



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Carrera 4ª No. 2-18 Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, veintisiete (27) de junio del año dos mil diecinueve (2019)

EXPEDIENTE 19001 33 33 008 2016 00232 00
ACTOR CESAR DANILO FERNANDEZ
DEMANDADO ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES
MEDIO DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
CONTROL

SENTENCIA No. 116

1.- ANTECEDENTES

1.1.- La demanda¹

Procede el Juzgado a decidir la demanda que en Acción Contencioso Administrativa - Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (Artículo 138 del CPACA), impetró el señor CESAR DANILO FERNANDEZ, en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a fin que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 0286 del 9 de febrero de 2011 por medio de la cual el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (I.S.S), le concedió la pensión de vejez, estableciendo una mesada pensional de \$777.718, a partir del 1º de Febrero de 2011.
- Resolución GNR 355461 del 9 de octubre de 2014 a través de la cual la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, resolvió negarle la solicitud de reliquidación de la Pensión de Vejez.
- Resolución GNR 131894 del 6 de mayo de 2015, a través de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto frente a lo decidido en la Resolución GNR 355461 del 9 de octubre 2014, confirmándola en todas sus partes.
- Resolución VPB 57188 del 18 de agosto de 2015, a través de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto frente a lo decidido en la Resolución GNR 355461 del 9 de Octubre de 2014 confirmándola en todas sus partes.
- Resolución GNR 115241 del 22 abril de 2016, por medio de la cual se niega por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES la reliquidación de la Pensión de Vejez.
- Acto administrativo ficto o presunto configurado por la no resolución del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución GNR 115241 del 22 de abril de 2016, solicitud radicada el 16 de mayo de ese año.

Y a título de restablecimiento del derecho pretende: *"Ordénese a COLPENSIONES, el reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión vitalicia de vejez, al señor CÉSAR DANILO FERNÁNDEZ, con base a la Ley 33 y*

62 de 1985, por remisión del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Normas estas más favorables al pensionado”.

Lo anterior con la respectiva actualización, y reconocimiento de intereses y costas procesales.

1.1.1.- Fundamentos fácticos de la demanda²

En síntesis, afirma el representante judicial de la parte actora, que aquel laboró al servicio del Hospital Universitario San José de Popayán, y en el mes de febrero del año 2011 le fue reconocida la pensión vitalicia de vejez bajo el amparo de las leyes 33 de 1985 y 100 de 1993, y el Decreto 1158 de 1994, lo cual considera ilegal por desatenderse el principio de favorabilidad.

Que en el mes de abril de 2014 radicó una solicitud de reliquidación pensional sin obtener resolución favorable, por ello en el año 2016 insistió en la solicitud, la que nuevamente fue negada y frente a la cual se presentó recurso de apelación, el cual no había sido resuelto para la fecha de interposición de la demanda, configurándose así el silencio administrativo negativo.

Agregó que al 1º de abril de 1994 el señor FERNANDEZ contaba con más de 15 años de servicio, por ello le cobijaba el régimen de transición, y por contera para su situación pensional debió tenerse en cuenta lo reglado en las leyes 33 y 62 de 1985, por principio de favorabilidad, más cuando siempre laboró en el sector público y cotizó en COLPENSIONES.

1.1.2.- Normas violadas y concepto de violación³

Como normas violadas se invocan las siguientes:

Constitucionales:

artículos 1, 2, 3, 4, 6, 25, 29, 53, 58, 83, 90, 122, 123, 124 y 125

De orden legal:

Leyes 100 de 1993, 33 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978.

Sostiene la parte activa de la Litis, en el concepto de violación, que los actos demandados se encuentran viciados de nulidad al haber liquidado la prestación reconocida al actor con el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años de servicio, cuando en atención al principio de favorabilidad constitucionalmente establecido debió tenerse en cuenta el promedio del salario devengado durante el último año de servicios, con la inclusión de todos los factores salariales certificados por la entidad a la cual prestó sus servicios, tal y como lo han precisado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

1.2.- Contestación de la demanda por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES⁴

Asistida de mandataria judicial, esta Entidad contestó la demanda en primer lugar exponiendo la naturaleza jurídica y la representación legal de la misma. Aceptó como cierto el hecho primero de la demanda relacionado con la vinculación laboral del actor al Hospital Universitario San José de Popayán, pero aclara que la prestación pensional fue a él reconocida conforme lo establecido

2 Folio 32

3 Folios 32 a 34

4 Folios 60 a 64

en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, dando aplicación a la Ley 33 de 1985.

Afirma que COLPENSIONES ha dado respuesta de fondo a las solicitudes de reliquidación pensional elevadas por el accionante, pero atendiendo a que la excepcionalidad del citado artículo 36 de la Ley 100 tiene que ver única y exclusivamente con el tiempo de servicios y la edad de jubilación, no con los factores salariales, no es procedente efectuar la liquidación en los términos pretendidos.

Por lo anterior se opuso a las pretensiones elevadas, formulando como excepciones las denominadas: inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la innominada.

1.3.- Relación de etapas surtidas

La demanda fue presentada el 18 de julio de 2016 -fl. 38, admitida mediante auto interlocutorio No. 739 del 22 del mismo mes y año - fls. 39 y 40, procediendo a su debida notificación - fls. 45 a 47.

El 13 de diciembre de 2018 se llevó a cabo la audiencia inicial -fls. 83-85 en la cual, además de fijar el litigio, se decretaron pruebas en forma oficiosa, para luego, por no existir pruebas para recaudar en audiencia de pruebas, el asunto pasó a la etapa de alegatos -fl. 93.

1.4.- Los alegatos de conclusión

1.4.1.- De la parte demandante

El apoderado de la parte actora guardó silencio en esta instancia procesal.

1.4.2.- De COLPENSIONES⁵.

La mandataria judicial de la Entidad demandada en esta etapa del juicio se ratifica en los argumentos y excepciones propuestas al momento de dar contestación a la demanda, insistiendo principalmente en que el actor por encontrarse cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 le era aplicable las disposiciones contenidas en la Ley 33 de 1985, tal y como en efecto ocurrió.

Sustentada en las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional, y la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 del Consejo de Estado, considera que no es procedente acceder a la solicitud de reliquidación pensional del accionante en los términos expuestos en la demanda, como quiera que para efectuar la liquidación de la prestación se debe tomar en cuenta del régimen anterior la edad, tiempo y el monto, entendiendo ese como la tasa de reemplazo, sin embargo para el cálculo del IBL se tomará lo dispuesto en inciso 3º del artículo 36 y artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con la inclusión de factores sobre los cuales se hayan efectuado aportes al Sistema de Pensiones.

1.4.3.- Concepto del Ministerio Público.

La señora representante del Ministerio Público no rindió concepto dentro del asunto objeto de resolución.

⁵ Folios 94 y 95.

2.- CONSIDERACIONES

2.1.- Caducidad y competencia.

Caducidad. El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho impulsado por el señor CESAR DANILO FERNANDEZ no ha caducado atendiendo que se trata de la reliquidación de una prestación periódica.

Competencia. Por la naturaleza del asunto, la cuantía de las pretensiones y el último lugar donde prestó el servicio el accionante, este Juzgado es competente en primera instancia para resolverlo (artículos 138, 155-2 y 156-3 de la Ley 1437 de 2011).

2.2.- Problema jurídico.

Como se advirtió en la audiencia inicial llevada a cabo el 13 de diciembre del año 2018, el problema jurídico se centrará en determinar si los actos administrativos acusados se encuentran ajustados a Derecho, o si por el contrario le asiste razón al actor en cuanto a que éstos se encuentran viciados de nulidad por el hecho de no reconocer la reliquidación de la pensión de jubilación a él reconocida, incluyendo todos los factores de salario devengados en el último año de servicios, aplicando en su integridad la Ley 33 de 1985.

2.3.- Marco jurídico.

Como fuentes del derecho para proferir esta sentencia se tendrán en cuenta las siguientes:

De marco legal:

Leyes 33 y 62 de 1985 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Y las reglas jurisprudenciales contenidas en los siguientes pronunciamientos:

Del Consejo de Estado:

- Sentencia de 8 de mayo de 2008. Consejo de Estado. Exp. 1371-07, Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en la cual se efectuó el estudio de la forma en que se debe constituir el monto de la pensión.
- Sentencia de 4 de agosto de 2010, Sala Plena de la Sección Segunda. Radicado interno 0112-2009, con ponencia del magistrado Víctor Alvarado Ardila, en la que esta Corporación indicó que la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional.
- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018, Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01, Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro, Demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. En Liquidación, en la cual en forma unificada la Corporación sentó las reglas de interpretación que debe darse al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que consagra el régimen de transición en materia pensional.

De la Corte Constitucional:

- Sentencias C-258 de 2013, T-892 de 2013, SU- 395 de 2017 y SU-023 de 2018.
- Sentencia SU- 1073 de 2012
- Sentencia SU-168 de 2017

Del Tribunal Administrativo del Cauca:

- Sentencia del 13 de octubre de 2016 M.P. Dra. CARMEN AMPARO PONCE DELGADO Proferida dentro del proceso con Radicación: 19001333100520120008801 Demandante: Henry Antonio Díaz Mondragón, Demandado: Instituto de Seguros Sociales ISS - COLPENSIONES- Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

2.4.- Tesis

El Juzgado no accederá a las pretensiones de la demanda por considerar que los actos administrativos objeto de control jurisdiccional se encuentran ajustados a la legalidad.

Se sustentará la tesis bajo los siguientes argumentos: (i) Lo probado en el proceso; (ii) La presunción de legalidad del acto administrativo; (iii) La falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos; (iv) Fundamento legal en materia de pensiones de vejez y su evolución normativa; (v) De la liquidación de la pensión reconocida bajo la Ley 33 de 1985; y (vi) El caso concreto.

2.5.- Razones de la decisión

PRIMERA.- Lo probado en el proceso

- El señor CESAR DANILO FERNANDEZ nació el 3 de mayo de 1954 -fls. 10 y 65.
- Laboró para el Hospital Universitario San José de Popayán desde el 1º de diciembre de 1975 al 31 de marzo de 2006, desempeñando como último cargo el de CELADOR, con una asignación básica de \$682.512, según constancia laboral expedida el 18 de agosto de 2015, obrante a folio 65 - doc. 73 KB.
- Según certificación que obra a folios 28 y 29, se tiene que durante los años 1996 a 2006, al servicio del Hospital Universitario San José de Popayán, devengó sueldo, auxilio de transporte, subsidio de alimentación, recargos por dominicales y festivos, recargos nocturnos, vacaciones, bonificación especial, prima anual, de vacaciones, de antigüedad y de navidad.
- El estatus jurídico de pensionado lo adquirió el 3 de mayo de 2009 -fl. 20, y a través de la Resolución N° 0286 del 9 de febrero de 2011 se le reconoció pensión de jubilación por haber cumplido las exigencias de la Ley 33 de 1985, tomando como base de liquidación el 75% del promedio de cotización de los 10 años anteriores al reconocimiento de la prestación, conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y su decreto reglamentario, a partir del 1º de marzo de 2011 -fls. 10 a 13-.

- A través de las Resoluciones GNR 355461 del 9 de octubre de 2014 y GNR 115241 del 22 de abril de 2016 COLPENSIONES negó al accionante la reliquidación de pensión a él reconocida, por cuanto si bien la administración acepta que se encuentra amparado por el régimen de transición, la mesada pensional ya reconocida le era más favorable, y para el efecto se tuvieron los factores salariales de que trata el Decreto 1158 de 1994 -*fls. 14 a 16 y 4 a 6.*
- La citada Resolución GNR 355461 del 9 de octubre de 2014 fue integralmente confirmada con las Resoluciones GNR 131894 y VPB 57188 al desatarse, en su orden, los recursos de reposición y apelación contra ésta interpuestos -*fls. 18 a 21 y 23 a 26 respectivamente.*
- La mentada Resolución No. 115241 del 22 de abril de 2016 fue confirmada en todas y cada una de sus partes, a través de la Resolución No. VPB 28488 del 8 de julio de 2016 -fl. 65 - doc. de 121 KB.

SEGUNDA.- La presunción de legalidad del acto administrativo.

El Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el artículo 88 define la presunción de legalidad del acto administrativo así "*Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar*"

Por esta razón la manifestación de la voluntad de la administración goza de presunción de legalidad, es decir, es de obligatorio cumplimiento y de ejecutividad, mientras no sea anulada o suspendida por el (la) juez administrativo.

De esta manera, para que el (la) juez pueda anular un acto administrativo debe analizar los elementos que lo conforman y la argumentación que se presente en la demanda en el acápite de normas violadas y concepto de violación, tema que se desarrolla a continuación.

TERCERA.- La falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos.

Ahora bien, el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 establece como una de las causales de nulidad de los actos administrativos, la falsa motivación.

"Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió..."

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 8 de febrero de 2009. Expediente 15298. Consejera Ponente Dra. María Inés Ortiz Barbosa, señala:

"(...) Sobre esta causal de anulación la Sala ha precisado que es el vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo, es decir, que las razones expuestas por la Administración al tomar la decisión, sean contrarias a la realidad.

La causa o motivo de los actos administrativos (elemento causal) se conforma de los fundamentos de hecho y de derecho que son los que determinan la decisión que la Administración adopta, así cuando existe falsa motivación, se entiende que la sustentación fáctica en que se apoya no corresponde a la realidad"

CUARTA.- Fundamento legal en materia de pensiones de vejez y su evolución normativa.

En nuestro país han existido tres regímenes pensionales generales desde el año 1990, los cuales comparten entre sí dos requisitos para acceder a esta prestación i) haber cumplido la edad; y ii) demostrar el número de semanas mínimas cotizadas requeridas.

Y para determinar su aplicación analizaremos cada uno de éstos, así:

El Decreto 758 de 1990, el cual aprobó el Acuerdo 049 de 1990 del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, establece en su artículo 12 las condiciones para acceder a la pensión de vejez así: i) tener 60 años en el caso de los hombres o 55 en el de las mujeres; y ii) haber cotizado al menos 500 semanas en los 20 años previos al cumplimiento de la edad, o 1000 semanas en cualquier tiempo.

La citada norma textualmente reza:

"Artículo 12. Requisitos de la pensión por vejez. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

- a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,*
- b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo."*

Esta normativa fue derogada por la Ley 100 de 1993, la cual reguló el sistema de Seguridad Social Integral con el propósito de lograr mayor cobertura. Su vigencia inició el 1º de abril de 1994 y derogó las normas que le fueran contrarias. El artículo 33 modificó los requisitos para acceder a la pensión de vejez en los siguientes términos: i) tener 55 años de edad si es mujer, o 60 años si es hombre; y haber cotizado un mínimo de 1000 semanas en cualquier tiempo, al señalar literalmente:

"Artículo 33. Requisitos para obtener la pensión de vejez. Para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

- 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o sesenta (60) años de edad si es hombre.*
- 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1.000) semanas en cualquier tiempo."*

Ahora bien, el artículo 36 de la mencionada ley estableció un régimen de transición que cobijaba a los trabajadores que, debido a su edad o al tiempo que habían trabajado, tenían expectativas legítimas de acceder a la pensión de vejez una vez acreditaran los requisitos que se encontraban dispuestos en otras normas, por lo que determinó lo siguiente:

"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." (Subrayado fuera del texto original).

De esta manera, estableció que las personas que al momento de entrar en vigencia dicha norma estuvieran i) afiliadas al Sistema General de Pensiones y ii) tuvieran 35 años de edad o más en el caso de las mujeres, o 40 años o más para los hombres; o iii) 15 años o más de servicios, consolidarían el derecho a la pensión de vejez de acuerdo a los requisitos exigidos por el régimen anterior al que se encontraran afiliados.

Así las cosas, para que una persona fuera beneficiaria de las normas de transición, tenía que acreditar la edad o el tiempo de servicios requerido, y estar afiliada al Sistema de Seguridad Social para el 1º de abril de 1994. Por lo tanto, quienes pretendían acogerse a éste debían cotizar al extinto Instituto de Seguros Sociales o a cualquier régimen pensional vigente para la época, en tanto que la finalidad de la norma era garantizar a las personas que habían cotizado al sistema durante cierta cantidad de tiempo, el acceso a la pensión de vejez bajo las condiciones anteriores.

Por su parte, la Ley 797 de 2003 "Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales" modificó en algunos aspectos la Ley 100 de 1993, y respecto al tema que nos ocupa, en su artículo 9º dispuso que el artículo 33 de tal normativa sería modificado, y en consecuencia, incrementaría a 57 años para las mujeres y a 62 para los hombres la edad para acceder a esta prestación. En el mismo sentido, el número de semanas cotizadas varió puesto que a partir del 1º de enero de 2005 aumentó en 50, y desde el 1º de enero de 2006 aumentó en 25 cada año hasta llegar a 1.300 en el 2015, en el siguiente tenor literal:

"Artículo 9º. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1º de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015".

Luego, el Legislador expidió el Acto Legislativo 01 en el año 2005, a través del cual le impuso un límite temporal al régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, de esta forma, en el párrafo transitorio 4º estableció que este no podría extenderse más allá del 31 de diciembre de 2010, excepto para los trabajadores que al ser beneficiarios del mismo, tuviesen al menos 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios al 29 de julio de 2005 (fecha entró en vigencia la citada reforma constitucional), caso en cual se mantendría hasta el 31 de diciembre de 2014.

Lo anterior implica que las personas que pretendieran estar amparadas por el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 más allá del 31 de diciembre de 2010, debían haber alcanzado un número mínimo de cotizaciones con anterioridad al límite temporal impuesto por el mencionado Acto Legislativo.

Por ende, las personas que hayan logrado acogerse al régimen de transición de acuerdo con lo establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, anteriormente citado, tendrán como régimen pensional aquel en el que estuviesen afiliados.

De lo expuesto es posible concluir que en la actualidad aquellas personas que a 1º de abril de 1994 i) estaban afiliadas al extinto Instituto de Seguros Sociales; ii) contaban con 35 años o más en el caso de las mujeres o 40 años o más para los hombres, o 15 años de servicios cotizados; y iii) cumplieron con los requisitos temporales y de cotizaciones del Acto Legislativo 01 de 2005, son beneficiarias del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Valga precisar que según lo había indicado el precedente jurisprudencial - Consejo de Estado, en Sentencia de 8 de mayo de 2008. Exp. 1371-07, Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren-, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contiene una contradicción en lo que tiene que ver con la forma en que se debe constituir el monto de la pensión; lo anterior, en virtud a que si bien el inciso 2º establece que para las personas cobijadas con el régimen de transición el monto de la pensión debe determinarse según lo previsto en las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, en el inciso tercero se hacen previsiones en torno al ingreso base de la liquidación de la pensión.

QUINTA.- De la liquidación de la pensión de jubilación bajo el amparo de la Ley 33 de 1985.

En la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa se ha dilucidado la forma de determinación del monto y del ingreso base de liquidación frente a las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Así, en sentencias C 258 de 2013 y SU 230 de 2015 de la Corte Constitucional, se entendió que tal ingreso base de liquidación debía calcularse conforme al inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, que a los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 se aplicaba la edad y el tiempo de servicios previstos en el régimen pensional anterior, y el ingreso base de liquidación estipulado en la Ley 100 de 1993.

Este mismo criterio fue adoptado en sentencia de unificación del Consejo de Estado, de 28 de agosto de 2018, radicado 2012 00143 01, en la que, frente a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que consagra el régimen de transición en materia pensional, sentó las siguientes reglas jurisprudenciales:

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

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

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

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o

(ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

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

Segundo: Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia, en relación con los temas objeto de unificación, son obligatorias para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Tercero: Las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, no pueden considerarse que lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley”.

Cabe resaltar que en la sentencia, el Consejo de Estado fue enfático en que para la liquidación de las pensiones solo deben incluirse los factores salariales sobre los que se haya realizado el aporte o cotización, de conformidad con las previsiones del artículo 48 de la Constitución Política, modificado por el Acto legislativo 01 de 2005.

Lo anterior implicó que dicha Corporación revaluara la interpretación que había asentado en sentencia de 4 de agosto de 2010, en el sentido que la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, lo que, en su sentir,

“...va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. (ya que) 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 traspasa 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.

Significa lo anterior, que las pensiones de las personas beneficiarias del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se rigen con la aplicación de las leyes 33 y 62 de 1985 en cuanto a la edad, monto y tiempo de servicios, y de conformidad con el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en lo referente al ingreso base de liquidación, y en este solo se incluirán los factores salariales sobre los que se hicieron los aportes.

El Consejo de Estado advirtió que las reglas de unificación descritas son obligatorias para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, lo que en concordancia con lo previsto en el artículo 102 de la Ley 1437 de 2001, impone a los jueces el acatamiento de la citada sentencia.

Así las cosas, de la sentencia de unificación antes señalada, esta agencia judicial atiende su fuerza vinculante y obligatoria, a fin de garantizar la igualdad de trato, la unidad normativa y la seguridad jurídica, aunado a que las reglas de unificación allí adoptadas siguen los criterios aplicados por la Corte Constitucional.

Por lo tanto, este Despacho acatando la sentencia de unificación del Consejo de Estado, recoge la regla que venía aplicando, para la liquidación de las pensiones de las personas beneficiarias del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, atendiendo el precedente contencioso administrativo y constitucional, la regla general aplicable a las personas que se encontraban en régimen de transición, según el artículo 36 de la Ley 100, consiste en preservar (i) la edad (55 años), (ii) el tiempo de servicios (20 años) y (iii) la tasa de remplazo o monto (75%) del régimen vigente al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Y en relación con el ingreso base de liquidación, se aplicará lo previsto en el régimen general de pensiones, esto es, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión, según el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

SEXTA.- El caso concreto

Descendiendo al caso en estudio, está acreditado y aceptado por las partes, que el actor es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por tener, a 1 de abril de 1994, fecha de su entrada en vigencia, más de quince años de servicios cotizados, pues ello se verifica desde el 16 de septiembre de 1975, aunque no ocurra lo mismo con la edad requerida, ya que cumpliría cuarenta años de edad el 3 de mayo de 1994.

En consecuencia, tal como lo convienen las partes y se consigna en los actos administrativos cuestionados, el régimen pensional aplicable al accionante es el previsto en la Ley 33 de 1985, no obstante, para efectos de obtener el ingreso base de liquidación, la entidad demandada tuvo en cuenta lo dispuesto en el régimen general de pensiones, es decir, una tasa de reemplazo del 75% del promedio de cotización durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento pensional, lo que constituye precisamente el punto de inconformidad del actor, y de ahí la pretensión de reliquidación pensional en el sentido de que se mantenga la aplicación del ingreso base de liquidación de la citada Ley 33 de 1985, y que se incluyan todos los factores devengados en el último año de servicios.

Considera entonces el Despacho que, bajo el criterio jurisprudencial actual, no es viable acceder a las pretensiones de la demanda, ya que como se indicó, la posición del actor difiere de la regla jurisprudencial unificada y actual y aplicable al caso en estudio, pues en ésta se estableció que a los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se les aplica la normatividad pensional anterior en cuanto a la edad, el tiempo de servicios y el monto, pero no sobre el ingreso base de liquidación ni sobre los factores salariales, aspectos que se regulan entonces por lo dispuesto en los artículos 21 o 36 de la Ley 100 de 1993, y por el Decreto 1158 de 1994, respectivamente. Además, en la sentencia de unificación se indicó que conforme las leyes 33 y 62 de 1985, los factores se encuentran contemplados de manera taxativa y no enunciativa.

Lo anterior conllevaría a que la pensión del actor, beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, debiera liquidarse con el ingreso base de liquidación y los factores contemplados en dicha norma y en el Decreto 1158 de 1994, empero esta no es una pretensión de la demanda y discutida en este proceso, en el que, entonces, debe mantenerse la liquidación de la pensión que le fue reconocida, aunado a que a la fecha brilla por su ausencia información sobre los factores tenidos en cuenta por la administración para efectos de la liquidación de la prestación, que dejaran ver una eventual falsa motivación en la expedición de los actos que resolvieron la solicitud de reliquidación pensional, recordemos además que si bien el actor ha certificado que laboró para el

Hospital Universitario San José de Popayán desde el 1° de diciembre de 1975 al 31 de marzo de 2006, aquel continuó cotizando durante los años siguientes.

En consecuencia, no es procedente la reliquidación de la pensión del actor en los términos en que es demandada, porque a él, como beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se le debería aplicar el ingreso base de liquidación y los factores salariales de la misma Ley 100 de 1993 y del Decreto 1158 de 1994.

Además, en la sentencia de unificación varió el criterio jurisprudencial contenido en pronunciamiento de agosto de 2010, pues se consideró que las leyes 33 y 62 de 1985, ya no contienen los factores de manera enunciativa, sino taxativa; es decir que para la liquidación de las prestaciones, solo deben incluirse los factores allí previstos, lo que excluye la inclusión de otros o de todo lo percibido por el trabajador.

En consecuencia, no es viable la reliquidación pensional demandada, en el 75% de lo devengado en el último año de servicios por el señor CESAR DANILO FERNANDEZ, con inclusión de todos los factores salariales percibidos, pues esta ya no es la regla jurisprudencia aplicable a este tipo de asuntos.

Lo anterior implica la denegación de las pretensiones de la demanda.

3.- COSTAS PROCESALES - AGENCIAS EN DERECHO

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del procedimiento civil, contenidas actualmente en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Sin embargo, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a los sujetos procesales actuantes, dado que el cambio del criterio jurisprudencial sobre la reliquidación pensional de los beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se presentó encontrándose en curso el presente asunto.

4.- DECISION

Por lo expuesto el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido formuladas por la entidad demandada, según lo expuesto.

SEGUNDO.- Negar las pretensiones de la demanda, según lo señalado en esta providencia.

TERCERO.- Sin condena en costas.

CUARTO: Notificar esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo señalado en el artículo 295 del Código General del Proceso.

SENTENCIA REDE No. 116 de 2019
EXPEDIENTE 190013333008201600232-00
ACTOR CESAR DANILO FERNANDEZ
DEMANDADA COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

QUINTO: Archivar el expediente previa cancelación de su radicación, una vez cobre ejecutoria esta providencia. Por secretaría liquidense los gastos del proceso.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

La Jueza,


ZULDERLY RIVERA ANGULO

