho, carga que incumplió el demandante y por lo tanto no deben ser tenidos en cuenta al momento de reliquidar la pensión.

Con base en todo lo anterior la Sala Especial Transitoria de Decisión 2B del Consejo de Estado, para efectos del restablecimiento del derecho modificó la decisión para ordenar que la pensión de vejez del actor se liquide a partir del 1º de noviembre de 1997 conforme al decreto 1045 de 1978, decreto 3135 de 1968 y al decreto 1848 de 1969, con inclusión de la prima de fomento al ahorro, en el equivalente al 75% de los rubros devengados y debidamente probados en el último año de servicios y se paguen las diferencias con los reajustes legales que resulten sobre las mesadas efectivamente pagadas desde el 1º de noviembre de 1997, ajustadas conforme al artículo 178 del C.C.A. y con utilización de la fórmula de valor presente que se indica en la parte resolutiva de esta sentencia.

En consecuencia, la Sala Plena del Consejo de Estado, Sala Transitoria de Decisión 2B, infirmó la sentencia proferida por la Sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado el 10 de abril de 2003. Confirmó parcialmente la sentencia proferida el 7 de julio de 2000 por la Sección Segunda, Subsección C del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en cuanto declaró la nulidad parcial de las resoluciones números 0095 de 25 de febrero de 1997 y 0540 de 5 de mayo de 1998 expedidas por la Dirección General de la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria y modificó el artículo segundo el cual quedó así:

MODIFÍCASE el numeral 2 de la parte resolutiva de la sentencia ya citada, el cual quedará así: "2. A título de restablecimiento del derecho se ordena a la entidad demandada o a quien haga sus veces reliquidar la pensión de jubilación del señor RAFAEL MARÍA GALEANO PÁEZ, y a pagar las diferencias causadas en las mesadas ya canceladas a partir del 1º de noviembre de 1997 incluyendo todos los factores salariales que se probaron devengados por el actor de acuerdo con el artículo 42 del Decreto Ley 1045 de 1978 y 73 del decreto 1848 de 1969 y teniendo en cuenta la prima de fomento al ahorro y las primas estatutarias, actualizándose conforme al artículo 178 del CCA.

2. Valoración del carácter de unificación de la sentencia

En relación con la sentencia invocada en la solicitud de extensión de sus efectos, es necesario precisar lo siguiente:

Que los artículos 100 y 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), establecen el deber de las autoridades públicas de aplicar de manera uniforme las normas, así como extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho y se acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.



En efecto, al respecto conviene transcribir el Artículo 102 del CPACA, que establece lo siguiente:

"Artículo 102. Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. Dicha petición contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes:

1. Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada. (...) (Resaltado fuera del texto).

De otra parte el artículo 270 ibidem, establece como sentencias de unificación jurisprudencial:

"(...) las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; **las proferidas al decidir los recursos extraordinarios** y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009". (Destacado fuera de texto).

En desarrollo de lo dispuesto en precedencia, es preciso recordar que de conformidad con lo dispuesto por los artículos 102, 270 y 271 del CPACA, las sentencias de unificación jurisprudencial cuyos efectos pueden ser extendidos a terceros por las autoridades, son las que tienen como requisito fundamental en primer término, haber reconocido un derecho, y estar dentro de las categorías señaladas en el precitado artículo 270, configuradas de la siguiente manera:

- Las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar la jurisprudencia.
- Las proferidas al decidir los recursos extraordinarios.
- Las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36 A de la Ley 270 de 1996.

De acuerdo con la descripción de la sentencia respecto de la cual solicitan la extensión de sus efectos tenemos que, fue proferida el 20 de octubre de 2010, Consejera Ponente Susana Buitrago Valencia radicado No. 11001031500020040020801, por el Consejo de Estado, sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial Transitoria de Decisión 2B, donde se procedió a resolver sobre el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la parte demandante contra la contra la sentencia del 10 de abril de 2003, proferida por la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, que confirmó el fallo del 7 de julio de 2000 dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declaró la nulidad de los actos demandados y, ordenó reconocer y pagar la pensión de vejez. Por tales circunstancias se concluye que la misma cumple con lo establecido en el artículo 102 del CPACA, esto es, haber reconocido un derecho subjetivo particular y concreto a favor del demandante, así mismo se reitera que se encuadra dentro de una de las clases de sentencias



dispuestas en los artículos 270 y 271 ibidem.

3. La Sentencia de Unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018 estableció las reglas y subreglas en lo que respecta al IBL aplicable a los beneficiarios del régimen de transición.

Al margen de que la sentencia invocada en el presente asunto proferida el 20 de octubre de 2010 es considerada una Sentencia de Unificación Jurisprudencial, es importante traer a colación que en relación con el tema debatido, esto es, el ingreso base de liquidación a tener en cuenta para los beneficiarios del régimen de transición, en sentencia posterior a la solicitada en extensión de sus efectos, la Sala Plena del Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01, demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro contra Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. En Liquidación, precisó que para liquidar las pensiones reconocidas con fundamento en la Ley 33 de 1985, debe darse aplicación al artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En línea con lo anterior señaló que «el artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen 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».

Sobre la materia fijó la regla jurisprudencial, y dentro de esta, subreglas sobre el IBL en el régimen de transición, por cuya razón la entidad solicitante deberá verificar de acuerdo con los antecedentes que reposen en sus archivos los elementos facticos y jurídicos que dieron lugar al reconocimiento pensional al peticionario y determinar si su situación se encuentra incursa en algunas de las citadas reglas para determinar la procedencia o no de la solicitud.

Lo anterior en atención a que la Sentencia de Unificación Jurisprudencial proferida el 28 de agosto de 2018 en comento, tiene carácter vinculante, es decir que debe aplicarse a todos los trámites pendientes de resolver tanto en vía administrativa como en la judicial.

4. Conclusión y concepto previo de la Agencia

De acuerdo con las anteriores consideraciones, la Agencia concluye que la sentencia invocada por la señora Briceida López de León, la cual fue proferida por el Consejo de Estado, sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial Transitoria de Decisión 2B, dentro del proceso con Radicado No. 11001031500020040020801, seguido por Rafael María Galeano Páez, la cual decide el recurso de súplica contra la sentencia del 10 de abril de 2003, proferida por la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, Consejera Ponente Susana Buitrago Valencia, del 20 de octubre de 2010, si corresponde a una Sentencia de Unificación Jurisprudencial en atención a lo preceptuado por los artículos 270 y 271 del CPACA.



No obstante lo anterior para efectos de resolver sobre la procedencia de la solicitud la entidad solicitante debe tener en cuenta lo resuelto en la Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 28 de agosto de 2018, que fijó la regla jurisprudencial y a su vez subreglas sobre el IBL en el régimen de transición, para que se proceda verificar de acuerdo con las Resoluciones que reconocieron la prestación las circunstancias fácticas y jurídicas del peticionario y determinar si su situación se encuentra incursa en algunas de las citadas reglas para determinar la procedencia o no de la solicitud.

Lo anterior dado que, como ya se precisó, la Sentencia de Unificación Jurisprudencial proferida el 28 de agosto de 2018 en comento, tiene carácter vinculante, es decir que debe aplicarse a todos los trámites pendientes de resolver tanto en vía administrativa como en la judicial.

Al margen de lo anterior y de acuerdo con lo previsto en el párrafo del artículo 2.2.3.2.1.5, corresponde a la Unidad de Pensión y Parafiscales UGPP, efectuar la valoración de las pruebas y la verificación de los supuestos de hecho del caso concreto y en ese sentido, según lo explicado, debe verificar si la situación del accionante en vía administrativa corresponde a los mismos supuestos fácticos y jurídicos valorados en la sentencia invocada para su extensión.

Finalmente, se invita a esa entidad a consultar los siguientes documentos elaborados por la Agencia en relación con el mecanismo de extensión de jurisprudencia, como herramientas que contribuirán al entendimiento y aplicación de este: Documento de Análisis Jurídico del mecanismo de extensión de jurisprudencia[1], Documento Especializado N°. 18: El Mecanismo de Extensión de Jurisprudencia: Análisis de su Naturaleza, Trámite y Aplicación[2] y la Circular Externa N°. 2^a de 2017 sobre lineamientos para la intervención de las entidades públicas en el trámite de extensión de jurisprudencia previsto en el CPACA[3].

Este concepto se emite en los términos del Artículo 28 del CPACA y del Parágrafo del Artículo 2.2.3.2.1.7 del Decreto 1069 de 2015, es decir, no es de obligatorio cumplimiento o ejecución

Cordialmente,

Firmado Electrónicamente por:
CLARA NAME BAYONA
No. Radicado: 2021103000651
Dependencia: OFICINA ASESORA JURIDICA - Jefe

[1] Escrito solicitud de extensión de Jurisprudencia de Briceida López - c.c. 20'219.513.

[1] ver folios 62 a 63 cuaderno principal

[1]Disponible en: https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicacionesandie/extencion_jurisprudencia/Documents/documento_analisis_juridico_08_05_solicitud_CJC_100817.pdf

[2] Disponible en: https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicacionesandje/documentos_especializados/Documents/documento_especializado_ext_jurisprudencia_final_elaborado_2017_RPE20_06_revisado_JJG_ACGP_23_06_17.pdf

[3]Disponible en: <https://www.defensajuridica.gov.co/normatividad/circulares/Lists/Circulares>