

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja,

7 MAR 2018

Medio de Control: **Nulidad y restablecimiento del derecho**

Demandante: **Guillermo Saenz Hurtado**

Demandado: **Administradora Colombiana de Pensiones**

Expediente : **15001-33-33-003-2016-00089-01**

Magistrado ponente: **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 9 de mayo de 2017, por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

Se concurre a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de obtener la nulidad parcial de las Resoluciones No GNR 297753 de 8 de noviembre de 2013 por la cual se reconoció pensión de jubilación, GNR 266466 de 24 de julio de 2014 por la cual se resolvió un recurso de reposición ordenando la reliquidación de la pensión en modificación del acto administrativo anteriormente citado; y de la Resolución No VPB 31161 de 9 abril de 2015, mediante la cual se resuelve el recurso de apelación formulado contra el primero de los actos enunciados, ordenando incrementar el valor de la pensión.

A título de restablecimiento solicita que la demandada reconozca y pague pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales del último año de servicio indexando la primera mesada, que se pague la condena conforme al índice de precios al consumidor, y de igual manera condenar a la demandada al pago de intereses moratorios de no dar cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192, 193 y 195 numeral 3° del CPACA.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Como fundamento de sus pretensiones, manifiesta que el 2 de marzo de 2013 cumplió 55 años de edad, que prestó sus servicios en la Empresa Social del Estado Hospital San Francisco de Villa de Leyva como auxiliar de información en salud de forma continua entre el 21 de septiembre de 1978 y el 11 de noviembre de 2009, por lo que Colpensiones le reconoció pensión de vejez a partir del 1º de noviembre de 2013, en acto administrativo contra el que presentó recurso de reposición y en subsidio apelación.

Indica que al resolver el recurso de reposición, la entidad demandada dispuso reliquidar la pensión de vejez a partir del 2 de marzo de 2013 y pagar el retroactivo pensional, y que posteriormente al resolver el recurso de apelación ordenó incrementar el valor de la mesada pensional, sin que se reconociera la indexación de la primera mesada pensional y la liquidación de la pensión con la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida por auto de 22 de septiembre de 2016, en el que además se ordenó notificar a la entidad accionada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al agente del Ministerio Público (fl. 170).

1. Contestación de la demanda

La entidad demandada contestó la demanda en los siguientes términos:

Respecto a la liquidación de la prestación pensional del demandante, la entidad asegura que se debe atender a lo establecido por la Corte Constitucional en sentencias C- 258 de 2013 y SU-230 de 2015, dado que dicha jurisprudencia se encuentra vigente, en concordancia y ajustado a las reglas de la Ley 100 de 1993 en su artículo 21 y 36, en el entendido que el régimen de transición solo mantuvo los criterios de edad, tiempo de servicio y monto de la pensión del régimen

anterior, debiendo aplicarse frente al IBL las reglas establecidas por la Ley 100 aun cuando el demandante se encuentre cobijado por el régimen de transición.

Indica que los factores salariales que se tuvieron en cuenta son los establecidos en el Decreto 1158 de 1994, por ser esa la norma que determina los factores salariales para los servidores públicos con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, además de ser la norma que se encontraba vigente al momento de reconocer la pensión, de modo que los factores que se tuvieron en cuenta para efectos de determinar el monto para la liquidación de la pensión, fueron los reportados y certificados por la entidad como devengados por el trabajador a título retributivo, sin mencionar nada respecto a la solicitud de indexación de la primera mesada.

Por último propone como excepciones *“inexistencia del derecho y la obligación, improcedencia de los intereses moratorios, improcedencia de la indexación, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, y prescripción”*.

2. Audiencia inicial

Evacuadas las etapas previstas en la audiencia inicial el *a quo* procedió a proferir sentencia al tratarse de un asunto de puro derecho, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 179 del C.P.A.C.A.

IV. FALLO RECURRIDO

Mediante fallo proferido en audiencia el 9 de mayo de 2017, se declararon no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada, la nulidad parcial de las Resoluciones GNR 297753 de 8 de noviembre de 2013, GNR 266466 de 24 de julio de 2014 y VPB 31161 de 9 de abril de 2015 proferidas por COLPENSIONES, igualmente se ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante a partir del 2 de marzo de 2013, teniendo en cuenta el 75% de lo devengado durante el último año de servicios (12 de noviembre de 2008 a 11 de noviembre de 2009), la indexación de la primera mesada, intereses moratorios desde la ejecutoria de la sentencia, se ordenó descontar de las sumas

anteriores los aportes que no se hubieren efectuado, y condenó en costas a la entidad demandada fijando las correspondientes agencias en derecho.

Para llegar a las anteriores conclusiones se expuso que el demandante hace parte de los funcionarios a quienes se le debe aplicar el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por tanto le es aplicable la jurisprudencia sobre el tema en que se indica que la liquidación de la pensión debe realizarse también de conformidad con el régimen anterior, pues de lo contrario se perdería el beneficio de ese sistema especial de transición.

Así, en cuanto a los factores a tener en cuenta, acata el precedente jurisprudencial fijado por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de fecha 4 de agosto de 2010, en la que se indicó que la Ley 33 de 1985 no señala en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

En cuanto a la indexación de la primera mesada señaló que existe claridad en la jurisprudencia frente al deber de actualizar el valor de la primera mesada pensional, cuando esta no es reconocida al momento que la persona cumple las semanas de cotización y se retira, sino tiempo después cuando cumple la edad exigida para pensionarse, situación en la que de acuerdo al acervo probatorio se encuentra el demandante.

V. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

Como sustento del recurso de apelación la entidad demandada reitera los argumentos expuestos con la contestación de la demanda (fls. 227-230).

VI. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Fracasada la audiencia de conciliación de que trata el inciso 4º del artículo 192 del C.P.A.C.A., el *a quo* concedió para ante esta Corporación el recurso de

apelación interpuesto (fl. 237), el cual fue admitido en providencia del 18 de agosto de 2017 (fl. 241).

A través de proveído de 22 de septiembre de 2017 se abstuvo el despacho de fijar fecha para la realización de audiencia de alegaciones y juzgamiento, corriendo traslado para alegar de conclusión (fl.245), oportunidad utilizada por **la parte demandante** para argumentar que no puede desconocerse el régimen de transición por capricho de la administración, ya que la única condición que la norma exige es que se adopte la condición que le resulte más beneficiosa (fls.247-261).

El representante del Ministerio Público allegó concepto en el que solicita sea confirmada la sentencia de primera instancia atendiendo la obligatoriedad en la aplicación de las reglas jurisprudenciales, y teniendo en cuenta la sentencia de unificación que sobre la materia profirió el Consejo de Estado en el año 2010.

VII. CONSIDERACIONES

1. -Problema jurídico

Debe éste Tribunal determinar si procede reliquidar la pensión de jubilación con todos los factores salariales devengados en el último año anterior al retiro del servicio, para quien como el demandante se encuentran en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y si es procedente ordenar la indexación de la primera mesada pensional.

Para despejar estos interrogantes, la Sala considera necesario establecer la posibilidad de liquidarla con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, teniendo en cuenta que no existe controversia respecto a que se encuentra cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y de igual manera establecer la fecha desde la cual debe ser reconocida la prestación.

2. -Cambio de jurisprudencia

En torno al problema jurídico la jurisprudencia constante de esta Corporación, al resolver pretensiones como las aquí debatidas de reliquidación de pensión de régimen de transición de la Ley 100 de 1993, venía sustentando que procedía reliquidar la pensión de los demandantes con la inclusión de todos los factores salariales que hubieran devengando en el año anterior al retiro del servicio, siendo ese periodo de tiempo el que debía tomarse para efectos de determinar el IBL, posición que se fundamentaba en el principio de inescindibilidad de la norma y en el acatamiento del precedente jurisprudencial de unificación del Consejo de Estado, fijado en sentencia de 4 de agosto de 2010, y en las reiteraciones que sobre el asunto hizo la Sección Segunda de ese Alto Tribunal, considerando adicionalmente, que las sentencias C – 258 de 2013 y SU – 230 de 2015 proferidas por la Corte Constitucional, no resultaban aplicables a los casos aquí debatidos, por cuanto aplicaban únicamente al régimen pensional establecido en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, sin extenderse a otros regímenes pensionales especiales o exceptuados.

Sin embargo, con la expedición de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU – 395 de 2017, a criterio de este Tribunal se consolida la doctrina de esa Corporación adoptada en los fallos mencionados, para estatuir que de manera general, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 conlleva la aplicación del monto, edad, y tiempo de servicio del régimen pensional anterior, y por tanto no incluye el ingreso base de liquidación de la pensión.

A juicio de este Tribunal¹ tal determinación obliga a un cambio de jurisprudencia², pues los jueces de la República deben observar prioritariamente el precedente constitucional, teniendo en cuenta que los pronunciamientos en esta materia se enmarcan en la protección de la norma con mayor nivel

¹ El cambio de criterio fue adoptado de manera unánime por la Sala Plena de ésta Corporación en sesión del pasado 14 de febrero de 2018.

² “Art. 7 (...) Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. **De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos**” (negrilla fuera de texto)

jerárquico dentro del ordenamiento jurídico. Sobre el punto la Corte Constitucional ha sido enfática:

“11. El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto³ **Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante.**

11.1. La necesidad de otorgar esa fuerza obligatoria a los precedentes se explica a partir de varias razones. En primer lugar, el Derecho hace uso del lenguaje natural para expresarse, de modo que adquiere todas aquellas vicisitudes de ese código semántico, en especial la ambigüedad y la vaguedad, esto es, tanto la posibilidad que un mismo término guarde diversos significados, como la dificultad inherente a todo concepto para ser precisado en cada caso concreto⁴...En últimas, el Derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, como lo aspiraba la práctica jurídica de inicios del siglo XIX, marcada por el concepto del Código, sino una práctica argumentativa racional

(...)

...la solución de controversias en sede jurisdiccional no está sometida a la aplicación de una sola regla de derecho, sino que, antes bien, existen diversas disposiciones aplicables a cada caso. Esto sucede debido a que (i) pueden concurrir diversas reglas de la misma jerarquía que ofrecen distintas fórmulas de decisión; y (ii) con base en el principio de supremacía constitucional, el juez está obligado a aplicar, de manera preferente, las normas de la Constitución y demás pertenecientes al bloque de constitucionalidad, en cada uno de los casos sometidos al escrutinio judicial. Por ende, debe adelantar un proceso de armonización concreta de esas distintas fuentes de derecho, a partir del cual delimite la regla de derecho aplicable al caso analizado, que en todo caso debe resultar respetuosa de la jerarquía del sistema de fuentes; (iii) no todas las disposiciones jurídicas están construidas a manera de una regla, es decir, el enunciado que a un precepto determinado le otorga una consecuencia jurídica definida, sino que también concurren en el ordenamiento otros contenidos que no responden a esa estructura, en especial los principios. Como se sabe, estos difieren de aquellos en

³ Esta conclusión es evidente, incluso desde el positivismo jurídico, que para el caso colombiano es recurrentemente asimilado, de manera errónea, al formalismo o a la exégesis. Así, en términos de Hans Kelsen, “... el tribunal hace algo más que declarar o constatar el Derecho y contenido en la ley, en la norma general. Por el contrario, la función de la jurisdicción es más bien constitutiva: es creación de Derecho, en el sentido auténtico de la palabra. Pues la sentencia judicial crea por completo una nueva relación: determina que existe un hecho concreto, señala la consecuencia jurídica que debe enlazarse a él, y verifica en concreto dicho enlace. Así como los dos hechos –condición y consecuencia- van unidos por la ley en el dominio de lo general, tienen que ir enlazados en el ámbito individual por las sentencias judicial es norma jurídica individual: individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta, continuación del proceso de creación jurídica, de lo general en lo individual; sólo el prejuicio según el cual todo Derecho se agota en la norma general, sólo la errónea identificación del Derecho con ley pueden obscurecer una idea tan evidente. Vid. KELSEN, Hans. (2009) El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho. Editorial Reus. Zaragoza, pp. 69-70

⁴ Acerca de estas dificultades, agrupadas por la doctrina como el escepticismo ante las reglas jurídicas, Cfr... HART H.L.A. (2004) El concepto de derecho. Trad. Genaro Carrió. Abeledo Perrot. Buenos Aires. En especial, vid. Capítulo VII.

que no están contruidos bajo el criterio precepto – sanción, sino que son mandatos de optimización que deben cumplirse en mayor medida posible, de lo que se sigue que no ofrecen respuestas particulares prima facie a casos específicos, como sí lo hacen algunas de las reglas. Así, el juez que resuelve un asunto particular debe dar lugar a estos principios en su razonamiento jurídico, a través del mencionado proceso de armonización; y (iv) es usual que para la solución de un caso concreto concurren diversas reglas que confieren alternativas diversas y/o encontradas de decisión, no exista una regla particular y concreta para solucionar el asunto o se esté ante la colisión entre principios o entre reglas y principios. Estos debates son, precisamente, el campo de trabajo del juez, quien resuelve esa problemática como paso previo a la adopción de una regla particular de derecho o ratio decidendi, que permita llegar a una decisión judicial que resuelva el problema jurídico planteado.

(...)

...el estándar aplicable **cuando se trata del acatamiento de las decisiones proferidas por la Corte Constitucional, resulta más estricto**. En efecto, el artículo 243 C.P. confiere a las sentencias que adopta este Tribunal en ejercicio del control de constitucionalidad efectos erga omnes, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional e implican la prohibición para todas las autoridades de reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan las normas superiores que sirvieron de parámetro para el control. En otras palabras, los argumentos que conforman la razón de la decisión de los fallos de control de constitucionalidad son fuente formal de derecho, con carácter vinculante ordenado por la misma Constitución.

En lo relativo a los fallos en los que la Corte ejerce el control concreto de constitucionalidad, también se reconoce su carácter vinculante para las autoridades judiciales y administrativas. Esto en el entendido que dichas decisiones, aunque son adoptadas frente a un asunto particular, no tienen efectos simplemente inter partes, puesto que en dichos fallos la Corte determina el contenido y alcance de los derechos constitucionales. Así, como se ha explicado en esta sentencia, si se parte de la base que (i) las reglas de derecho solo logran su armonización concreta luego de su interpretación; y (ii) la hermenéutica adelantada por las autoridades judiciales investidas de las facultad de unificar jurisprudencia, tiene carácter vinculante; **entonces las razones de la decisión de los fallos proferidos en ejercicio del control concreto son un parámetro obligatorio para la aplicación, por parte de las autoridades, de las normas constitucionales en los casos sometidos a su escrutinio**

Lo anterior trae como consecuencia necesaria que **el grado de vinculatoriedad que tiene el precedente constitucional para las autoridades administrativas, tenga un grado de incidencia superior al que se predica de otras reglas jurisprudenciales. Ello debido, no la determinación de niveles diferenciados entre los altos tribunales de origen, sino en razón de la jerarquía del sistema de fuentes y la vigencia del principio de supremacía constitucional.** En otras palabras, en tanto la Carta Política prevé una regla de prelación en la aplicación del derecho, que ordena privilegiar a las normas constitucionales frente a otras reglas jurídicas (Art. 4 C.P.) y, a su vez, se confía a la Corte la guarda de esa supremacía, lo que la convierte en el intérprete autorizado de las mismas (Art. 241 C.P.); entonces las reglas fijadas en las decisiones que ejercen el control constitucional abstracto y concreto, son prevalentes en el ejercicio de las competencias adscritas a las autoridades administrativas y judiciales. Por supuesto, en este último caso reconociéndose las posibilidades legítimas de

separación del precedente que, se insiste, están reservadas a los jueces, sin que puedan predicarse de los funcionarios de la administración”⁵. (Destacado de la Sala)

Así pues, si dar una interpretación al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, distinta a la señalada en la sentencia SU – 395 de 2017 conlleva una violación directa de la Constitución, tornando viable la acción de tutela por violación del precedente constitucional y por violación directa de la Constitución, no tiene sentido seguir aplicando el criterio que sobre el particular había fijado este Tribunal, de modo que para resolver el presente caso se acatará dicho precedente.

3.-Factores salariales a tener en cuenta para la liquidación pensional

Partiendo del hecho que el demandante se encuentra cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y que por lo mismo se le deben aplicar los requisitos establecidos en la ley anterior para su pensión, procede la Sala a analizar qué factores salariales se deben tener en cuenta para liquidar la pensión, si los dispuestos en la citada norma como lo afirma la parte demandada, o al contrario, los establecidos en la norma anterior como lo expuso el apoderado de la parte actora.

La Ley 33 de 1985, modificada por el artículo 1º de la Ley 62 del mismo año, señala:

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

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

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

⁵ Corte Constitucional, sentencia C – 634 de 24 de agosto de 2011. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Por su parte el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 se estableció en los siguientes términos:

“Artículo 36 Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, **será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.**

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les 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. El texto subrayado en este inciso fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-168 de 1995.

Inciso declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-789 de 2002. Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Inciso declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-789 de 2002. Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARÁGRAFO.- Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio” (destacado de la Sala).

Como se observa, la norma estableció con precisión a qué trabajadores cobija el régimen de transición, esto es, a quiénes debe aplicarse el régimen pensional anterior, y también qué requisitos de manera específica deben cumplirse con las normas del régimen anterior, qué derechos se conservan y cuáles se someten a la reglamentación de la nueva regulación.

No debe olvidarse que el establecimiento de un régimen de transición involucra una protección mayor a derechos que no tienen la condición de adquiridos, que surge como una prerrogativa para quienes tienen una mayor expectativa de consolidar el derecho pensional (expectativas legítimas), pero no puede entenderse como un reconocimiento abierto en iguales condiciones al establecido en el régimen anterior, pues para ello bastaría con determinar los efectos ex nunc en la vigencia de la norma, lo que resultaría menos favorable para el trabajador.

Sobre tal beneficio, la diferencia entre derechos adquiridos, meras expectativas y expectativas legítimas, en materia de pensiones, ha fijado la Corte Constitucional el siguiente criterio:

“2.5.2. Para efectos de lograr una mayor comprensión del régimen de transición previsto en el citado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es necesario estudiar la doctrina constitucional respecto de los derechos adquiridos, las meras expectativas y las expectativas legítimas en materia de pensiones.

En desarrollo del principio de progresividad y no regresividad que gobierna la seguridad social, desde sus inicios la Corte se ocupó de precisar el alcance de la clásica distinción entre derechos adquiridos y meras expectativas, propia del derecho civil, en el marco de desarrollos legislativos que implican afectación o desconocimiento de derechos de carácter pensional.

Al respecto, ha señalado la Corte que “*configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona*”⁶, es decir, que para que se configure un derecho adquirido, es necesario que se reúnan todas las condiciones necesarias para adquirirlo antes de que opere el tránsito legislativo. Por otra parte, las meras expectativas “*son aquellas esperanzas o probabilidades que tiene una persona de adquirir en el futuro un derecho, si no se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico*”⁷.

⁶ Ver sentencia C-789 de 2002

⁷ Ibídem

Partiendo de los criterios señalados anteriormente, esta Corporación ha señalado que dentro de las principales diferencias entre estas dos instituciones se encuentra que, mientras los derechos adquiridos gozan de la garantía de firmeza e inmutabilidad que se deriva de su protección expresa en la Constitución, salvo casos excepcionales (art. 58), las meras expectativas, por el contrario, pueden ser objeto de modificación por el legislador, pues carecen de dicha protección constitucional.

2.5.3. En lo que respecta a las expectativas legítimas y derechos adquiridos en materia pensional, a partir de la Sentencia C-789 de 2002⁸, la Corte ha venido reconociendo que, si bien es cierto, tratándose de meras expectativas no aplica la prohibición de regresividad, ello no significa que estén desprovistas de toda protección, pues cualquier transito normativo no solo debe consultar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, sino que, además, en función del principio de confianza legítima, se debe proteger la creencia cierta del administrado de que la regulación que lo ampara en un derecho se seguirá manteniendo vigente en el ordenamiento jurídico. **Por tal razón, la Corte ha señalado que cuánto más cerca está una persona de acceder al goce efectivo de un derecho, mayor es la legitimidad de su expectativa en este sentido.**

2.5.4. Así entonces, al proferirse la Sentencia C-789 de 2002, surgió en la jurisprudencia constitucional una categoría intermedia entre derechos adquiridos y meras expectativas, denominada “expectativas legítimas”, concepto que hace referencia a que en determinados casos **se puede aplicar el principio de no regresividad a las aspiraciones pensionales próximas a realizarse de los trabajadores**, cuando se trata de un cambio de legislación abrupto, arbitrario e inopinado, que conduce a la vulneración del derecho al trabajo de manera desproporcionada e irrazonable⁹.

2.5.5. En cuanto al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la Sentencia de Unificación SU-130 de 2013¹⁰ expuso claramente unas reglas básicas que se citaran *in extenso*, dado que la claridad con que fueron presentadas en esa oportunidad, permite el mejor entendimiento del tema...¹¹

Con todo lo anterior se establece que quienes son beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, tienen un trato pensional favorable claramente determinado, y que no da lugar a interpretación frente al tiempo que debe tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión y la manera de establecer su monto, pues como se determinó en el artículo 36 transcrito, el régimen de transición contempla la edad, monto de pensión y tiempo de servicio del régimen anterior, debiendo aplicarse las disposiciones de la Ley 100 para las demás condiciones y requisitos necesarios para acceder a la pensión de vejez, esto es, el periodo de tiempo y los factores que se debe computar para la

⁸ M.P. Rodrigo Escobar Gil

⁹ *Ibidem*

¹⁰ M.P. Esta sentencia fue reiterada en la T- 892 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio (sic)

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-045 de 10 de febrero de 2016, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

determinación del ingreso base de liquidación (IBL), aspectos sobre los que versa el litigio en el presente proceso.

Así, de acuerdo a lo ordenado en el citado artículo 36, el periodo para deducir el ingreso base de liquidación de quien se encuentra en el régimen de transición corresponde al promedio de los últimos 10 años de servicio, o al promedio del tiempo que le hiciera falta para adquirir el estatus de pensionado luego de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 si fuera menor a diez años. Y en cuanto a los factores que allí deben incluirse corresponde entonces remitirse al artículo 21 *ibídem* que señala:

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

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo” (destacado fuera de texto)

De manera que los factores sobre los cuales se determinará el IBL de los trabajadores cobijados por el régimen de transición, será el promedio de los salarios o rentas, únicamente, sobre los cuales ha cotizado el afiliado.

Tal como se señaló en el acápite anterior, este punto fue objeto de reciente unificación jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional definiendo el criterio expuesto como la manera procedente de determinar el IBL en casos de régimen de transición de la Ley 100 de 1993, precedente que constituye la principal razón de la interpretación normativa anteriormente realizada, como quiera que esta Corporación en pronunciamientos anteriores sustentaba una posición diferente. Sobre el particular determinó la Corte Constitucional:

“...el régimen de transición busca primordialmente evitar que quienes tenían a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, una legítima expectativa de acceder en un corto plazo a la pensión de vejez, dejen de tener acceso a la misma por nuevas condiciones y requisitos consagrados en la normativa que entra a regir. Así que protege, en primer lugar, el acceso a la pensión manteniendo los requisitos previamente

consagrados (edad y tiempo de servicios o semanas cotizadas) y, además, una garantía mínima de continuidad en lo que se esperaba recibir, esto es, el monto de la pensión.

Ahora bien, esa garantía de poder recibir un monto de pensión igual, no se traduce automáticamente en la tesis de que una ley nueva no pueda consagrar reglas diferentes en la materia, siempre y cuando los extremos de la expectativa legítima no se vean reducidos al punto de hacer nugatorio o aparente el derecho al régimen de transición¹². Así, para la creación, funcionamiento y sostenimiento de un nuevo sistema es necesario contar con reglas que garanticen los principios que lo sustentan, entre ellos, la sostenibilidad financiera del mismo. De manera que lo liquidado debe ser proporcional a lo cotizado. Por esta razón, se estableció en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, un ingreso base de liquidación para quienes fueren beneficiarios del régimen de transición.

Conforme con ello, se ha entendido en sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional, que **cuando el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se refiere a “monto de pensión” como una de las prerrogativas que se mantienen del régimen anterior, está refiriéndose al porcentaje aplicable al Ingreso Base de Liquidación. Lo anterior, tiene sentido no sólo desde el punto de vista del lenguaje sino también con fundamento en el alcance, finalidad y concepto del régimen de transición.**

En la medida en que si el inciso tercero de la norma bajo análisis expresamente establece cuál debe ser el Ingreso Base de Liquidación para los beneficiarios del régimen de transición, entonces el monto se refiere al porcentaje aplicable a esa base que será el señalado por la normativa anterior que rija el caso concreto. **En igual sentido, los factores salariales, al no determinar el monto de la pensión sino parte de la base de liquidación de la misma, serán los señalados por la normativa actual, en este caso, por el Decreto 1158 de 1994.**

A través de las Sentencias C-168 de 1995 y C-258 de 2013, a la Corte Constitucional le correspondió estudiar la constitucionalidad de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin dejar lugar a dudas sobre el alcance del inciso tercero, en cuanto a que el mismo determina el ingreso base de liquidación aplicable a los beneficiarios del régimen de transición en los términos de los incisos primero y segundo.

Tratándose de los servidores del Estado, como es el caso de los que se regían por la Ley 33 de 1985, salvo algunos casos exceptuados, la regla es el traslado al régimen general de pensiones. En efecto, el artículo 273 de la ley 100 de 1993, al determinar el régimen aplicable a los servidores públicos, estableció que se podrán incorporar “respetando los derechos adquiridos a los servidores públicos, aún a los congresistas, al sistema general de pensiones y al sistema general de seguridad social en salud”. Con esta disposición ya se cumplió. El Decreto 691 de 1994 incorporó al sistema general de pensiones previsto en la ley 100 de 1993 a los funcionarios de la rama ejecutiva, nacional, departamental, municipal, a los servidores públicos del Congreso, a la rama judicial, Ministerio Público, Fiscalía, Contraloría, Organización Electoral. Particularmente, se indicó que para ellos la vigencia del sistema general de pensiones comenzó a regir, en el orden nacional, el 1o de abril de 1994.

¹² El interesado en el régimen de transición se acoge a él no solamente porque el artículo 36 de la ley 100 de 1993 es muy claro y es una norma de orden público, sino porque se trata de un principio del derecho laboral, reconocido constitucionalmente en el artículo 53 de la Constitución que penetra en todo el ordenamiento laboral por ser su hilo conductor, y, además, porque en la ley 100 art. 11 y en la propia Constitución (artículo 53) se establece el principio de favorabilidad. Consultar Sentencia T-235 de 2002.

Sin embargo, el decreto citado reiteró que hay un régimen de transición, que por lo tanto se torna inalterable: "Artículo 4o. Los servidores públicos que seleccionen el régimen de prima media con prestación definida, estarán sujetos al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y demás disposiciones que lo reglamentan". De manera que **las consideraciones esbozadas sobre la interpretación de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, son aplicables al caso concreto y, en general, a quienes se regían por la Ley 33 de 1985.** No obstante todo lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia impugnada, interpretó dichas disposiciones de manera evidentemente contraria a como ha sido esbozado, desconociendo lo establecido expresamente por el legislador, así como lo dispuesto en la Sentencia C-168 de 1995.

A este respecto, **la sentencia impugnada concluyó que el inciso tercero sólo se habilita cuando el régimen anterior aplicable en el caso concreto no establece una norma expresa que determine el ingreso base de liquidación.** Así las cosas, **encontró también que el monto de la pensión incluía no sólo la tasa de remplazo, sino también el Ingreso Base de Liquidación, los factores salariales y los demás elementos constitutivos de la liquidación. Perspectiva bajo la cual se advierte un defecto sustantivo por desconocimiento del texto legal al otorgarle un alcance no previsto por el legislador, acompañado además de una violación directa de la Constitución.**

Y aun cuando en sentencias de tutela posteriores a la Sentencia C-168 de 1995 se haya ordenado la reliquidación de pensiones al entender que la expresión "monto de la pensión" incluía ingreso base de liquidación, éstas simplemente ostentan un efecto inter-partes que no tiene la virtualidad de subsanar el defecto advertido en la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

El Acto Legislativo 01 de 2005, en su inciso 6, introdujo la regla ya consagrada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con la cual, **Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.** Y, en cuanto al régimen de transición, hizo remisión a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

La Sentencia SU-1073 de 2012, al estudiar la cuestión de la indexación de la primera mesada pensional, concluyó que ésta sólo podrá realizarse sobre el pago de las mesadas que no haya prescrito en los términos del Código Sustantivo del Trabajo (tres años).

En este orden de ideas, es posible concluir que de acuerdo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el Constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2005, así como con los principios de eficiencia del Sistema de Seguridad Social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de transición, la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la Ley 100 de 1993¹³ (Destacado de la Sala)

Se concluye así que siendo el demandante beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, no hay lugar a acceder a sus pretensiones de reliquidar la pensión de vejez con el promedio de lo devengado en el año anterior al retiro

¹³ Corte Constitucional, sentencia SU – 395 de 22 de junio de 2017. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

del servicio y con la inclusión de todos los factores salariales, pues el ingreso base de liquidación de su pensión que en derecho corresponde, debe establecerse de acuerdo con el tiempo que le faltaba para acceder a la pensión al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100, y únicamente sobre los factores que realizó cotizaciones en el transcurso de ese periodo y que se incluyan en el Decreto 1158 de 1994.

De las pruebas aportadas al proceso se tiene que el demandante, señor Guillermo Saenz Hurtado ingresó a laborar al sector público el 21 de noviembre de 1978 (fl. 40) y que nació el 2 de marzo de 1958 (fl. 18) de manera que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994) le faltaban más de 10 años para adquirir el estatus pensional, siendo procedente liquidar su pensión de jubilación con el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años de servicio, con los factores sobre los que materialmente cotizó, como en efecto lo realizó la entidad demandada en el acto administrativo impugnado (Resolución VPB 31161 de 2015 fls. 144-151) al aplicar el Decreto 1158 de 1994 y otorgarle la pensión que de acuerdo a su historia laboral le resultaba más favorable, correspondiendo en consecuencia revocar el fallo de primera instancia que accedió a las pretensiones.

4 - De la indexación de la primera mesada pensional

El artículo 53 de la Carta Política de 1991 dispuso una obligación a cargo del Estado colombiano a fin de garantizar el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. A partir de allí nace el derecho fundamental de los pensionados a conservar el poder adquisitivo de su mesada pensional, derecho que trae inmerso la indexación del ingreso base para liquidar la primera mesada pensional.

Al respecto, el Consejo de Estado Sección Segunda – Subsección “A”, con en sentencia de 8 de agosto de 2011, C.P. Alfonso Vargas Rincón, señaló:

“De otro lado, al quedar demostrado que el último año de servicio prestado por el actor al Estado, fue entre el 1 de septiembre de 1992 al 31 de octubre de 1993 y los 55 años de edad los cumplió el 24 de diciembre de 2000, fecha a partir de la cual se le reconoció

y ordenó el pago de la prestación, evidencia sin dificultad que el poder adquisitivo de la moneda en dicho lapso, se debilitó en forma ostensible, pues el valor del peso en el año de 1993 es diferente al año 2000, es decir, su valor resulta realmente empobrecido por el impacto inflacionario.

Actualizar el promedio de lo devengado en el último año de servicio, es la única forma de impedir que se vea obligado a recibir una pensión de jubilación devaluada, pues es innegable y así lo viene sosteniendo le Sala en reiterados pronunciamientos que en economías inestables como la nuestra, el mecanismo de la revalorización de las obligaciones dinerarias, se convierte en un factor de equidad y justicia que permite el pago del valor real de las acreencias."

En el caso particular, según certificados de información laboral, el demandante se desempeñó como Auxiliar de Información en Salud desde el 21 de noviembre de 1978 hasta el 11 de noviembre de 2009, fecha de retiro definitivo del servicio (fl. 40). Conforme el acto de reconocimiento pensional, el peticionario adquirió el estatus de pensionado el día 2 de marzo de 2013, fecha en la que cumplió 55 años de edad (fl. 137.).

Así las cosas, como quiera que la pensión se debe liquidar con el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años de servicio (12 de noviembre de 1999 a 11 de noviembre de 2009), y toda vez que el actor adquirió el estatus pensional a partir del 2 de marzo de 2013, se deberá actualizar la primera mesada pensional, debiendo en este punto, confirmarse la sentencia de primera instancia.

5. -Costas y agencias en derecho

La Sala se abstendrá de condenar en costas en consideración a que previo al cambio jurisprudencial enunciado, las pretensiones de la demanda contaban con un margen de vocación de prosperidad que hace comprensible el ejercicio de la acción judicial por la parte demandante, por lo cual, aun cuando se revoca parcialmente el fallo de primera instancia, no se dispondrá condena en este sentido en ninguna de las instancias

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en Sala de Decisión No. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

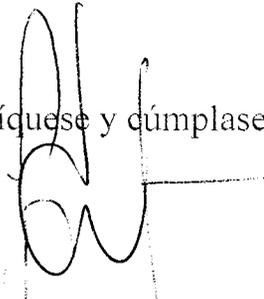
PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Tunja de fecha 9 de mayo de 2017, **salvo el numeral CUARTO** de su parte resolutive, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. Sin condena en costas

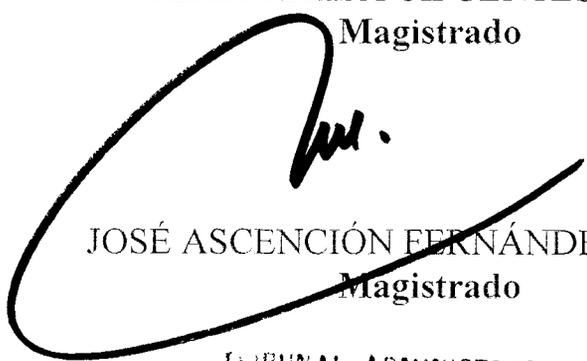
TERCERO. Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión No 2 de la fecha.

Notifíquese y cúmplase


LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado


CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrado


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
En caso anterior se notifica por estado
No 38 de hoy. 09 MAR 2018
EL SECRETARIO 