

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

SIGCMA

San Andrés Isla, treinta (30) de marzo de dos mil veinte (2020)

Sentencia No. 00052

Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado	76-001-33-31-016- 2011-00213-01
Demandante	Isabel Méndez Giraldo
Demandado	Instituto de Seguro Social – ISS
Magistrado Ponente	Jesús Guillermo Guerrero González

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procedente del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en desarrollo de lo dispuesto en materia de descongestión en el 3º del Acuerdo No. PCSJA19-11276 del 17 de mayo de 2019, prorrogado mediante el artículo 2º del Acuerdo PCSJA19-11444 del 14 de noviembre de 2019, proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura, se encuentra el proceso de la referencia en estado de dictar sentencia, a lo cual procede la Sala de Decisión de esta Corporación.

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia del 25 de marzo de 2014 proferida por el Juzgado Dieciséis Administrativo del Circuito de Cali, que resolvió:

PRIMERO. DECLÁRANSE NO PROBADAS las excepciones propuestas por el Instituto de Seguros Sociales denominadas "Inexistencia de la Obligación Reclamada y Prescripción", por las razones anotadas con antelación.

SEGUNDO. DECLÁRASE DE OFICIO LA EXCEPCIÓN DE INEPTA DEMANDA POR FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA GUBERNATIVA, respecto la declaratoria de nulidad de la resolución No. 006635 del 27 de marzo de 2009. Y en consecuencia DECLÁRASE INHIBIDO el Despacho para conocer de la nulidad del acto acusado por las razones expuestas en el proveído.

TERCERO. TENGASE a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones como sucesor procesal del Instituto de los Seguros Sociales en Liquidación, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. ACEPTAR la renuncia del poder allegada por el doctor Adolfo León López Giraldo, obrante a folio 182; y en su lugar se procederá a RECONOCER

personería al doctor Carlos Humberto Ruíz García, abogado portador de la Tarjeta Profesional No. 50.006 del C.S de la J., como apoderado de la demandante, en los términos del memorial visible a folio 185 de este cuaderno.

QUINTO. RECONOCER personería al doctor Harold Antonio Erazo Díaz, abogado portador de la Tarjeta Profesional No. 73.332 del C.S de la J., como apoderado de Colpensiones, en los términos del memorial visible a folio 187 de este cuaderno.

SEXTO. RECONOCER personería al doctor Jorge Eduardo Guzmán Piedrahita, abogado portador de la Tarjeta Profesional No. 70.334 del C.S de la J., como apoderado del Instituto de Seguros Social en Liquidación, en los términos del memorial visible a folio 192 de este cuaderno.

SÉPTIMO. SIN COSTAS en esta instancia.

OCTAVO. En firme la presente sentencia ARCHIVASE el expediente previa cancelación de su radicación.”

II. ANTECEDENTES

DEMANDA

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, y debidamente integrada la Sala, procede la Corporación a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante¹ contra la sentencia de fecha 25 de marzo de 2014 proferida por el Juzgado Dieciséis Administrativo del Circuito de Cali.²

PRETENSIONES

PRIMERO: Que se declare la nulidad de la Resolución 006635 del 27 de mayo de 2009.

SEGUNDO. Que en su defecto, a título de restablecimiento del derecho, se sirva disponer una nueva liquidación de la cifra que le corresponde a la actora como pensión de vejez, aplicando en su integridad la norma más favorable como beneficiaria del régimen de transición, que en este caso es el Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta que se desempeñó como asalariada del sector privado y servidora pública durante su vida laboral y todo el tiempo de servicios como empleada, permaneció como cotizante del Instituto de Seguros Sociales, por

¹ Folios 242 - 250 cdno. ppal.

² Folio 205 - 223 cdno. ppal.

espacio que supera los 40 años, llegando hasta la cifra de 2089 semanas de cotización.

TERCERO: Que, en razón de las decisiones anteriores, solicita, se ordene al ISS, reconocer la nueva mesada pensional con efecto retroactivo desde el 01 de enero de 2009 y deberá indexar la cifra con base en los parámetros de ley.

HECHOS

Manifiesta que mediante Resolución No. 006635 del 27 de marzo de 2009, el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Valle, reconoció pensión de vejez a la señora Isabel Méndez Giraldo con efecto retroactivo desde el 01 de enero de 2009, al admitir que era beneficiaria del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Señala que el ISS, para establecer la mesada pensional que le habría de corresponder a la señora Isabel Méndez Giraldo procedió a liquidar la misma tomando como base el promedio de los 10 últimos años cotizados y al mismo le aplicó el porcentaje que la norma dispone de acuerdo con la densidad de semanas cotizadas que se acrediten, que en su caso superaron las 1250, ignorando por completo el artículo 20, parte II. literal b, del Decreto 758 de 1990, aplicando los artículos 21 y 36, inciso 3, de la Ley 100 de 1993, para los efectos liquidatorios del ingreso base de liquidación y el Decreto 158 de 1990, para aplicarle el porcentaje que le correspondía por la densidad de semanas cotizadas ante el ISS.

Sostiene que de haberse respetado en su integridad el decreto 758 de 1990, como norma reguladora de la transición que le correspondía a la señora Isabel Méndez Giraldo y en acatamiento del principio de inescindibilidad de la ley, el ingreso base de liquidación, habría nacido de la fórmula contenida en dicha norma y que toma como parámetro el promedio de las 100 últimas semanas cotizadas al ISS.

Indica que la señora Isabel Méndez Giraldo también se desempeñó como servidora pública del Municipio de Santiago de Cali y uno de sus organismos descentralizados, habiendo cotizado al ISS durante su vida laboral como funcionaria del Estado, de tal suerte que para la financiación de su pensión de vejez, no se requirió la emisión de bono pensional alguno, y fue así como el ISS apreció toda su vida laboral cotizada a esa Entidad Administradora de Pensiones y por ello decidió aplicarle el decreto 758 de 1990 como régimen de transición, para llevarla al 90%

como porcentaje máximo aplicable para establecer el monto de su pensión por haber superado las 1250 semanas de cotización, creyendo que con ello estaba aplicando el principio de favorabilidad laboral, sin tener en cuenta que para hallar el ingreso base de liquidación, había hecho uso de la ley 100 de 1993 y por tanto escindió el Decreto 758 de 1990 o Acuerdo 49 del mismo año, violando los más claros principios del derecho laboral Colombiano, por cuanto la perversa fórmula de la ley 100 de 1993, resultaba para mi favorecida, contraria a sus intereses y por ende la ubicaba en la situación más gravosa y desfavorable frente a su pretensión.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Señala como normas violadas las siguientes:

Artículos 1 y 53 de la Constitución Política de Colombia.

Artículo 20 del Código Sustantivo del Trabajo

Artículos 12 y 20 del Decreto 758 de 1990 o Acuerdo 049 de 1990 del ISS.

Señala que la decisión del Instituto de Seguros Sociales, plasmada en el Acto Administrativo que se acusa y ataca, desconoce flagrantemente los principios consagrados en la ley, por cuanto pretende separar la ley y fraccionar apartes de la ley 100 de 1993 para efectos liquidatorios del ingreso base de liquidación y a renglón seguido, aplica fracciones del Decreto 758 de 1990, para reconocerle la edad, el tiempo de servicio y el porcentaje que se aplica al IBL, con el fin de establecer el monto de la pensión de vejez.

Es evidente que el promedio de Ingreso por el cual se cotizó por parte de la Sra. Méndez Giraldo, en las últimas 100 semanas anteriores a su petición de reconocimiento pensional, es sustancialmente mayor que aquel que esta percibió en los últimos 10 años de cotización, por cuanto ello se explica fácilmente, dado que la actora se desempeñaba como servidora pública y el ingreso de los funcionarios del Estado, crece y se modifica anualmente, de tal suerte que es fácil colegir que sus últimos ingresos son sustancialmente mayores que aquellos que se predicen de la última década, asimismo relaciona la jurisprudencia respecto al principio de favorabilidad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA³

La apoderada del Instituto de Seguros Sociales señaló que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, debido a que la resolución No. 006635 del 27 de mayo de 2009 que concedió la pensión de vejez a la demandante de acuerdo con el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, está ajustada a derecho y no es procedente la reliquidación de la pensión con el promedio de las últimas 100 semanas cotizadas al ISS como se pretende.

Señala que el ISS mediante Resolución No. 006635 de 2009 y que hoy se demanda, reconoció pensión a la señora Isabel Méndez Giraldo, por haber cumplido los requisitos exigidos por la ley pues contaba con 2089 semanas cotizadas y 55 años de edad, pues nació el 16 de noviembre de 1948. La pensión se le liquidó con base en lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, ya que el régimen de transición se aplica a quienes al momento de entrar en vigencia el nuevo sistema general de pensiones tenían 35 años la mujer o 40 años el hombre o 15 años de servicio cotizados, para reconocer la pensión con la edad, tiempo y monto en él establecida.

Afirma que la liquidación se basó en 2089 semanas cotizadas, con ingreso base de liquidación \$1.627.636.00 al cual se le aplicó una tasa de reemplazo equivalente al 90%, siendo este el tope máximo que permite la ley, además de que se le realizaron las dos liquidaciones como lo ordenan la ley cual es la de liquidar con el IBL de toda la vida laboral o el de los últimos 10 años el que más le era favorable, por el hecho de haber cotizado más de 1.250 semanas.

Sostiene que dicho acto administrativo fue notificado personalmente el 18 de mayo de 2009, no habiendo hecho uso de los recursos de ley, por lo tanto, dicho acto quedó en firme. El 22 de mayo de 2009, presentó derecho de petición en el sentido de solicitar reliquidación de la pensión de vejez, el cual fue respondido en julio 19 de 2009, mediante oficio DAP 13171, firmado por el jefe del Departamento de Atención al Pensionado, haciéndosele saber a la demandante que "contra la resolución No. 6635 de marzo de 2009, procedían los recursos de reposición y subsidiariamente el de apelación, de los cuales habría de hacerse uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de notificación del acto administrativo, a los cuales no hizo uso, quedando en firme este acto de acuerdo con el artículo 62 del

³ Folios 300 - 309 cdno. ppal.

Código Contencioso Administrativo, que habla de la firmeza de los actos administrativos.

Indica que, con el fin de resolver el requerimiento hecho por la pensionada, y a pesar de no haber presentados los recursos el I.S.S. en el mismo oficio precitado, le manifiesta que: la pensión se le liquidó de acuerdo con el número de semanas cotizadas indica el porcentaje de reemplazo que se asignará al ingreso base de liquidación; que para el caso de la demandante, por el momento en que se genera el derecho (cumplidos los requisitos de edad y semanas cotizadas) indica que está dentro de la transición de la Ley 100 de 1993 y se le liquidó conforme al Art. 36 de esta ley. Por lo que, de acuerdo con lo anterior, no es procedente la reliquidación de la pensión reconocida mediante la resolución No. 006635 del 27 de marzo de 2009.

SENTENCIA RECURRIDA⁴

El Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión del Circuito de Cali, en sentencia del 25 de marzo de 2014, declaró de oficio la excepción de inepta demanda por falta de agotamiento de la vía gubernativa respecto a la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 006635 del 27 de marzo de 2009.

Señaló que una vez observado el material probatorio obrante en el plenario se tiene, que la demandante no agotó los recursos de ley, que le otorgaba el acto administrativo por medio del cual se le reconoció su pensión por vejez, con lo cual es evidente que la actora, no agotó la vía gubernativa en debida forma, previo a demandar en acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante esta jurisdicción.

Sin embargo, el A quo no desconoce, que ante Derechos Constitucionales y la especial protección de la que gozan algunas personas, el procesalismo riguroso debe ceder, sin embargo, no es éste el caso, toda vez que si bien es cierto, que la actora, hace parte del grupo denominado "adulto mayor", no quiere ello decir, que con la imposición del requisito de agotamiento de la vía gubernativa, se le estén vulnerando sus derechos, toda vez que en este caso no se debate el reconocimiento y pago de una pensión, sino por el contrario se trata de una reliquidación pensional,

⁴ Folios 205 - 223 cdno. ppal.

con lo cual el mínimo vital con que toda persona debe contar para su subsistencia no se encuentra vulnerado.

Sostiene que el Alto Tribunal Administrativo, ha señalado frente al requisito procesal de agotamiento de la vía gubernativa, y la especial calidad que reviste a ciertas personas, que ello no es óbice para no exigir el requisito procesal, antes de demandar ante esta jurisdicción, por lo tanto, el agotamiento de la vía gubernativa respecto de un acto particular y concreto, es requisito necesario para acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, exigencia que surge de la aplicación del privilegio de la decisión previa de que goza la administración para pronunciarse sobre las peticiones de la actora, antes de ser objeto de demanda en un proceso judicial. Esta exigencia más que una ritualidad excesiva, se convierte en un instrumento a favor del peticionario y de la administración, en relación al derecho de defensa, no sólo en vía administrativa, sino posteriormente en vía judicial.

Indica que la actora no agotó la vía gubernativa en procura de sus pretensiones, y que en efecto, no se observa alguna solicitud propuesta ni sustentada ante la entidad, en la que la señora Isabel Méndez Gómez, haga uso de los recursos de ley contra la Resolución 006635 del 27 de marzo de 2009, lo que corrobora y sustenta lo manifestado por la entidad accionada en su escrito de contestación de la demanda, impidiendo que se estudien las pretensiones formuladas.

En consecuencia, el A quo señaló que la parte actora no acreditó el requisito de procedibilidad consagrado en el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, por lo tanto, se inhibe para conocer de fondo el caso en estudio, respecto de la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 006635 del 27 de marzo de 2009, y declarará de oficio la excepción de inepta demanda por falta de agotamiento de la vía gubernativa.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante en la oportunidad legal expuso su inconformidad con la sentencia, según los argumentos que a continuación se resumen⁵ a saber:

⁵ Folio 242 – 250 cdno. Ppal.

SIGCMA

Señala que sus motivos de inconformidad con la sentencia es que, el 18 de mayo de 2009 se notificó la Resolución No. 006635 del 27 de marzo de 2009 expedida por el ISS, por la cual se reconoció pensión de vejez a Isabel Méndez Giraldo y señala que el 22 de mayo de 2009, estando dentro del término de ley, la actora, presentó mediante escrito derecho de petición solicitando aclaración de lo siguiente: “El promedio de mi mesada deber ser más oneroso”, por lo tanto sostiene que si se revisa y observa detenidamente el contenido de la petición, se observa que la actora presenta inconformidad con el monto de la pensión otorgada por el ISS y solicita la aclaración correspondiente y esto constituye de por sí la interposición de un recurso contra lo decidido en la citada Resolución No. 006635 de 2009.

Ante esta solicitud, el ISS, contesta tardíamente mediante oficio DAP-13171 de 17 de julio de 2009, esto es le dio trámite a la reliquidación de la pensión, tal como lo cita en la referencia: solicitud de reliquidación de pensión y en consecuencia, con esta actuación administrativa del ISS, le dio el carácter de recurso y al resolver, se configuro la decisión del recurso presentado-, anotando que si se agotó la vía gubernativa contra el acto que le reconoció y liquidó su pensión, por lo tanto, se cumplió con el requisito de procedibilidad exigido por el artículo 135 del C.C.A.

Señala asimismo que, en ningún momento advirtió ninguna causal de inadmisión o rechazo de la demanda, tal como lo establece el artículo 143 del C.C.A.

Sostiene respecto al fallo inhibitorio que se lesionan los derechos fundamentales de las partes. Se configura, en tales ocasiones, una verdadera e inocultable vía de hecho, toda vez que, al inhibirse sin razón válida, el juez elude su responsabilidad, apartándose de la Constitución y de la ley; realiza su propia voluntad, su interés, por encima del orden jurídico; atropella a quienes están interesados en los resultados del juicio y hace impracticable el orden justo preconizado por la Constitución. Si ello es así, la inhibición injustificada carece de legitimidad y pierde el sentido de una decisión judicial apta para producir cualquier efecto jurídico. Es tan solo una providencia judicial aparente que no merece la intangibilidad normalmente atribuida a las determinaciones de los jueces

Por lo anterior, solicita que se admita el recurso de apelación contra la sentencia 72 de 25 de marzo de 2014 y se revoque la sentencia de primera instancia.

ALEGACIONES

Parte demandante⁶

El apoderado de la parte demandante en el término del traslado señaló que se ratifica en las declaraciones invocadas en la demanda y en los alegatos de conclusión.

Por lo tanto y conforme a las pruebas recaudadas y presentes en el proceso, las cuales sirven de soporte o sustento para las declaraciones solicitadas, le solicito respetuosamente Señora Magistrada, Desestimar las respuestas de la Demandado y en su defecto, revocar la sentencia 72 de 25 de marzo de 2014, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión, especialmente el resuelve segundo que decide —declarase de oficio la excepción de inepta demanda por falta de agotamiento de la vía gubernativa y en consecuencia declarase inhibido el despacho para conocer de la nulidad del acto acusado y como consecuencia, se emita un fallo de fondo que declare la nulidad del acto acusado por haber vulnerado el ISS el derecho de la actora a la reliquidación de su pensión, accediendo de esta manera a las pretensiones de la demanda, por encontrarse acreditados todos los presupuestos materiales para dictar sentencia de mérito o de fondo.

Parte demandada

El apoderado de la parte demandada dentro del término de traslado guardó silencio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agente del Ministerio Público no emitió concepto dentro del término de traslado.

ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión del Circuito de Cali profirió sentencia el 25 de marzo de 2014.⁷

La parte demandante interpuso dentro de la oportunidad procesal correspondiente recurso de apelación contra la sentencia proferida.⁸

En cumplimiento a lo ordenado en el Acuerdo No. PCSJA19-11276 del 17 de mayo de 2019, prorrogado mediante el artículo 2º del Acuerdo PCSJA19-11444 del 14 de

⁶ Folios 262 - 273 cdno. ppal.

⁷ Folios 205 - 223 cdno. ppal.

⁸ Folios 242 – 250 cdno. ppal.

noviembre de 2019, proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura, se remitió el presente proceso al H. Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina para proferir la sentencia correspondiente.

Mediante auto No. 131 de fecha 02 de julio de 2019, esta Corporación avocó conocimiento del proceso.⁹

III. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

El Tribunal Contencioso Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces Administrativos, de conformidad con el numeral 1º del artículo 133 del C.C.A., modificado por la Ley 446 de 1998 art. 41.

Ahora bien, el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina es competente, en atención a lo dispuesto en materia de descongestión del Acuerdo No. PCSJA19-11276 del 17 de mayo de 2019, prorrogado mediante el artículo 2º del Acuerdo PCSJA19-11444 del 14 de noviembre de 2019, proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura.

PROBLEMA JURIDICO

En los términos del recurso de apelación corresponde a esta Corporación determinar si la señora Isabel Méndez Giraldo en sede administrativa agotó el presupuesto procesal de interponer los recursos procedentes, a efectos de agotar la vía gubernativa, como presupuesto procesal de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción y como consecuencia, determinar si tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez.

TESIS

La Sala revocará la sentencia de primera instancia, toda vez que la petición elevada por la actora, puede ser tomada por la administración como el recurso de apelación y por tanto se encuentra agotada la vía gubernativa y puede ser estudiado el fondo del asunto.

⁹ Folio 282 cdno. ppal.

Por lo tanto, la Sala, atendiendo lo resuelto en la sentencia de unificación de jurisprudencia proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado de Estado¹⁰, sostendrá la tesis que para los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, su derecho pensional en lo que se refiere a la edad, tiempo y monto entendido este último como la tasa de reemplazo se debe determinar conforme a las previsiones de la normatividad que lo cobijaba, en este caso la Ley 33 de 1985, y en lo referente a la liquidación del IBL, este se debe realizar de conformidad con las disposiciones del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Igualmente, los factores salariales que deben tomarse en consideración al momento de la liquidación de la pensión son solo los factores enlistados en la norma, y sobre los que se han efectuado los aportes.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Régimen de transición Pensional- Ley 100 de 1993

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social Integral en lo concerniente al reconocimiento de la pensión de vejez, consagró en su artículo 36 un régimen de transición, que buscaba proteger aquella población que se encontraba próxima a adquirir su derecho pensional, para ello, otorgó una vigencia ultractiva de algunos elementos del régimen pensional que los cobijabas, lo que en últimas traduce la posibilidad de acceder a una pensión en condiciones particulares, más favorables y diferentes frente a quienes fueran cobijados por el Sistema General de Pensiones.

***“Art. 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.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de

¹⁰ Consejo de Estado sentencia del 28 de agosto de 2018. Rad. No. 52001-23-33-000-2012-00143-01

diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos”

Sobre la forma de liquidar las pensiones causadas en los términos de la Ley 33 de 1985 que implica el régimen de transición, se ha sostenido por la jurisprudencia que los beneficiarios tienen derecho a que se les aplique la edad, tiempo de servicios o de cotización y monto, de las normas pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993.

Sobre el entendimiento del monto, se han tenido diferentes interpretaciones. En efecto, se ha sostenido de tiempo atrás por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional que este concepto corresponde al porcentaje de la pensión o tasa de reemplazo, de modo que el ingreso base de liquidación se debe determinar con base en la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes, quedando sólo bajo el régimen de la ley anterior los aspectos previamente señalados.

Por su parte, el Consejo de Estado había entendido por monto no sólo el porcentaje de la pensión, sino también los factores para la liquidación de la misma¹¹, de manera el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo había venido sosteniendo que la aplicación del régimen anterior en virtud de la disposición de transición de la Ley 100 de 1993, no sólo se refería a la determinación de edad y tiempo de servicio, sino que también incluía el monto, conformado por los factores para la liquidación de la pensión.

En consideración del Consejo de Estado no era admisible aplicar la ley anterior sólo respecto a los factores de edad y tiempo de servicios, pero, por otro lado, determinar el monto para la liquidación de la pensión con base en la Ley 100 de 1993, ya que ello daría lugar a la vulneración de los principios de favorabilidad e inescindibilidad de la ley.

La Sala de decisión de esta Corporación, en casos similares al presente, y siguiendo el criterio del Consejo de Estado, había acogido las pretensiones de quienes siendo beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, solicitaron la nulidad

¹¹ Ver, entre otras, las siguientes sentencias: (i) 21 de junio de 2007, Rad: 0950 de 2006, C. P: Ana Margarita Olaya Forero. (ii) 4 de agosto de 2010. Rad: 25000-23-25-000-2004-06145-01(2533-07) C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. (iii) 4 de agosto de 2010. Rad: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

de los actos administrativos que les negaron la reliquidación pensional para incluir los factores salariales percibidos durante el último año de servicios, conforme a lo establecido en la Ley 33 de 1985. Todo ello en acatamiento de la sentencia de unificación del Consejo de Estado - Sala Plena de la Sección Segunda - proferida el 04 de agosto de 2010.

No obstante, y luego de debates en las Altas Cortes en relación con este tema, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, unificó el criterio de interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Así pues, en lo que respecta a los elementos que hacen parte de la transición, específicamente en lo que respecta al monto entendido tanto la tasa del remplazo como el IBL, el Consejo de Estado modificó su postura, al considerar que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el artículo 3, inciso 3, en el entendido que esta disposición excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley.

El ingreso base de liquidación en el régimen de transición.

Explica el Consejo de Estado en la mencionada sentencia de unificación de jurisprudencia¹², como razones para el cambio de postura lo siguiente:

“La aplicación del régimen pensional de transición para quien opte por este, significa que los requisitos de la edad y el tiempo, y el monto de su pensión sean los previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual remite a los regímenes pensionales anteriores, en virtud de los efectos ultractivos dados a los mismos.

*Señala que lo anterior cobra relevancia en la medida en que si bien el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispuso que el monto de la pensión para los beneficiarios de la transición sería el previsto en el régimen anterior al cual se encontrarán afiliados, lo cierto es que el inciso 3° de la misma disposición previó de manera expresa un **ingreso base para la liquidación de la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso 2°** que les faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho, definiendo así uno los elementos del monto pensional.*

*La redacción del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ha dado lugar a diversas interpretaciones sobre cuál es el ingreso base de liquidación que se debe tomar en cuenta para liquidar las pensiones en el régimen de transición, pues el concepto “**monto**” señalado en el inciso 2° de esa disposición daría lugar a entender, como lo ha considerado la Sección Segunda del Consejo de Estado, que la mesada pensional o monto incluye el IBL y la tasa de reemplazo previstos en los regímenes anteriores. Sin embargo, otra interpretación es que,*

¹² Consejo de Estado sentencia del 28 de agosto de 2018. Rad. No. 52001-23-33-000-2012-00143-01

en virtud de lo previsto en el inciso 3° ibidem, para establecer el monto de la pensión, solo se tomaría la tasa de reemplazo del régimen anterior, teniendo en cuenta que el IBL fue expresamente definido por este inciso para el régimen de transición. La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia son de esta tesis.

*La tesis de la Sección Segunda del Consejo de Estado de aplicación inescindible del elemento “monto” para las pensiones reconocidas bajo los regímenes anteriores, tiene como explicación que la acepción de la palabra “**monto**” debe entenderse como la **liquidación aritmética del derecho**, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100 de 1993¹³. Ello en virtud del efecto útil de la última regla del inciso 2°, en la medida en que no existen condiciones y requisitos distintos para acceder al derecho a los ya señalados en la norma. El inciso 3° del artículo 36 prevé un **ingreso base** y una liquidación aritmética diferente a la que se deduce de la interpretación del inciso 2°, en la que del “**monto**” se infiere un **ingreso base** que se rige también conforme al ordenamiento jurídico anterior. A juicio de la Sección Segunda de la Corporación, la redacción contradictoria del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política se debe tener en cuenta la regla más favorable, o sea la prevista en el inciso 2°.*

(...)

Ahora bien, la otra tesis consistente en que el IBL del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 debe aplicarse para establecer el monto pensional de las personas beneficiarias del régimen de transición fue desarrollada por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 que estudió la exequibilidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, aplicable a congresistas, magistrados de altas cortes y otros altos funcionarios¹⁴.

(...)

Para el régimen general de pensiones que estaba vigente con anterioridad de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional, en sede de tutela, extendió la ratio decidendi de la sentencia C-258 de 2013 a controversias suscitadas en torno a los reconocimientos pensionales de personas beneficiadas con el régimen de transición y a quienes se les aplicaba la Ley 33 de 1985. Tales sentencias fueron, entre otras, la SU-230 de 2015, la SU-395 de 2017 y la SU-023 de 2018. En estos casos también consideró que el IBL del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 debía aplicarse frente a las pensiones cobijadas por la Ley 33 de 1985.

A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma.”

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 21 de septiembre de 2000, Exp. 470-99.

¹⁴ “ARTÍCULO 17. El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores. Aquéllas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, **durante el último año, y por todo concepto**, perciba el Congresista. **Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal.**

PARÁGRAFO. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decrete la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva.”

Explica la Sala, respecto a dicha conclusión que:

Para establecer el monto de la pensión, el legislador, en este caso de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de su libertad de configuración, fijó un elemento, el IBL, que cumpliría con la finalidad no solo de unificar la base de la pensión para todos aquellos que estaban próximos a pensionarse, sino como manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones; máxime teniendo en cuenta que el periodo de transición abarcaría varias décadas¹⁵.

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

En atención a los argumentos expuesto, el Consejo de Estado¹⁶ fijó la siguiente regla del cual se derivan dos subreglas, así:

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

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

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

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

(...)

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

¹⁵ En virtud del Acto Legislativo No. 1 de 2005, la aplicabilidad del régimen de transición corrió hasta el 31 de julio de 2010, o, excepcionalmente, hasta el 31 de diciembre de 2014, en el caso que los beneficiarios contaran con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios al momento de la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo.

¹⁶ Consejo de Estado sentencia del 28 de agosto de 2018. Rad. No. 52001-23-33-000-2012-00143-01

(...)

*La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual, en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, **solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.***

*De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas **de cotización.** Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.*

A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspassa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base. (Subrayas fuera del texto original)

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afectan las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.”

Conforme a lo anterior, es claro para esta Corporación que (i) las pensiones cobijadas por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se deben liquidar conforme a los parámetros señalados en el inciso 3° del artículo 36 de dicha norma (ii) los factores salariales a tener en cuenta sólo son los efectivamente cotizados.

CASO CONCRETO

Corresponde a la Sala, decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia dictada el 25 de marzo de 2014 proferida por el Juzgado Dieciséis Administrativo del Circuito de Cali, en la cual declaró de oficio la excepción de inepta demanda por falta de agotamiento de la vía gubernativa, respecto la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 006635 del 27

de marzo de 2009. Y en consecuencia se declaró inhibido para conocer de la nulidad del acto acusado por las razones expuestas en el proveído.

Cuestión Previa.

En el ordenamiento constitucional el derecho a la seguridad social goza de un especial tratamiento y protección en virtud de la entidad jurídica que representa. El artículo 48 de la Carta Política, consagra particularmente la seguridad social como un derecho inalienable e irrenunciable de las personas, cuya garantía y eficacia compromete directamente al Estado, en tanto permite el desarrollo de conceptos que constituyen pilares esenciales del Estado Social de Derecho como lo son el respeto a la dignidad humana y la protección de los derechos fundamentales del individuo como expresión obligatoria de la trascendencia de dicho concepto dentro del ordenamiento jurídico.¹⁷

Frente al caso particular de las personas de la tercera edad, la seguridad social como derecho constitucional, adquiere una connotación ius fundamental en razón de la debilidad manifiesta de dicho grupo poblacional, pues ha de entenderse que su capacidad laboral se encuentra prácticamente agotada y que su condición física luego de una vida de labor representa una situación desventajosa frente a los demás individuos, de manera pues que la efectividad del mismo, involucra y compromete directamente la vigencia de una serie de derechos como la dignidad humana, la vida, la integridad física y el mínimo vital, que hacen necesario un amparo especial, convirtiéndolo en un derecho de aplicación inmediata respecto a tales individuos, cuya expresión formal se encuentra consignada en los artículos 13 y 46 de la Carta Constitucional, en donde se señala como un imperativo para el Estado la protección y asistencia a las personas de la tercera edad y la garantía de su derecho a la seguridad social.¹⁸

De acuerdo con lo anterior, es forzoso concluir que la exigencia contenida como requisito de acceso a la vía judicial en el artículo 135 del C.C.A. en armonía con el

¹⁷ Corte Constitucional. T-528-07, T-558-97, T-299 de 1997, T-305-98, T-169-98, T-137-00, T-190-00, T-1154-00, C130-04, C-425-05.

¹⁸ Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Artículo 46. —El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.

contenido de los artículos 50, 51, 62 y 63 ibidem, limita la eficacia material del derecho a la seguridad social de las personas de la tercera edad, en tanto impide su definición judicial y retarda su efectividad en contravía del prevalente amparo que al respecto consagran las normas constitucionales citadas exigible y vinculante tanto para las autoridades administrativas como para las judiciales; razón por la que en el sub lite, el conjunto normativo que instituye el sistema de vía gubernativa como presupuesto procesal debe ser inaplicado atendiendo a la cláusula de excepción contenida en el artículo 4° Superior, que impone la aplicación en rigor del ordenamiento constitucional de manera preferente en caso de incompatibilidad con la inferior.

Adicionalmente, resulta evidente para la Sala que la actora al presentar derecho de petición radicada el 22 de mayo de 2009, esta es considerada como recurso de apelación, toda vez que la señora Isabel Méndez Giraldo solicitó la aclaración de la liquidación de su pensión de vejez.

Por lo tanto, bajo esta motivación, encuentra la Sala que se encuentra habilitada para resolver el fondo del asunto.

Hechas las respectivas precisiones jurisprudenciales, procede la Sala a verificar (i) si la actora se encuentra cobijado con el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y (ii) de ser beneficiaria se verificará si la pensión fue otorgada conforme a los parámetros jurisprudenciales antes citados.

Revisado el expediente observa la Sala que fueron allegadas al plenario las siguientes pruebas:

1. Copia de la Resolución No. 006635 del 27 de marzo de 2009¹⁹, por la cual se resuelve una solicitud de prestaciones económicas en el Sistema General de Pensiones – Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.
2. Derecho de petición denominada agotamiento de vía gubernativa del 20 de mayo de 2009, radicado ante la entidad el 22 de mayo de 2009, donde solicita la aclaración de cómo fue establecido el promedio de la mesada pensional²⁰ de vejez.

¹⁹ Folio 2 cdno. ppal.

²⁰ Folios 21 cdno. ppal.

SIGCMA

3. Copia del oficio No. DAP-13171 del 17 de julio de 2009, por medio del cual el Instituto de Seguro Social resuelve el derecho de petición presentado por la señora Isabel Méndez Giraldo.²¹

Ahora bien, conforme al material probatorio antes relacionado y el acto administrativo demandado, la señora Isabel Méndez Giraldo, para el primero (1º) de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía 46 años de edad ya que en el plenario se acreditó que nació el 16 de noviembre de 1948.²²

En razón de lo anterior, la actora se hallaba cobijada por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que acredita uno de los requisitos que consagra dicha norma, es decir, tener más de 35 años de edad al momento de entrar en vigencia de dicha normatividad, en este orden, su pensión fue reconocida en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en lo que respecta a la edad, tiempo y tasa de reemplazo. En lo que corresponde al periodo de tiempo que se debe tener en cuenta para promediar el IBL, deberá ser en los términos del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Observa la Sala que mediante la Resolución No. 006635 del 27 de marzo de 2009, le fue reconocida a la actora pensión de vejez, cuyo disfrute se señaló a partir del 04 de mayo de 2009.

En razón de lo anterior, a criterio de esta Sala, la sentencia apelada debe ser revocada y en consecuencia, se deben negar las pretensiones de la demanda, toda vez que la demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez, ya que, conforme a lo anotado previamente, a las personas cobijadas por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el IBL se liquida conforme lo dispone el inciso 3º de dicha norma.

COSTAS

En consideración a que no se evidenció temeridad, ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

²¹ Folios 22 – 23 cdno. ppal.

²² Folio 2 cdno. ppal.

Expediente: 76-001-33-31-016- 2011-00213-01
Demandante: Isabel Méndez Giraldo
Demandado: Instituto de Seguros Sociales – ISS
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

SIGCMA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

IV. FALLA

PRIMERO: REVÓQUESE la sentencia del 25 de marzo de 2014 proferida por el Juzgado Dieciséis Administrativo del Circuito de Cali.

SEGUNDO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: No hay condena en costas.

CUARTO: Por Secretaría devuélvase el expediente al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Desanótense en los libros correspondientes y archívese una copia de esta providencia en los copiadores de este Tribunal.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LOS MAGISTRADOS


JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ
Magistrado


JOSÉ MARÍA MOW HERRERA
Magistrado


NOEMI CARREÑO CORPUS
Magistrada

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 76-001-33-31-016- 2011-00213-01)

Expediente: 76-001-33-31-016- 2011-00213-01
Demandante: Isabel Méndez Giraldo
Demandado: Instituto de Seguros Sociales – ISS
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

SIGCMA