

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI

Santiago de Cali, veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

Teniendo en cuenta lo ordenado en numeral 2° del artículo 182 del C.P.A.C.A., en la fecha se procede por parte de este despacho a dictar sentencia por escrito dentro del presente asunto.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: AMANDA RAMIREZ VEGA

**DEMANDADO: UNIDAD ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL- UGPP
RADICADO No.: 76001-33-33-003-2014-00455-00**

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA No.: 162

ANTECEDENTES.

1. LA DEMANDA.

Mediante la demanda incoada se solicita que se provea a estas declaraciones:

"Primera.-Se declare la nulidad de la Resolución No. RDP 050549 del 30 de octubre de 2013 por medio de la cual desconocieron y negaron los factores salariales correspondientes a la Pensión de Jubilación de mi representada, negando con ésta sus derechos adquiridos.

Segunda.-Se declare la nulidad de la Resolución No. RDP 056833 del 16 de diciembre de 2013, por medio de la cual se confirmó la Resolución No. RDP 050549 del 30 de octubre de 2013 que desconocieron y negaron los factores salariales correspondientes a la Pensión de Jubilación de mi representada, negando con ésta sus derechos adquiridos.

Tercera.-Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, igualmente se declare que la actora tiene pleno derecho a que L UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP-, le reconozca y ordene pagar su pensión de Jubilación, en cuantía de \$575.088,68 ML/Cte., efectiva a partir del 21 de noviembre de 1999, fecha de adquisición del status pensional, asimismo, proceda a liquidar los reajustes pensionales decretados en las leyes 4/76 y 71/88.

Cuarta.-Se condene a La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN

SOCIAL-UGPP.-, a pagar a la actora una pensión Mensual Vitalicia de Jubilación, equivalente al setenta y cinco (75%) por ciento de los factores de salario devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio oficial, dando aplicación al IPC (Índice de Precios al Consumidor), dado que mi representado se retiró del servicio el 17 de octubre de 1986, cumpliendo con más de veinte (20) años de servicio, debiendo esperar hasta el 21 de noviembre de 1999, fecha en la cual cumplió el segundo requisito para alcanzar su status de pensionado, o sea, \$575.088,68 ML/Cte., conforme al régimen ordinario aplicable a los empleados del sector oficial según las normas anteriores a la Le 33/85 y las demás normas concordantes.

Quinta.-Se ordene liquidar y pagar, a expensas de La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP, a favor de la actora, la totalidad de las diferencias entre lo que se le ha venido pagando en virtud de la Resolución No. 29176 del 30 de noviembre de 2000 y la sentencia que de fin a este proceso, a partir de la fecha de adquisición del status pensional por edad hasta el momento de inclusión en nómina con la totalidad de factores salariales demandados, teniendo en cuenta para efectos de la cuantía definitiva, los siguientes factores salariales: **Auxilio de Alimentación, Prima de Navidad, Prima de Vacaciones y Prima de Servicios**, además de aquellos que se tuvieron en cuenta en las Resoluciones mencionadas.

Sexta.-Se condene a La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP, pagar a la parte demandante, sobre las mesadas ya reconocidas y canceladas en virtud de la Resolución No. 29176 del 30 de noviembre de 2000, las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, de conformidad con el certificado de valores pagados que expida el FOPEP o la Oficina de Nóminas de la UGPP (Indexación de la condena).

Séptima.- Se ordene a La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP, dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el inciso segundo del artículo 192 del C.C.A., igualmente que en virtud de la voluntad contemplada en el poder conferido se haga entrega de los dineros al apoderado.

Octava.-Se condene a La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP., pagar a favor de mi mandante, los intereses moratorios, conforme ordena el inciso 3ero del artículo 192 del C.C.A.

Novena.-Se condene en costas a La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP, en caso de que se oponga a las pretensiones de esta demanda.

Décima.-En el fallo que acceda a las pretensiones de la demanda, se ordene expedir al suscrito apoderado, primero copia que preste merito ejecutivo, así como copia autentica con constancia de ejecutoria.

Décima Primera.-Una ve quede en firme el fallo que acceda a las pretensiones de la demanda, solicito muy comedidamente, que al momento de comunicar a La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP, se le remita copia auténtica con la fecha exacta de la constancia de ejecutoria."

1.2. HECHOS.

Son los que el despacho sintetiza de la siguiente manera:

1.2.1. La demandante prestó sus servicios como Cajero en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – Regional Suroccidente por más de 20 años, entre el 16 de marzo de 1966 al 17 de octubre de 1986, fecha en la que se retiró del servicio.

1.2.2. El 21 de noviembre de 1999, la demandante cumplió la edad para alcanzar su status pensional. CAJANAL en liquidación mediante Resolución No. 29176 del 30 de noviembre de 2000 reconoció y pagó una pensión vitalicia de jubilación a favor de la parte actora, conforme a las Leyes 33 de 1985, 62 de 1985, 100 de 1993 y el Decreto 2143 de 1995, efectiva a partir del 21 de noviembre de 1999.

1.2.3. La parte demandante interpuso los recursos de ley frente al acto de reconocimiento, para que se tuvieran en cuenta todos los factores salariales e indexación de la primera mesada pensional.

1.2.4. Mediante Resolución No. RDP 050549 del 30 de octubre de 2013 y Resolución No. RDP 056833 del 16 de diciembre de 2013, se negó lo solicitado.

1.2.5. Las sumas reconocidas en la Resolución No. 29176 del 30 de noviembre de 2000, perdieron su valor adquisitivo con el paso del tiempo, por lo que es viable la indexación de los valores que se generaron al momento de la obtención del status pensional.

1.2.6. La entidad al momento del reconocimiento pensional solo tuvo en cuenta la asignación básica, prima de antigüedad y bonificación por servicios y no incluyó los factores de auxilio de alimentación, prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicios, los cuales devengó en el último año de servicios inmediatamente anterior a la fecha del retiro oficial.

1.2.7. La entidad debió liquidar la Pensión de Jubilación conforme lo ordena el régimen ordinario aplicable a los empleados del sector oficial, según las normas anteriores a la Ley 33 y 62 de 1985 y las demás normas concordantes, con los factores devengados entre el 17 de octubre de 1985 al 16 de octubre de 1986.

1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Como tal se señalaron:

- Constitucionales: Artículos 2, 6, 25 y 58.
- Legales: Código Civil artículo 10; Ley 57 de 1987; Ley 1434 de 1911, artículo 178; Ley 4ª de 1966, artículo 4; Decreto 1743 de 1966; Decreto 3135 de 1968; Ley 5ª de 1969; Decreto 1045 de 1978 y Ley 33 de 1985.

1.4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Manifestó que el funcionario responsable de expedir los actos administrativos acusados violó la ley reconociendo de manera incompleta las prestaciones de la demandante, desestimando lo solicitado, esto es, todos los factores de salario que se pidió se tuvieran en cuenta.

Las razones sostenidas son violatorias al contenido de la Ley 33 de 1985, artículo 1 parágrafo 2, ya que en ellas el funcionario desconoce la ordenanza relativa a que para la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, la demandante tenía más de quince años de servicio, por lo que de conformidad con lo establecido en la norma, esta circunstancia la sitúa como beneficiaria del régimen de transición consagrado en ella, y que conforme a la Ley 33 de 1985, se debe aplicar también el régimen anterior, conforme al principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de la carta política.

Trajo a colación diversas providencias proferidas por el H. Consejo de Estado las cuales hacen consideraciones respecto de los factores a tener en cuenta al realizar la liquidación pensional, entre estas, el expediente 2004-06566 Sección Segunda Subsección A, M.P Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 14.291, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B, M.P Carlos A. Orjuela Góngora y expediente 2975 de 1998 M.P Nicolás Pájaro Peñaranda.

Concluyó manifestando que para determinar el monto de la pensión vitalicia de jubilación de un empleado del sector oficial, que se encuentre inmerso en la transición, se le deben reconocer todos los factores devengados en el último año de servicios y en el evento que no se hayan efectuado los descuentos sobre algunos factores, no obsta para que no le sean tenidos en cuenta para calcular el valor de su pensión.

1.5. TRAMITE PROCESAL.

Previo a hacer el estudio correspondiente de admisión de demanda, mediante auto de sustanciación No. 216 del 10 de febrero de 2015, se requirió a la entidad demandada para que allegara certificado de tiempo de servicios y último lugar geográfico de prestación del servicio; posteriormente mediante proveído No. 1090 del 12 de noviembre de 2015 se admitió la demanda (fl.58), procediéndose a notificar a la entidad demandada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y a la Agente del Ministerio Público (fls. 61-64).

La entidad demandada, dentro del término, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones. A la vez indicó, que para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de la demandante, se acudió a la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 del mismo año, por consolidar su status pensional en vigencia de estas normas, es decir, en vigencia del artículo 3° de la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta para tal reconocimiento los factores salariales tales como: asignación básica, bonificación por servicios y prima de antigüedad. Por lo tanto, los factores de salario que se deben tener en cuenta son los consagrados en la Ley 62 de 1985, la cual no contempla factores las primas de servicios, de vacaciones, de navidad ni el auxilio de alimentación.

Indicó que no es posible acceder al reconocimiento de reliquidación con los factores salariales deprecados puesto que no están taxativamente señalados en la normatividad aplicable a su caso.

Propuso como excepciones:

- **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DEMANDADA Y COBRO DE LO NO DEBIDO:** No es procedente acceder a lo pretendido en el entendido que el reconocimiento pensional se hizo conforme a la Ley vigente, esto es, las Leyes 33 y 62 de 1985, tomando los factores señalados en dichas normas. Por ello, solicitar que se reconozca y pague sumas de dinero a las que legalmente no tiene derecho se constituye en una obligación inexistente y por lo tanto, en un cobro de lo no debido.
- **AUSENCIA DE VICIOS EN EL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:** El acto administrativo no ha sido desvirtuado, toda vez que no contiene vicio alguno y su motivación es consistente y congruente con las normas superiores que regulan lo concerniente a la pensión de vejez, por lo tanto, los vicios que se le imputan carecen de fundamento.
- **PRESCRIPCIÓN:** De acuerdo con lo establecido en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, las prestaciones sociales prescriben en el término de tres años contados a partir de la última petición. La pensión no prescribe pero las mesadas sí, razón por la cual, están prescritas todas las obligaciones pensionales que se hayan causado con anterioridad a los tres años contados desde la fecha de presentación de la demanda.

1.5.1. DE LA AUDIENCIA INICIAL¹ – ART. 180 C.P.A.C.A.

El día 26 de septiembre de 2016, se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. En dicha diligencia se procedió a realizar el saneamiento del proceso. Paso seguido se fijó el litigio circunscribiéndose a establecer si el acto administrativo contenido en la Resolución No. RDP 050549 del 30 de octubre de 2013, por medio de la cual se negó la inclusión de factores salariales

¹ Folios 220 a 222 del expediente.

correspondientes a la pensión de jubilación de la demandante y la Resolución No. RDP 056833 del 16 de diciembre de 2013, a través de la cual se confirmó la resolución anterior se encuentran viciados de nulidad. A título de restablecimiento del derecho, establecer si hay lugar a declarar que la actora tiene pleno derecho a que la UGPP, le reconozca y ordene pagar la reliquidación de su pensión de jubilación efectiva a partir del 21 de noviembre de 1999, fecha de adquisición del status pensional, así mismo establecer si es procedente liquidar los ajustes pensionales decretados en la Ley 4 de 1976 y Ley 71 de 1988, en el equivalente al 75% de todos los factores de salario devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha del retiro del servicio oficial dando aplicación al IPC, dado a que se retiró del servicio el 17 de octubre de 1986. Además de lo anterior, establecer si la parte demandante tiene derecho a que se le indexe la primera mesada pensional; adicionalmente se agotó el trámite de conciliación, la cual fue declarada fallida.

Seguidamente se decretaron como pruebas documentales las aportadas por la parte demandante vistas de folios 1 a 25 del expediente y las aportadas con la contestación de la demanda visibles a folios 204 a 216; al no existir pruebas para practicar, se prescindió de la audiencia de pruebas y se constituyó en audiencia de alegatos y juzgamiento, etapa en la que los apoderados de las partes reiteraron los argumentos esbozados tanto en la demanda como en la contestación de la misma; finalmente se dictó el sentido del fallo.

2. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR.

Se observa que el proceso se ha adelantado con todas las etapas procesales correspondientes y como no se advierte ninguna causal que pueda generar la nulidad de la actuación, se procede a decidir lo que en derecho corresponda.

De otra parte se ha cumplido a cabalidad con el principio del debido proceso, garantizándose la libre intervención de las partes en el proceso, particularmente permitiéndoles el ejercicio del derecho de defensa, circunstancias que conducen a estimar que la actuación y trámite es avalada por el ordenamiento jurídico.

2.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Las excepciones propuestas por la entidad demandada y que denominó INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DEMANDADA Y COBRO DE LO NO DEBIDO, AUSENCIA DE VICIOS EN EL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO y PRESCRIPCIÓN, no ameritan estudio diferente al que se realizará seguidamente al resolver el mérito del negocio, puesto que su resolución se confunde con la del fondo del asunto.

3. CUESTION DE FONDO.

3.1. EL PROBLEMA JURÍDICO.

El presente caso insta responder si: ¿Tiene derecho la demandante a que su pensión de vejez se reliquide dando aplicación a la Ley 33 de 1985 y con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio señalados en la Ley 62 de 1985?

Además de lo anterior si: ¿tiene derecho la demandante a que se le indexe la primera mesada pensional?

3.2. DEL RÉGIMEN GENERAL DE PENSIONES.

Distintas disposiciones regulan la prestación pensional, la cual tiene un marco de aplicación según el tiempo y las entidades a las cuales se prestó el servicio.

La Ley 6ª de 1945, reguló esta prestación para los servidores públicos nacionales, que en su artículo 17, consagró:

“Artículo 17º.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

a). (...)

b). Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a (...).”

La Ley 4ª de 1966 contempló normas relacionadas con el monto de la pensión (75% mensual obtenido en el último año de servicios) pero no con los requisitos para gozar de ella, esto es, edad y tiempo de servicio, de donde se concluye que en cuanto al primero de los nombrados requisitos continuaba aplicándose la Ley 6ª, es decir, 50 años de edad para hacerse acreedor a la mentada prestación.

Posteriormente fue expedido el Decreto No. 1848 de 1969, reglamentario del Decreto Ley 3135 de 1968, en lo pertinente preceptuó:

“Art. 68. Derecho a la pensión. Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señalados en el artículo 1º de este Decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad, si es mujer”.

“Art. 73 Cuantía de la pensión. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco (75%) por ciento del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin.”

El Decreto Ley 1045 de 1978, señaló con claridad los factores salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación, de la siguiente forma:

"Art. 45 De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a. La asignación básica mensual,*
- b. Los gastos de representación y la prima técnica,*
- c. Los dominicales y feriados,*
- d. Las horas extras,*
- e. Los auxilios de alimentación y transporte,*
- f. La prima de navidad,*
- g. La bonificación por servicios prestados,*
- h. La prima de servicios,*
- i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio,*
- j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto Ley 710 de 1978,*
- k. La prima de vacaciones,*
- l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio,*
- ll. Las primas y bonificaciones que hubieren sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968."*

De esta manera, la pensión de jubilación consagrada en el Decreto Ley 3135 de 1968 se continuó reconociendo, pero sobre los factores señalados en el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978.

Con la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, el régimen pensional para los empleados de cualquier orden, es decir, los empleados oficiales de todos los niveles (nacional, local, etc.), estableció como requisito para acceder a la mencionada prestación, veinte (20) años de servicio y la edad de cincuenta y cinco (55) años tanto para el hombre como para la mujer. Previo además que la pensión será equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, encontrándose exceptuados de su aplicación, los empleados oficiales que trabajen en "*actividades que por su naturaleza justifique la excepción que la Ley haya determinado expresamente*" y aquellos que por Ley disfruten de un régimen especial de pensiones; de igual manera lo están los empleados oficiales que a la fecha de entrada en vigencia de la ley hubiesen cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación o cumplido quince (15) años continuos o discontinuos, para quienes "*continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley*".

Como puede verse, el legislador unificó la edad en cincuenta y cinco (55) años, comprendiendo mujeres y hombres, dejando al amparo de la legislación anterior en materia de edad de jubilación, a quienes se encontraran en la situación contemplada en el parágrafo 2° del artículo 1°, esto es, quince años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 33 -13 de febrero de 1985-, según quedó

establecido a partir de la declaratoria de inexecuibilidad de la expresión “rige a partir de su sanción y” contenida en el artículo 25 de la Ley 33 de 1985, realizada a través de la Sentencia C-932 de 2006.

Por su parte, el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 señala que todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier caja de previsión deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha caja; regula para los efectos allí previstos, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, la cual estará constituida por los factores que se señalan en el mencionado artículo, cuando se trata de empleados del orden nacional; y dispone que, 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.

A su turno, la Ley 62 de 1985, modificatoria parcial de la Ley 33 de 1985, en el artículo 1° dispuso:

“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 la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para 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, primas de antigüedad, técnica y ascensional y de capacitación; 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”

Posteriormente se expide la Ley 71 de 1988, norma general en materia pensional, que consagró un nuevo alcance jurídico de la reliquidación pensional cuando dispuso:

“Art. 9°. Las personas pensionadas o con derecho a la pensión del sector público en todos los niveles que no se hayan retirado del servicio de la entidad, tendrán derecho a la reliquidación de la pensión, tomando como base el promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social.

Parágrafo. La reliquidación de la pensión de que habla el inciso anterior no tendrá efectos retroactivos sobre las mesadas anteriores al retiro del trabajador o empleado del sector público en todos sus niveles.”

En los anteriores términos, es factible entonces practicar la liquidación pensional sobre los salarios del último año de servicio, lo cual se consagra en sentido similar en el artículo 10° del Decreto Reglamentario No. 1160 de junio 2 de 1989 y que se venía interpretando y aplicando en el ya existente (Ley 62 de 1985).

Es de resaltar que la Ley 71 de 1988, en el artículo 11, determina que las leyes citadas, entre las cuales se encuentran las Leyes 33 y 62 de 1985, contienen los derechos mínimos en materia de pensiones y sustituciones pensionales y que se aplicarán a favor de los afiliados de cualquier naturaleza de las entidades de previsión social del sector público en todos sus niveles –salvo las correspondientes excepciones–.

3.3. DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LA LEY 100 DE 1993.

La Ley 100 de 1993, sistema pensional vigente que entró a regir el 1° de abril de 1994, consagra en su artículo 36 el régimen de transición aplicable a las personas que a la entrada en vigencia se hallaban en unas situaciones particulares de edad o de tiempo de contribución al sistema. El señalado artículo 36 preceptúa:

“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 (...).”

De acuerdo con la norma en cita, se encuentran cobijados por el régimen de transición en comento, los trabajadores que a la entrada en vigencia de la mencionada Ley (1° de abril de 1994 para empleados del orden nacional y 30 de junio 1995 para empleados territoriales de conformidad con el artículo 151 ibídem) contarán con 35 años de edad o más si son mujeres o con 40 años de edad o más si son hombres, o con 15 o más años de servicios cotizados, para quienes las condiciones de acceso al derecho pensional como la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, se regirán por la normatividad establecida en el régimen anterior al que se encontraran afiliados.

Significa lo anterior, que la Ley 100 de 1993 creó un régimen de transición que ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto

de la pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

Es de anotar, que luego de la prescripción del régimen de transición, el legislador dispuso en el inciso 3° del artículo en mención, que:

"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 le hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE (...)”²

3.4. MARCO JURISPRUDENCIAL ENTORNO A LA INTERPRETACION DEL REGIMEN DE TRANSICION DE LA LEY 100 DE 1993.

En este punto vale precisar, que la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ha suscitado posiciones diversas en cuanto a su alcance, las reglas aplicables a la liquidación de los derechos amparados por el mismo y los factores salariales que para tal efecto deben tenerse en cuenta en cada caso, verbigracia el H. Consejo de Estado para quien *"el alcance del régimen de transición respecto de estas personas es integral e implica que los diferentes elementos que definen el reconocimiento y pago del derecho pensional sean gobernados sin discriminación alguna por la normatividad anterior"*³ y quien más adelante en la misma providencia expresó unánimemente *"el contenido real del régimen de transición se encuentra expresado en el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues allí se describe con suficiencia la naturaleza misma de dicho beneficio"*.

Y en relación con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 36, sostuvo el H. consejo de Estado⁴ que el mismo *"desnaturaliza la esencia y finalidad del régimen de transición previsto en el inciso 2° ibidem, al consagrar una liquidación y cálculo del Ingreso Base de Liquidación por fuera del régimen que ampara en cada caso el sistema de transición, lo que en muchos casos milita en detrimento del derecho pensional de sus beneficiarios concretamente en cuanto al monto pensional"*, admitiendo su aplicación únicamente en función del principio de favorabilidad, caso en el cual, se habilita la escindibilidad de la norma para la aplicación simultánea de los dos ordenamientos (el amparado por el régimen de transición y en cuanto a la liquidación del derecho el contenido en el inciso 3°), favorabilidad que sólo puede determinarse luego de la liquidación aritmética del derecho, en cuyo evento se torna necesario para quien pretende la aplicación del inciso 3° en mención, probar que, en efecto le beneficia y en tal sentido aportar los certificados salariales que respalden su pretensión.

² El párrafo siguiente de este inciso -que contemplaba la regulación en caso de que el tiempo faltante para la pensión fuera igual o inferior a dos años y determinaba liquidación diferencial para los trabajadores del sector privado y servidores públicos- fue declarado inexecutable en Sentencia C-168 de 1995 por la Corte Constitucional.

³ Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección "A" - Consejero ponente: Dr. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN - dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010) - Radicación número: 25000-23-25-000-2004-04269-01(1020-08).

⁴ Ibidem.

El análisis así efectuado al régimen de transición de la Ley 100/93, conclusivo en aseverar que cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación⁵, llevó a que la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en sentencia de fecha cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, unificara el criterio frente a los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional respecto del régimen contemplado en la Ley 33 de 1985, anterior a la expedición de la Ley 100 de 1993, variando las diversas posiciones que se habían adoptado frente al tema por parte de las sub-secciones "A" y "B" y estableciendo que la relación de factores que consagra la Ley 33 no es taxativa sino eminentemente enunciativa y por ende, en aras de respetar los principios de progresividad y favorabilidad en materia laboral *"es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio"*, consagrando como única excepción las sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentado.

A partir de la anterior sentencia de unificación, la sección segunda del H. Consejo de Estado ha venido reiterando en diversas sentencias que para la liquidación de la pensión de jubilación de las personas en régimen de transición de la Ley 100 de 1993 a quienes se les aplica la Ley 33 de 1985, debe tenerse en cuenta todos los factores constitutivos de salario y no solamente los enunciados en el artículo 3° de esta última, inclusive, entre otras, las primas de servicios, de navidad y de vacaciones. Así por ejemplo, en sentencia del 26 de agosto de 2010⁶ se replica lo dicho en la sentencia de unificación y con base en ello se ordena incluir las primas de vacaciones, alimentación y navidad en la liquidación de una pensión; luego, en sentencia del 25 de noviembre de 2010⁷, se dispone reliquidar la pensión con base en la bonificación semestral y las primas de productividad, navidad y de vacaciones que no habían sido tenidas en cuenta.

⁵ Al respecto ver la sentencia de 13 de marzo de 2003, proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda de esta Corporación, Consejera ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero, Radicación número: 17001-23-31-000-1999-0627-01(4526-01), Actor: Carlos Enrique Ruiz Restrepo, Demandado: Universidad Nacional de Colombia.

⁶ Consejo de Estado – Sección Segunda – subsección B - Consejero ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA - veintiséis (26) de agosto de dos mil diez (2010) - Radicación número: 15001-23-31-000-2005-02159-01(1738-08).

⁷ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A - Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN- veinticinco (25) de noviembre de dos mil diez (2010) -Radicación número: 73001-23-31-000-2007-00146-01(0465-09).

Sin embargo, pese a la posición unificada del H. Consejo de Estado en lo que respecta a los factores que deben integrar el ingreso base de liquidación pensional en el marco de la aplicación de la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, la Sala Plena de la H. Corte Constitucional en reciente sentencia de unificación SU-230 del 29 de abril de 2015, se ocupó de resolver en sede de revisión una tutela de un servidor público beneficiario del régimen de transición, a quien se le liquidó la pensión tomando como Ingreso Base de Liquidación (IBL) el correspondiente al salario promedio devengado por el trabajador durante los últimos 10 años, aduciendo el accionante que con ello se aplicaron indebidamente el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 incisos 2º y 3º, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, 1º de la Ley 62 de 1985, artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 y artículos 68 y 75 del Decreto 1848 de 1969, pues su sentir, la pensión debía ser liquidada teniendo en cuenta el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio en el que se incluyen todos los factores salariales.

Frente al asunto puesto a su consideración, la H. Corte Constitucional aclaró que “(…) el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en el régimen general, las que deben aplicarse para establecer el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca”. (Se subraya por el Despacho).

Para explicar su tesis la Corte aludió a la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el fallo de Constitucionalidad C-258 de 2013, en el que por primera vez analizó el IBL y explicó que el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Agregó que, cuando el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se refiere a “monto de la pensión”, como prerrogativa que se mantiene conforme a las disposiciones legales del régimen anterior, se está refiriendo a la tasa de remplazo o porcentaje aplicable al ingreso base de liquidación (IBL). A su turno indicó, que cuando el inciso 3º de dicha norma expresamente establece cuál debe ser el IBL, el “monto” será el porcentaje aplicable a esa base y será el señalado por la normatividad anterior que rija el caso concreto. En igual sentido, los factores salariales, al no determinar el “monto” de la pensión sino ser parte de la base de liquidación de la misma, serán *“los señalados por la normatividad actual”*, en este caso, el Decreto 1158 de 1994.

Por su importancia se citan algunos apartes de la SU-230 de 2015:

“2.6.4. De esa forma, la Sala Plena mediante el estudio de la solicitud de la nulidad de la tutela T-078, reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 establecida en la sentencia C-258 de 2013, fallo en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido de que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos.”

“3.2.2.1. Es importante recordar que el propósito original del legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 fue crear un régimen de transición que beneficiara a las personas que tenían una expectativa legítima de pensionarse bajo la normativa que sería derogada con la entrada en vigencia de la ley 100. En concreto, en la Sentencia C-258 de 2013⁸ se señaló que, el beneficio derivado de pertenecer al régimen de transición se traduce en la aplicación posterior de las reglas derogadas en cuanto a los requisitos de (i) edad, tiempo de servicios o cotizaciones y (iii) tasa de reemplazo. Sin embargo, frente al ingreso base de liquidación (IBL) la Corte sostuvo que no era un aspecto a tener en cuenta en dicho régimen.

Dicha voluntad del legislador, afirmó la Corte, puede evidenciarse del mismo texto del inciso tercero del artículo 36 de la ley 100. Agregó que entender lo contrario, en el caso particular del régimen especial derivado del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, desconocía el derecho a la igualdad.

Así, este Tribunal declaró inexecutable la expresión “durante el último año” señalando que el IBL debía calcularse de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Como se evidencia, la Corte, en sede de control abstracto de constitucionalidad, adoptó una interpretación sobre la aplicación integral del régimen especial de los beneficiarios del régimen de transición e interpretó la regla a seguir sobre el IBL, estableciendo que este no era un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100.

Tal como fue advertido por la Sala Plena mediante Auto No. 326 de 2014, esta Corporación no se había pronunciado de manera expresa acerca de la interpretación que debía otorgarse a las disposiciones que contemplaban lo atinente al monto y al ingreso base de liquidación en el régimen de transición. En este respecto, expuso: (...)”

“3.2.2.2. Aunque la interpretación de las reglas del IBL establecidas en la Sentencia C-258 de 2013⁹ se enmarcan en el análisis del régimen especial consagrado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, con fundamento (i) en que dicho régimen vulneraba el derecho a la igualdad al conceder privilegios a una de las clases más favorecidas de la sociedad y (ii) en la medida en que el régimen especial de congresistas y magistrados contiene ventajas desproporcionadas frente a los demás regímenes especiales, ello no excluye la interpretación en abstracto que se realizó sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en este las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca.” (Se subraya por el Despacho).

Con posterioridad a la sentencia de unificación de la H. Corte Constitucional, el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de febrero de 2016 se

⁸ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁹ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

apartó de los parámetros fijados en la sentencia SU-230 de 2015, argumentando lo siguiente:

"En efecto, la sentencia C-258 de 2013, proferida para definir la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4° de 1992, dispuso que en las pensiones cobijadas por el régimen pensional de Congresistas y asimilados a este, por tratarse de un régimen privilegiado, debían tener interpretaciones restrictivas y no amplias, en virtud del principio de sostenibilidad financiera establecido en la Constitución.

Ahora, con la sentencia SU-230 de 2015 se generalizan los criterios de una sentencia cuya motivación se basó en argumentos de desigualdad frente a la generalidad de los afiliados a la seguridad social, y se señala por parte de la Corte Constitucional que la referida sentencia C-258 de 2013 constituye "precedente" para extender la interpretación que allí se dispuso a la generalidad de las pensiones del régimen de transición, siendo que los argumentos de la sentencia de constitucionalidad se limitaban a las normas de la Ley 4° de 1992 y no a la interpretación de múltiples normas jurídicas en que se ha sustentado la liquidación de las pensiones del régimen de transición de los regímenes especiales del sector público.

(...)

Quiere en esta oportunidad el Consejo de Estado señalar que, de conformidad con lo expuesto y como se expresó con anterioridad en esta providencia, el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%). La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4° de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013, pues conforme a la parte resolutive de la referida sentencia de control constitucional, "las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL), aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso".

Quiere insistir el Consejo de Estado en las razones que sustentan su postura tradicional con respecto al ingreso base de las pensiones del régimen de transición, y que ahora reitera:

(...)

2) Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencias de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica. La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional.

El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como lo son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico, que en todo caso ya se asumió para la generalidad de los pensionados, quedando muy pocos pendientes de esa decisión. Debe recordarse que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, además de introducir el concepto de sostenibilidad financiera al sistema pensional, dispuso que el Estado “asumirá la deuda pensional que esté a su cargo”.

- 3) Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas.
- 4) La Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa, en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le sería aplicable, dado que como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a defender su posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos aquí expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema.
- 5) Los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que la misma Corte Constitucional ha estimado incorporados a la Constitución Política colombiana en virtud del llamado “bloque de constitucionalidad”, no se predicán exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales. Si la interpretación tradicional del Consejo de Estado sobre el concepto de “monto” en las pensiones del régimen de transición del sector público se ha aplicado a la generalidad de los pensionados de dicho sector, tanto en sede administrativa como en las decisiones judiciales, y esa interpretación ha sido compartida por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y de tutela, no parece acorde con los referidos principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que se pretende introducir con la sentencia SU-230 de 2015.

En efecto, si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional y queda pendiente, en consecuencia, un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el asunto conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera que imponga el cambio jurisprudencial que plantea la sentencia SU-230 de 2015, y en cambio sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los principios de igualdad y de progresividad.(...)”
(Subrayado fuera de texto).

En la mencionada sentencia de unificación del H. Consejo de Estado, se puede observar que dicho órgano colegiado no acoge los argumentos expuesto por la H. Corte Constitucional en la SU-230 de 2015, sustentado entre otras razones, en que si se acogiera se afectaría el derecho a la igualdad de todas y cada una de las personas beneficiarias del régimen de transición que aún tiene su derecho

pensional pendientes de decisiones judiciales y administrativas, que constituyen un cúmulo mucho menor de quienes ya se han beneficiado de la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios; además de considerar que los argumentos de la Corte Constitucional van en contravía de los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, ya que la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional. Puntualizó que no se denota ninguna afectación al principio de sostenibilidad financiera que imponga el cambio jurisprudencial que plantea la sentencia SU-230 de 2015, y en cambio sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los principios de igualdad y de progresividad.

Es así como, ante la disparidad o discordancia de las posiciones de ambos tribunales de cierre (Constitucional y Administrativo), corresponde al Juzgador indicar a cuál de las dos tesis adherirá y de cuál se apartará, claro está señalando las razones para ello, siendo procedente advertir, que si bien al tenor del artículo 230 de la Constitución los jueces están sometidos al imperio de la ley, en los precedentes jurisprudenciales se fijan los parámetros para la interpretación y aplicación de dicha ley y se fijan reglas que precisan y llenan de contenido las disposiciones legales, que se convierten en parte de las mismas, que deben ser tenidas en cuenta en casos posteriores y por consiguiente, son obligatorios.

En el caso las sentencias de unificación de tutela (SU) y de control abstracto de constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional, basta una sentencia para que exista un precedente, debido a que las primeras unifican el alcance e interpretación de un derecho fundamental para casos que tengan un marco fáctico similar y compartan problemas jurídicos, y las segundas, determinan la coherencia de una norma con la Constitución Política¹⁰.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional¹¹ ha señalado que se desconoce el precedente constitucional, entre otras hipótesis, cuando: (i) se aplican disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de control de constitucionalidad, (ii) se contraría la *ratio decidendi* de sentencias de control de constitucionalidad, especialmente la interpretación de un precepto que la Corte ha señalado es la que debe acogerse a la luz del texto superior, o (iii) se omite la parte resolutive de una sentencia de exequibilidad condicionada, o (iv) se desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la *ratio decidendi* de sus sentencias de control de constitucionalidad o de revisión de tutela¹².

¹⁰ De la misma forma las sentencias de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado pueden constituir precedente según el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 estudiado por la Corte Constitucional en sentencia C-634 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Cfr. Sentencia T-830 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹¹ Sentencia SU-298-15 - Magistrada Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO - veintiuno (21) de mayo de dos mil quince (2015) - Asunto: Prescripción de la acción para reclamar la reliquidación de pensión.

¹² Ver sentencias T-1092 de 2007 M.P. Humberto Sierra Porto, T-656 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-830 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

En palabras de la H. Corte Constitucional¹³, para definir cuáles son las decisiones que constituyen una regla jurisprudencial a seguir, precisó en la sentencia T-086 de 2007 que existe un precedente cuando: (i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente.¹⁴

Una vez reunidos los requisitos esbozados anteriormente subsiste en el juzgador un deber de decidir en la misma línea argumentativa de los casos anteriores. Sin embargo, la sujeción al precedente no es una regla absoluta. En atención al carácter dinámico del derecho y al principio de razonabilidad, un juez puede optar por una forma diferente de resolver, pero “*construyendo una mejor respuesta al problema jurídico*”. En ese sentido, el juez o Tribunal que se aparte de una decisión que constituya precedente en el caso que resuelve, deberá asumir una fuerte carga argumentativa, y debe: (i) referirse expresamente al precedente anterior, lo que significa que no puede omitirlo o simplemente pasarlo desapercibido como si nunca hubiera existido (principio de transparencia), y, (ii) exponer la razón o razones serias y suficientes para el abandono o cambio, si en un caso se pretende decidir en sentido contrario al anterior encontrándose en situaciones fácticas similares (principio de razón suficiente)¹⁵.

En sentencia T-068 de 2000, la Corte se refirió al caso específico de los fallos de unificación de la sala plena sosteniendo que: “(...) buscan eliminar posibles contradicciones o incoherencias en la jurisprudencia constitucional. El valor de las pautas allí fijadas es de gran magnitud, pues define el rumbo doctrinal de la propia Corporación sobre los asuntos controvertidos, obliga a sus salas de revisión y se extiende necesariamente a los jueces en eventos futuros en los que se debatan los puntos dilucidados en la correspondiente sentencia” (se resalta por el Despacho).

Finalmente, en la sentencia SU-230 de 2015, la corte puntualizó que si bien frente al caso concreto que allí se debate, existen dos precedentes que en la misma materia tienen dos posturas diferentes. Uno, el precedente de la jurisdicción especializada; y otro, el constitucional, el precedente constitucional, por ser producto de la interpretación autorizada de la Constitución, que es norma de normas, debe irradiar la doctrina de las demás jurisdicciones. En virtud del principio de supremacía constitucional, los jueces y las autoridades administrativas en su labor de aplicación del ordenamiento jurídico deben dar prevalencia a los postulados constitucionales cuyo contenido está expuesto no sólo por la literalidad de las normas, sino por la interpretación que de ellas hace la Corte Constitucional.

Así las cosas, en el entendido que tanto las sentencias de unificación jurisprudencial de la Corte Constitucional como las del Consejo de Estado,

¹³ Sentencia SU-298-15 - Magistrada Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO - veintiuno (21) de mayo de dos mil quince (2015) - Asunto: Prescripción de la acción para reclamar la reliquidación de pensión.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-086 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-400 de 2012. M.P. Adriana María Guillén Arango.

resultan obligatorias, resulta imperioso para el Juzgador si opta por apartarse de algún precedente, exponer con una suficiente carga argumentativa cuál de los dos precedentes desconocerá.

4. EL CASO CONCRETO.

Dentro de la foliatura aparecen demostrados los siguientes hechos:

- Mediante la Resolución No. 29176 del 30 de noviembre de 2000, la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia de vejez a favor de la demandante señora AMANDA RAMIREZ VEGA, de la cual se advierte que se tuvo como factores para la liquidación de la misma: la asignación básica, bonificación por servicios prestados y prima de antigüedad. Además de ello, se observa que, atendiendo a que la demandante se retiró del servicio el 17 de octubre de 1986 y adquirió el status en 1999, se le actualizó el promedio de lo devengado en el último año de servicios con el IPC (fl.2-4 y 51-54).
- A través de la Resolución No. RDP 050549 del 30 de octubre de 2013, la UGPP negó una solicitud de reliquidación de la pensión de vejez de la demandante elevada el 24 de octubre de 2013, con el argumento de que el status de pensionada lo adquirió el 21 de noviembre de 1999, en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo tanto se respeta el tiempo de servicio, edad y monto establecido en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, pero la liquidación se debe hacer con los factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994.(fl.5-7)
- Mediante la Resolución No. RDP 056833 del 16 de diciembre de 2013, la UGPP resolvió el recurso de apelación incoado en contra de la Resolución 50549 del 30 de octubre de 2013, confirmándola en todas sus partes (fl.8-10)
- Según el certificado de factores salariales expedido por el apagador de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN – Dirección Regional Suroccidente, se constata que la señora AMANDA RAMIREZ VEGA percibió los siguientes conceptos en años 1985 y 1986: Sueldo, incremento de antigüedad, alimentación, prima de servicios, prima de navidad, Bonificación por servicios y prima de vacaciones (fls.12-13).
- A través de derecho de petición radicada ante la entidad demandada el día 24 de octubre de 2013, la demandante por conducto de su apoderado, solicitó la revisión y reliquidación de su pensión con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, dando aplicación a lo contemplado en las Leyes 33 y 62 de 1985 (fl.14-16)
- En escrito radicado el 09 de diciembre de 2013, el apoderado de la demandante interpuso Recursos de apelación contra la Resolución No. RDP

050549 del 30 de octubre de 2013 que le negó la reliquidación de la pensión de vejez de la actora (fl.18-22).

- Cédula de ciudadanía de la demandante con la cual se constata que nació el 21 de noviembre de 1949 y que en la actualidad cuenta con 66 años (fl.24)

4.1. ANALISIS DEL CASO.

El punto central en el que gravita la controversia que se plantea con la demanda hace relación a la aplicación del régimen de transición previsto por la Ley 100 de 1993 (art. 36) y a la determinación del salario base de liquidación con los factores salariales realmente devengados en el último año de servicio.

Es incuestionable que la situación pensional de la demandante se encuentra regida por la Ley 33 de 1985, toda vez que cumple con la excepción contemplada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1994 y de esta manera se hizo por parte de la entidad demandada, la cual, mediante la Resolución No. 29176 del 30 de noviembre de 2000 le reconoció la pensión de vejez a la demandante.

Respecto a qué factores deben integrar la base pensional IBL, se observa que la referida resolución que reconoció la pensión de vejez, efectiva a partir del 21 de noviembre de 1999, liquidó la pensión de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; de igual manera se indicó en las Resoluciones RDP 050549 del 30 de octubre de 2013, que le negó la reliquidación y la RDP 056833 del 16 de diciembre de 2013 que resolvió el recurso de apelación, que a la demandante le fue reconocida la pensión mensual de vejez de conformidad con lo expuesto en la Ley 33 de 1985, razón por la que se tuvo en cuenta la edad, tiempo de servicio y monto establecidos en el artículo 1° de la referida Ley, pero en lo que tiene que ver con los factores base de liquidación, se sostuvo que la norma aplicada fue el Decreto 1158 de 1994.

De lo probado se colige, que la forma en como la entidad demandada liquidó el IBL de la pensión de vejez reconocida a la actora se acompasa al criterio de la H. Corte Constitucional adoptado en sentencia SU-230 de 2015, en la que se aclaró que son tres los parámetros aplicables al reconocimiento de las pensiones regidas por normas anteriores a la Ley 100 de 1993, los que a su vez constituyen el régimen de transición, a saber, la edad para consolidar el acceso al beneficio prestacional, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas para el efecto y el monto de la misma, y en lo que respecta al ingreso base de liquidación definió que se debe tener en cuenta lo que consagra el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Es de resaltar finalmente, que en atención a las disparidades y notorias diferencias que se suscitan entre las sentencias de unificación de la H. Corte Constitucional SU-230 de 2015 y la sentencia de unificación del H. Consejo de Estado del 25 de febrero de 2016, las cuales ya fueron objeto de estudio minucioso en líneas que anteceden, en el sentir de esta juzgadora se acoge en su totalidad el criterio

esbozado por la H. Corte Constitucional, en el entendido que dicho precedente es de obligatoria observancia en razón a sus efectos erga omnes y de cosa juzgada constitucional.

A tal entendimiento se llega si se tiene en cuenta lo esbozado por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-634 de 2011, M.P.: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, en la que se examinó la constitucionalidad del artículo 10 (parcial) de la Ley 1437 de 2011 y se hizo referencia expresa al carácter vinculante de los precedentes de las altas cortes, fijando como reglas las siguientes: i) El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de Derecho, parte de aceptar que los textos constitucionales, legales o reglamentarios carecen de un único significado, por lo que resulta necesario que los órganos jurisdiccionales de cierre, habilitados constitucionalmente, desentrañen las reglas jurídicas concretas contenidas en la disposición analizada, razón por la cual resultan vinculantes, materializando así los principios de igualdad y seguridad jurídica al permitir que las decisiones proferidas por las autoridades resulten, en cierta forma, predecibles y coherentes, más aún si los casos que son materia de decisión guardan cierta identidad fáctica y jurídica.

ii) A la Corte Constitucional, como guardián de la supremacía constitucional, le corresponde procurar la armonización del ordenamiento jurídico. Lo anterior conlleva a que la corte, al interpretar las disposiciones constitucionales, fijando las reglas jurídicas concretas que emanan de la disposición superior analizada, deben observarse de forma preferente en estricta aplicación del artículo 4 de la Carta Política.

iii) Los fallos de la Corte Constitucional, tanto de control concreto como **abstracto**, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, en su parte resolutive, como en la *ratio decidendi*, es decir, aquellos argumentos cardinales que justifican la decisión adoptada en la sentencia, por cuanto conforman una unidad inescindible. Lo anterior se justifica en el principio de supremacía constitucional que impone la aplicación preferente de las disposiciones constitucionales y, consecuentemente, de las reglas jurídicas identificadas por el tribunal Constitucional, en su ejercicio de intérprete autorizado de la Constitución.

Por todo lo anteriormente expuesto, el despacho declarará que los actos administrativos enjuiciados, a la luz de la interpretación constitucional contenida en la sentencia SU-230 de 2015, se encuentran ajustados al ordenamiento legal, especialmente en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, concluyendo que la parte demandante no tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

4.2. INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA.

El H. Consejo de Estado ha abordado el sustento normativo de la indexación de la primera mesada pensional y su desarrollo jurisprudencial, afirmando:

"No hay duda que, si bien, la pensión debe liquidarse sobre el promedio de lo devengado en el último año de servicios, no pueden desconocerse mandatos preconizados en la Constitución de 1991, contenidos en los artículos 48 inciso último al tenor del cual "La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante" o el previsto en el artículo 53 inciso 3º conforme al cual "El Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones legales (...)"

Actualizar el promedio de lo devengado en el último año de servicios, es la única forma de impedir que el demandante se vea obligado a percibir una pensión de jubilación devaluada, buscando que el restablecimiento del derecho represente el valor real al momento del reconocimiento de la pensión.

(...)

Como se evidencia de lo anterior, atrás quedó el paradigma positivista que se traduce en el planteamiento de Montesquieu, que asigna al juez un lugar estrechamente subordinado, predicando que los juicios no deben ser más que "un texto preciso de la ley" y que los jueces "no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza de la ley ni el rigor de ella". Hoy está claro que la juris-dictio no podría limitarse a la legis-dictio; la legalidad se articula con los derechos de los ciudadanos, pues el imperio de la ley a la que se somete el juez, según el artículo 230 Superior es en la Constitución misma imperio de la ley y del derecho, como quiera que el concepto básico constitucional que finca toda la parte programática del mismo ordenamiento, es el Estado Social de Derecho y no simplemente el Estado de Derecho.

El fin de la Constitución es implantar el derecho mediante la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político y por ello proclama valores superiores del ordenamiento jurídico; luego dentro de la dialéctica constitucional caben no sólo las leyes formales, sino todos los valores constitucionales y los principios.

No se trata de meros conceptos retóricos, sino de conceptos normativos con plenitud de efectos jurídicos, cuyo instrumento de eficacia es el juez. En esa medida el fallo recurrido, al invocar las razones de equidad y de justicia como sustento, lo que hizo fue dar aplicación al modelo constitucional garantista en el que la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma, ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución. Ello por sí sólo legitima la validez de la decisión del a quo".¹⁶

Del referente jurisprudencial anteriormente indicados, se colige la procedencia de la indexación de la primera mesada pensional en aquellos eventos en que el salario base de liquidación de ésta ha perdido su valor adquisitivo a causa del paso del tiempo y del fenómeno inflacionario.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 29 de enero de 2004, radicación número 76001-23-31-000-1999-0983-01(1221-02), consejera ponente Dra. Ana Margarita Olaya Forero. Posición reiterada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 7 de marzo de 2013, Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Exp. No. 76001-23-31-000-2008-01205-01(1995-11).

Este procedimiento consiste en traer a valor presente el ingreso base de liquidación (IBL) y generalmente aplica cuando transcurre un tiempo considerable entre el salario base de liquidación tenido en cuenta —el de los últimos años de servicios— y la liquidación de la primera mesada.

De cara a los supuestos de hecho de la indexación de la primera mesada pensional, en la misma sentencia aludida el H. Consejo de Estado destacó lo que a continuación se transcribe:¹⁷

“Por lo anterior, regularmente se habla de indexación de la primera mesada pensional, frente a aquellas personas que se les reconoció su pensión tiempo después de que estuvieron trabajando, teniendo en cuenta el valor nominal de los salarios y prestaciones sociales que devengaban durante los últimos años de su relación laboral, sin considerar que dichas sumas de dinero en el momento en que se reconoce y paga la pensión han perdido su valor adquisitivo, por lo que es necesario actualizarlas, traerlas a valor presente.

(...)

Sobre el particular considera la Sala que en principio no hay lugar a hablar de indexación de la mesada pensional cuando entre el retiro del trabajador y el momento en que se liquida y reconoce la pensión no ha transcurrido por lo menos un año, en tanto es de manera anual que se tiene en cuenta la variación porcentual del IPC, a fin de tomar las medidas necesarias para contrarrestar la pérdida de la capacidad adquisitiva del dinero. En tal sentido, a propósito del reajuste de las mesadas pensionales, se destacan algunos apartes del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 que señala lo siguiente...” (Negrilla y subrayas fuera de texto).

Se advierte del acto administrativo de reconocimiento pensional, que la demandante se retiró del servicio el 17 de octubre de 1986 y adquirió su status pensional el 21 de noviembre de 1999, transcurriendo más de diez (10) años en los cuales como quedó visto con anterioridad, el monto de su ingreso base de liquidación experimentó una devaluación lo que se traduce en una afectación al poder adquisitivo de su mesada pensional.

Ahora bien, en la Resolución No. 29176 del 30 de noviembre de 2000 que reconoció la pensión, se observa que la entidad demandada actualizó con el I.P.C. el promedio devengado en el último año de servicios (fl.3), por lo cual no habría lugar a la indexación solicitada.

5. CONDENA EN COSTAS.

No hay lugar al pago de costas por parte del vencido en juicio, en el entendido que no apareció probada su causación¹⁸, de conformidad con lo dispuesto en el

¹⁷ Consejo de Estado -Sección Segunda-Subsección B, Sentencia del 7 de febrero de 2013, Exp. Radicación: 76001-23-31-000-2008-00785-01(0268-12), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁸ Consejo de Estado - Sección Primera - Consejero Ponente: Dr. GUILLERMO VARGAS AYALA. - dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015). Radicación Núm.: 25001-23-41-000-2012-00446-00.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: AMANDA RAMIREZ VEGA
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES
PARAFISCALES DE LA PROTECCIONSOCIAL - UGPP
RADICADO No.: 76001-33-33-003-2014-00455-00

artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.
del P.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito
Judicial de Cali, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad
de la Ley,

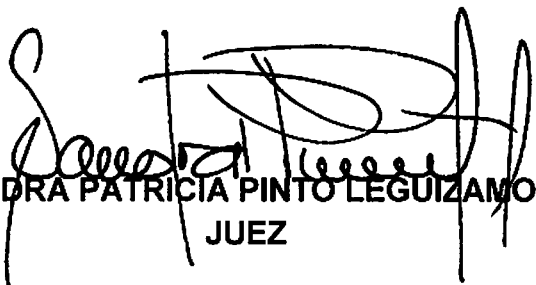
F A L L A:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a los argumentos
expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: No hay lugar a condena en costas.

TERCERO: ORDÉNAR la devolución de los remanentes que por gastos
ordinarios del proceso le pudieran corresponder a la parte actora y en firme la
presente sentencia **ARCHÍVAR** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


SANDRA PATRICIA PINTO LEGUIZAMON
JUEZ

NGV