



Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, cinco (5) de febrero del dos mil diecinueve (2019)

Radicado	73001-33-33-010-2018-00189-00
Medio de control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	JOSÉ GELVEN LONDOÑO MOLINA
Demandado:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
Asunto:	Reliquidación pensional
Sentencia:	00020

I. ANTECEDENTES

En atención a la decisión proferida en la audiencia adelantada el pasado **17 de enero del 2019**, donde se manifestó **que se negarían las pretensiones** de la demanda que promovió el señor **José Gelven Londoño Molina** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, el despacho procede a emitir los argumentos que soportan dicha decisión dentro del término legal señalado en el numeral 2º del artículo 182 de la Ley 1437 de 2011

1. PRETENSIONES

1.1 Que se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la resolución No **GNR 326121 del 29 de noviembre del 2013**, proferida por la Administradora colombiana de pensiones - Colpensiones, mediante el cual se concedió la pensión de jubilación al señor **José Gelven Londoño Molina** conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993

1.2 Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho se ordene a Colpensiones a que reliquide y pague la pensión de jubilación y/o vejez al señor Londoño Molina, teniéndole en cuenta el sueldo básico, la prima de navidad, la prima de servicios, la prima de vacaciones y la bonificación por servicios y aplicándose un porcentaje del 75% sobre todos los emolumentos devengados en el último año de servicio.

1.3 Que se condene a Colpensiones al pago de la diferencia del retroactivo pensional a partir del 5 de marzo del 2014, más las primas de junio y diciembre debidamente indexadas.

1.4 Que condene a la demandada al pago de intereses de mora acorde con el artículo 195 numeral 4 del CPACA.

1.5 Que se condene a la demandada en costas.

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los siguientes hechos que son susceptibles de sintetizar así:

2.1 Que el señor **José Gelven Londoño Molina** nació el 25 de julio de 1954, siendo beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 Ley 100 de 1993 y que por lo tanto el reconocimiento de la pensión de jubilación debe hacerse acorde a la Ley 33 de 1985.

2.2 Que el Seguro social mediante resolución No **044714 del 28 de noviembre** del 2011, no accedió al reconocimiento de la pensión de jubilación del señor **José Gelven Londoño Molina**, por no cumplir con los requisitos establecidos en la ley y que en contra de la decisión se interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación.

2.3 La Administradora colombiana de pensiones Colpensiones mediante la resolución No **GNR 326121 del 29 de noviembre del 2013**, **resolvió** los recursos revocando en todas y cada una de sus partes la decisión anterior reconociendo la pensión de jubilación al accionante.

2.4 Que el actor acreditó un total de 12778 días correspondientes a 1825 semanas de cotización teniendo en cuenta para su liquidación el promedio de lo devengado o cotizado durante los últimos 10 años de servicio actualizados con el índice de precios al consumidor aplicándose un monto del 75%, conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

2.5 Que el accionante solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación el 6 de marzo del 2015.

2.6 Mediante la resolución No **GNR 411594 del 18 de diciembre del 2015** y acorde con los artículos 128 Superior y 19 de la Ley 4 de 1992¹ Colpensiones ordena al señor **José Gelven Molina Londoño** reintegrar la suma de \$19.739.014 pesos recibidos por pensión de jubilación en razón a no encontrarse en el expediente acto administrativo que acredite el retiro del servicio **y sin pronunciarse sobre la solicitud de reliquidación de la pensión.**

2.7 Que en contra de la decisión anterior el actor interpuso recurso de ley solicitando la revocatoria de la resolución GNR 411594 del 18 de diciembre del 2015.

2.8 Mediante resolución No **41131 del 8 de febrero del 2016** Colpensiones resuelve el recurso de reposición modificando el valor total a reintegrar por el accionante estableciendo la suma en \$ 2.045.968 pesos.

¹ artículo 128 Superior y el artículo 19 de la Ley 4 de 1992: “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público”

2.9. Que COLPENSIONES no se ha pronunciado sobre la reliquidación de la pensión de vejez, configurando un silencio administrativo negativo

2.10 Que COLPENSIONES, al momento de reconocer la pensión no le tuvo en cuenta lo devengado en último año de servicio, desde 05 de marzo de 2013 y hasta el 4 de marzo del 2014 (asignación básica, auxilio de transporte, bonificación por servicios, horas extras, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y subsidio de alimentación)

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones.

Dentro de la oportunidad legal para ello, mediante apoderado judicial la entidad accionada, contestó el líbello introductorio (fl.62-72) oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, por carecer de asidero fáctico y jurídico que sustenten sus peticiones.

Aclara que el régimen de transición, respetó los derechos adquiridos a los beneficiarios en lo concerniente a la edad, tiempo de servicio y la tasa de reemplazo sin embargo en cuanto al monto de la pensión de vejez o el IBL, se estaría a lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Además que la Corte Constitucional en la SU-230 del 2015 logró determinar que el IBL no es un aspecto de la transición y por tanto las reglas contenidas en el régimen general de pensiones son las aplicables para establecer el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca y que el régimen de transición solo comprende los aspectos de edad, monto y semanas de cotización excluyendo de dicho régimen la forma de liquidar las prestaciones económicas.

Teniendo en cuenta que el legislador no quiso mantener para los beneficiarios del régimen de transición la aplicación de la totalidad de la normatividad anterior, sino una parte de ella, en 3 puntuales aspectos: la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto o tasa de reemplazo y la base salarial de liquidación de la pensión pasa a ser regido por el inciso 3 artículo 36 ley 100 de 1993.

En cuanto a los factores salariales sobre los cuales cotizó la parte actora no reposa en el fondo pensional, información alguna, razón por la cual Colpensiones solicita a sus afiliados allegar certificado laboral en el que conste la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Expone que acorde al artículo 167 del Código general del proceso incumbe a las partes probar el supuesto de hecho las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen y la parte actora tenía el mínimo deber procesal de desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo que demanda so pena que se presuma que el mismo fue emitido conforme a derecho, como en efecto acontece dentro del caso hoy objeto de análisis y en consecuencia y ante la omisión de la parte actora, quien se ciñó a aducir la ilegalidad del acto solicitando su nulidad, sin atender a su carga procesal y

sin sustentar los supuestos de hecho y de derecho en los cuales basa su pedimento, las pretensiones estarán destinadas al fracaso.

Propuso como excepciones las de *“Inexistencia de la obligación y prescripción genérica.*

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 Parte demandante.

En desarrollo de la audiencia inicial el apoderado de la parte demandante como alegatos finales se ratifica en los hechos y pretensiones de la demanda solicitando se tenga en cuenta la sentencia de unificación del 2010 para la reliquidación de la pensión del señor José Gelven Londoño.

4.2 Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones

A su vez y en la misma diligencia la apoderada judicial en su argumento final se ratifica en los términos de contestación de la demanda solicitando al despacho no acceder a lo solicitado por la parte actora y en su lugar acceder a la excepción de inexistencia de la obligación por cuanto al demandante no le asiste razón teniendo en cuenta los pronunciamientos de la Corte Constitucional SU-230 y del Consejo de Estado de agosto del 2018, solicitando al despacho se nieguen las pretensiones de la demanda.

4.3 Ministerio Público

El agente del Ministerio público en su concepto expresa que teniendo en cuenta el soporte jurisprudencial contenidos en las sentencia de unificación del pasado 28 de agosto de la Sala Plena del Honorable Consejo de Estado y las sentencia C-258 del 2013, SU-230 del 2015 y SU-395 del 2017 de la Corte Constitucional y la circular conjunta 021 del 31 de diciembre del 2016 emanada del despacho del señor Procurador General de la Nación y del señor Defensor del Pueblo considera que no le asiste razón al actor para que se le reliquide su pensión de vejez teniendo en cuenta los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5. Problema Jurídico planteado

Procede el despacho a determinar si ¿el accionante tiene derecho a que se le reliquide y pague su pensión de vejez con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios prestados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, por estar cobijado por el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993?

6. Tesis que resuelven el problema jurídico planteado

6.1 Tesis de la parte accionante

Considera que es procedente la reliquidación de su mesada pensional, porque la entidad al expedir los actos administrativos acusados ha vulnerado el derecho constitucional pues al liquidar la pensión no ha dado aplicación a sus derechos y garantías mínimas como la favorabilidad al no estudiarse la solicitud de pensión bajo los lineamientos de la misma ley 100 de 1993, teniendo en cuenta los aportes realizados durante su vida laboral y aplicarle para su liquidación el 90% de porcentaje como tasa de reemplazo. Tampoco dieron aplicación integral a la ley 33 de 1985, violando los principios constitucionales de favorabilidad, condición más beneficiosa y el de inescindibilidad de la ley.

6.2 Tesis de Colpensiones.

Señala en primer lugar que no hay lugar a la reliquidación de la pensión de jubilación porque el IBL no es un aspecto de la transición y por tanto las reglas contenidas en el régimen general de pensiones son las aplicables para establecer el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca y es dable aseverar sin dubitación alguna que el régimen de transición solo comprende los aspectos de edad, monto y semanas de cotización excluyendo de dicho régimen la forma de liquidar las prestaciones económicas.

6.3 Tesis del despacho

Deberán negarse las pretensiones de la demanda como quiera que la pensión de jubilación del accionante fue liquidada teniendo en cuenta todos los factores salariales sobre los que cotizó y los que dispone la Ley, además por cuanto no se probó que sobre la bonificación por servicios, las primas de navidad, servicios y vacaciones el señor José Gelven Londoño Molina hubiese hecho cotización alguna al sistema de seguridad social en pensiones, posición que se adopta en cumplimiento a la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018.

7. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. Que el señor José Gelven Londoño Molina nació el 25 de julio de 1954.	Documental: Fotocopia cedula de ciudadanía (fl 12)
2. Que el Seguro Social negó el reconocimiento de la pensión al accionante por no cumplir con los requisitos, decisión objeto de recurso.	Documental: Resolución No 044714 del 28 de noviembre del 2011(fl 14)
3. Que Colpensiones resolvió el recurso, revocó en todas sus partes la resolución apelada y reconoció la pensión al señor Londoño Molina aplicándose el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.	Documental: Copia de la resolución No GNR 326121 del 29 de noviembre del 2013 (fl 14 – 18)
4 Que el accionante solicitó a la accionada la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales	Documental: Copia derecho de petición de fecha 6 de marzo del 2015 (fl 19)

5. Que Colpensiones ordenó al accionante el reintegro de \$19.739.014 suma recibida como pensionado encontrándose activo como servidor público, en violación al artículo 128 superior que prohíbe recibir más de una asignación del erario público	Documental. Copia de la Resolución GNR 411594 del 18 de diciembre del 2015 (fl 24 - 25)
6. Que el accionante interpone recurso de reposición y en subsidio el de apelación en contra de la decisión anterior	Documental. Copia del memorial de fecha 21 de enero del 2016 (fl 28 - 29)
7. Que la demandada modificó la resolución apelada fijando la suma de dinero a reintegrar en \$2.045.968 a favor de Colpensiones.	Documental. Copia de la Resolución GNR 41131 del 8 de febrero del 2016 (fl 31 -33)
8. Que el causante devengó desde el 5 de marzo de 2013 hasta el 4 de marzo del 2014 asignación básica y bonificación por servicios, auxilio de transporte, subsidio de alimentación, primas de servicios, navidad y vacaciones.	Documental. Formato certificación de salarios expedido por la secretaria de educación (fl 56 - 58)

9. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS C-258 DE 2013 y SU 230 DE 2015

En la sentencia C-258 de 2013 en relación con el derecho a la seguridad social, en especial las pensiones y la finalidad de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional indicó:

“La Constitución de 1991, en su artículo 48, consagra la seguridad social como un derecho fundamental y como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; una de las obligaciones que se desprenden de dicho precepto es el establecimiento de un sistema de seguridad social en pensiones. A través de la garantía de este derecho se materializan importantes obligaciones del Estado Social de Derecho, entre las que se destacan la protección de los adultos mayores y de aquellas personas que por su condición física, no se encuentran en una situación favorable de ingresar al mercado laboral.

La Ley 100 de 1993 buscó desarrollar estos mandatos, pero sin abandonar el régimen de prima media. En la exposición de motivos del proyecto de la Ley 100 de 1993, el Gobierno señaló que la reforma resultaba necesaria en aras de fortalecer financieramente el sistema. Allí se dijo que los objetivos prioritarios eran (i) lograr el equilibrio fiscal; (ii) aumentar la cobertura, especialmente para los más vulnerables y mejorar la equidad; (iii) fortalecer el sistema financiero de ahorro; y (iv) mejorar la eficiencia en el manejo de los recursos. De igual manera, dentro de los considerandos se llamó la atención sobre que el Estado en su calidad de garante permitió que se fundaran establecimientos que prestaran el servicio de seguridad social en pensiones sin ningún tipo de restricción o un esquema regulatorio definido. En síntesis, la Ley 100 buscó “ampliar la cobertura, adecuar la edad de retiro a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida del país, equilibrar la relación entre contribuciones y beneficios, reducir costos de administración y mejorar los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema”².

² Bonilla G, Ricardo, “Pensiones: En Busca de la equidad”, en Boletín N° 8 del Observatorio de Coyuntura Socio Económica (OCSE) del Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Bogotá, 2001, p. 1.

En la misma providencia se definió el régimen de transición como *“un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo.”*³

Posteriormente la sentencia SU- 230 de 2015 planteó el problema jurídico, en cuanto al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y la inclusión de los factores salariales de la siguiente manera:

“Con base en los antecedentes reseñados, y atendiendo al criterio de relevancia constitucional que el asunto bajo estudio plantea, le corresponde a esta Corporación determinar si la decisión adoptada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al casar parcialmente la sentencia de 2ª instancia dentro del proceso laboral incoado por el accionante en contra del Banco Popular y al reconocerle su pensión de jubilación, presuntamente, por un monto inferior al que legalmente le correspondería, esto es, con base en el 75% del promedio salarial que sirvió de base para realizar los aportes en los últimos 10 años de relación laboral, como lo precisa el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y no con el 75% del promedio de los salarios percibidos en último año de servicios, como lo ordena el artículo 1° de la ley 33 de 1985, vulneró los derechos fundamentales del accionante.

En cuanto a la finalidad del régimen de transición la Corte señaló:

“El régimen de transición, regulado en el artículo 36 de la Ley 100, entre otros⁴, tiene como fundamento la protección de las expectativas y la confianza legítima, y los derechos adquiridos en el tránsito de una legislación de seguridad social a otra. Por ello, el mencionado artículo 36 estableció una excepción a la aplicación universal del sistema de seguridad social en pensiones para quienes el 1° de abril de 1994, tuvieran 35 años en el caso de las mujeres o 40 años en el caso de los hombres, y 15 años o más de servicios o de tiempo cotizado. A estas personas, en virtud del régimen de transición, se les debe aplicar lo establecido en el régimen anterior a la Ley 100 al que se encontraran afiliados, en cuanto a (i) los requisitos para el reconocimiento del derecho y (ii) la fórmula para calcular el monto de la pensión.

El artículo 36 precisó los beneficios otorgados y la categoría de trabajadores con acceso al régimen de transición. Los beneficios del régimen consistieron en conservar la edad en que la persona accedía al derecho, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, para adquirirlo y, el monto de la misma.

(...)

En síntesis, son tres los parámetros aplicables al reconocimiento de las pensiones regidas por normas anteriores a la Ley 100 de 1993, los que a su vez constituyen el régimen de transición:

³ Ver Sentencia C-789 de 2002.

⁴ El régimen de transición también se encuentra regulado en los decretos reglamentarios 813 de 1994, 1160 de 1994, 2143 de 1995, 2527 de 2000 y artículos 259 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo.

- (i) La edad para consolidar el acceso al beneficio prestacional.**
- (ii) El tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas para el efecto.**
- (iii) El monto de la misma.**

Estos son aplicables a las personas que al 1º de abril de 1994, tuvieran la edad de treinta y cinco (35) años en el caso de las mujeres; cuarenta (40) años o más en el evento de los hombres; o quince (15) o más años de servicios en cualquier caso”.

De las consideraciones de la sentencia y en relación con lo que se debe entender por monto para la liquidar la pensión de jubilación se dijo:

Ahora bien, respecto de la aplicación de los dos primeros lineamientos no ha existido ningún tipo de controversia. Sin embargo, el tercer aspecto, esto es, la noción de “monto”, ha sido objeto de amplios debates a nivel doctrinario y jurisprudencial.

*Por su parte, la Corte Constitucional ha indicado que cuando se trata de pensiones de regímenes especiales aplicables por transición, como por ejemplo el de los empleados de la Rama Judicial o el de los servidores públicos regidos por la Ley 33 de 1985, entre otros, el concepto de monto debe comprender tanto el porcentaje aplicable como la base reguladora señalada en dicho régimen, ya que resultaría quebrantado el principio de **inescindibilidad** de la norma si se liquidara el monto de las mesadas pensionales de conformidad con lo consagrado en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Precepto este que solo resultaría aplicable en el evento en que el régimen especial hubiese omitido fijar el método de encontrar la base reguladora⁵”.*

En la misma providencia y sobre el alcance de la sentencia C- 258 de 2013, se indicó que la misma fijó el precedente que debe ser aplicado al caso que se estudia, en cuanto a la interpretación otorgada sobre el monto y el ingreso base de liquidación en el marco del régimen de transición, y por ende, a todos los beneficiarios de regímenes especiales.

En algunos apartes dijo:

“Así pues, la sentencia C-258 de 2013⁶, fijó unos parámetros determinados para el régimen especial dispuesto en la Ley 4 de 1992, pero además, estableció una interpretación sobre la aplicación del IBL a los regímenes especiales sujetos a la transición del artículo 36 la Ley 100. En esa medida, Sala Plena encontró que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, en su sentido natural y en concordancia con su configuración viviente, resultaba contrario al ordenamiento constitucional por cuanto (i) desconocía el derecho a la igualdad, en armonía con los principios constitucionales de universalidad, solidaridad y eficiencia que rigen un sistema pensional equitativo, (ii) generaba una desproporción manifiesta entre algunas pensiones reconocidas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 cuando, además, (iii) existía falta absoluta de correspondencia entre el valor de la pensión y las cotizaciones, lo cual conduce a que dicha desproporción excesiva sea (iv) financiada con recursos públicos mediante un subsidio muy elevado.

⁵ Sentencia T-386 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil

⁶ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Esto, además, (v) es incompatible con el principio de Estado Social de Derecho, puesto que si bien los subsidios en regímenes especiales no son per se contrarios a dicho principio fundamental, sí lo son los subsidios carentes de relación con el nivel de ingresos y la dedicación al servicio público del beneficiario del elevado subsidio.

La Corte Constitucional decidió declarar inexecutable las expresiones “durante el último año y por todo concepto”, “Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal”, contenidas en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, así como la expresión “por todo concepto”, contenida en su parágrafo”.

Ahora bien, al resolver una petición de nulidad por desconocimiento del precedente en cuanto la aplicación en su integridad de todos los factores salariales devengados en el régimen anterior por ser beneficiario del régimen de transición, mediante Auto 326 de 2014, la Corte Constitucional refirió:

*“3.2.2.5. Como se acaba de ver, es importante destacar que el parámetro de interpretación fijado por la Corte en la materia, a pesar de que no se encuentra situado de forma expresa en la parte resolutive de dicha providencia, fundamenta la ratio decidendi que dio lugar a una de las decisiones adoptadas en la Sentencia C-258 de 2013 y, por tanto, constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no 11 nulidad de la tutela T-078, reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 establecida en la sentencia C-258 de 2013, fallo en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido de que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación.
Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos” (Resaltado fuera de texto).*

En cuanto a la aplicación de las mencionadas sentencias en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado en sentencia proferida el 15 de diciembre de 2016, indicó: ⁷

“Es así como en casos similares este juez constitucional ha arribado a la misma conclusión respecto de la extensión de la regla creada en la sentencia C-258 de 2013; la cual se hizo obligatoria para todas las autoridades judiciales y administrativas a partir de la publicación de la sentencia SU 230 de 2015, a saber:

“Así las cosas, la regla que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 y que hizo extensiva en la SU- 230 de 2015 consiste en que el ingreso base de liquidación no era un aspecto sujeto a transición (...)

Luego, si bien es claro que a partir de la SU-230 de 2015 corresponde a las autoridades administrativas y judiciales, independiente del régimen especial, calcular el IBL de los beneficiarios del régimen de transición de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo a los parámetros fijados por la Corte Constitucional en el numeral 4.3.6.3 de las consideraciones de la sentencia C-258-13,12 también lo es, que la sentencia que se censura por vía de esta acción, no cumplió con lo dispuesto en la referida sentencia SU.

⁷ Sentencia 15-12-2015 radicado 11001-03-15-000-2016-01334-01 Dra. Lucy Jeannet Bermúdez Bermúdez

Ahora bien, respecto del precedente como criterio de la labor judicial y la fuerza vinculante y excluyente del que fija la Corte Constitucional, se tiene que las providencias que profiere la Corte Constitucional, en los términos de la sentencia C-085 de 1995, son un criterio vinculante de la labor judicial”.

Además, en cuanto a la aplicación inmediata de dichas sentencias, señaló:

“En el sentido descrito, el precedente de la Corte Constitucional es de inmediata aplicación, al margen de si la demanda se presentó antes de que dicha Corporación fijara la tesis hoy día imperante frente al régimen de transición.

En observancia de lo anterior, concluye la Sala que la decisión dictada por la autoridad judicial accionada -Sección Segunda de esta Corporación, desconoció las reglas que respecto el tema bajo estudio, fijó la Corte Constitucional en la sentencia SU 230 de 2015; jurisprudencia que conforme a los argumentos expuestos en párrafos precedentes, era de obligatorio cumplimiento por la Sección Segunda del Consejo de Estado y la cual estaba vigente para fecha en que se profirió el fallo acusado”.

La anterior interpretación y el sentido en que debe ser aplicado el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuanto al IBL a reconocerse en las pensiones de vejez de los cobijados con esta norma fue reiterado por la Corte Constitucional en las sentencias SU – 210 y 395 de 2017.

10. DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO DEL 28 DE AGOSTO DE 2018

Ahora bien, el Consejo de Estado en sentencia de unificación de Sala Plena del 28 de agosto de 2018, con ponencia del consejero César Palomino Cortés, sobre las reglas y subreglas para la aplicación del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señaló:

92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

“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”.

*93. 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**:*

94. 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.

Sin embargo, la mencionada providencia unificadora, en cuanto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta para liquidar las pensiones dispuso:

96. 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.

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho”.

Es por lo anterior que considera el despacho, que al señor **JOSÉ GELVEN LONDOÑO MOLINA** por ser beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, le es aplicable **la segunda sub regla** contenida en la sentencia de unificación la cual debe ser aplicada a todos y cada uno de los casos que tengan como fundamento de las pretensiones el reajuste o reliquidación de la pensión reconocida, sin importar el régimen especial al que pertenezca el servidor público, por lo que los factores que deben ser incluidos en el IBL, son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado cotizaciones al sistema de pensiones, en virtud de los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema.

11. DE LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE OBLIGATORIO

Para entrar a analizar el presente asunto y con el fin de determinar en el caso concreto si debe darse aplicación al precedente establecido por la Corte Constitucional, se observa que el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, dispuso:

*“Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. **Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas**”.*

En relación con el artículo anterior, la sentencia C-634 de 2011, al hacer el análisis de constitucionalidad de la misma, declaró su exequibilidad ***“en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad”.***

De otro lado y con el fin de dilucidar con claridad la aplicación del precedente constitucional a casos estudiados por la jurisdicción contenciosa administrativa, tenemos que en la sentencia T-830 de 2012⁸, se estableció la diferencia entre los conceptos de “antecedente” y “precedente”, sobre los que señaló:

*“[e]l primero –**antecedente**- se refiere a una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de Derecho (e.g. conceptos, interpretaciones de preceptos legales, etc.) que guían al juez para resolver el caso objeto de estudio. Por tanto, los antecedentes tienen un carácter **orientador**, lo que no significa **(a)** que no deban ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de fallar, y **(b)** que lo eximan del deber de argumentar las razones para apartarse, en virtud de los principios de transparencia e igualdad (...) [e]l segundo concepto – **precedente**-, por regla general, es aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de **(i)** patrones fácticos y **(ii)** problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso”.*

Al respecto la Corte ha señalado las siguientes razones para establecer la vinculatoriedad de los precedentes:

“La primera razón de la obligatoriedad del precedente se relaciona con el artículo 230 superior. De acuerdo con este precepto de la Constitución Política, los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, en ese orden, tienen una autonomía interpretativa e independencia para fallar, pero deben hacerlo dentro de los parámetros que les presenta la ley. Particularmente, el concepto de ‘ley’ ha sido interpretado por la jurisprudencia de la Corte desde un sentido amplio, es decir, la ley no es sólo aquella emitida por el legislador, sino además comprende todas las fuentes del derecho incluidas las sentencias que interpretan la Constitución como norma de normas, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de los órganos de cierre de cada jurisdicción

La segunda razón se desprende de los principios de igualdad, debido proceso y buena fe. El precedente es una figura que tiene como objetivo principal garantizar la confianza en las decisiones de los jueces a la luz de los principios de seguridad jurídica, igualdad, buena fe y confianza legítima que rigen el ordenamiento constitucional. En otras palabras, la independencia interpretativa es un principio relevante, pero se encuentra vinculado con el respeto a la igualdad en la aplicación de la ley y por otras prescripciones constitucionales. En palabras de la Corte Constitucional:

‘La fuerza vinculante del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano, se explica entonces, al menos, por cuatro razones principales: (i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 13 C.P.), que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales debe ser ‘razonablemente previsibles’; (iii) en atención a los principios de buena fe y de confianza legítima (artículo 84 C.P.), que demandan respetar las expectativas generadas por las reglas judiciales en la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de rigor judicial, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema.

⁸ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

La tercera razón es que la respuesta del precedente es la solución más razonable que existe hasta ese momento al problema jurídico que se presenta, y en esa medida, si un juez, ante circunstancias similares, decide apartarse debe tener unas mejores y más razonables razones que las que hasta ahora han formado la solución para el mismo problema jurídico o similares. En ese orden la doctrina ha establecido como precedente: `tratar las decisiones previas como **enunciados autoritativos** del derecho que funcionan como **buenas razones para decisiones subsecuentes**` y `exigir de tribunales específicos que consideren ciertas decisiones previas, sobre todo las de las altas cortes, como **una razón vinculante**`

En virtud de lo señalado por la ley y lo expuesto por la Corte Constitucional sobre la aplicación obligatoria del precedente, el despacho aplicará al caso concreto la sentencia del Consejo de Estado - Sala Plena del 28 de agosto de 2018, en relación con los factores que deben tenerse en cuenta para liquidación del IBL en las pensiones de jubilación de los empleados públicos.

12. SOBRE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

La Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013, en cuando a los derechos adquiridos indica que la Constitución también protege los derechos adquiridos de la retroactividad normativa, es decir, las situaciones ya formadas y no las condiciones de ejercicio del derecho, lo cual significa que quien esté disfrutando de un derecho cuyos efectos se consolidan de manera escalonada o en un tracto sucesivo -como por ejemplo la pensión, tiene su derecho amparado por la Constitución, pero los efectos que aún no se han consolidado son modificables en virtud de finalidades constitucionales y con sujeción a los límites que la propia Carta impone ⁹.

Según esta tesis, las pautas para ejercer el derecho adquirido pueden cambiar, siempre y cuando la existencia del derecho permanezca indemne. Por ejemplo, en virtud de este nuevo entendimiento, el monto de las próximas mesadas pensionales puede variar siempre que no se supriman, puesto que si se suprimen, ello implicaría que el derecho a la pensión ha sido revocado en desconocimiento de la protección de los derechos adquiridos.

En virtud de lo anterior, y guardando los derechos adquiridos de la hoy accionante se respetará el derecho a la pensión reconocida, sin que al analizarse el fondo del asunto el Despacho vaya a hacer ningún tipo de modificación desfavorable a la prestación periódica reconocida por el fondo de pensiones demandado.

⁹“Conforme a lo anterior, en principio la ley no puede afectar una situación jurídica concreta y consolidada, que ha permitido que un derecho ingrese al patrimonio de una persona, por haberse cumplido todos los supuestos previstos por la norma abstracta para el nacimiento del derecho. Una modificación de esa situación está en principio prohibida por desconocer derechos adquiridos (C P art 58). Pero en cambio, la ley puede modificar las regulaciones abstractas, sin que una persona pueda oponerse a ese cambio, aduciendo que la nueva regulación le es menos favorable y le frustra su posibilidad de adquirir un derecho, si aún no se han cumplido todos los supuestos fácticos que la regulación modificada preveía para el nacimiento del derecho. En este caso, la persona tiene una mera expectativa, que la ley puede modificar, sin que en manera alguna pueda afirmarse que por esta sola circunstancia haya violado derechos adquiridos, pues, se repite, la ley rige hacia el futuro y nadie tiene derecho a una eterna reglamentación de sus eventuales derechos y obligaciones. Y es que si se admitiera que una mera expectativa pudiera impedir el cambio legislativo, llegaríamos prácticamente a la petrificación del ordenamiento, pues frente a cada nueva regulación, alguna persona podría objetar que la anterior normatividad le era más favorable y no podía entonces ser suprimida”. Cfr. Sentencia C-038 de 2004.

13. DE LA RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

El despacho entrará hacer el siguiente análisis de conformidad con el problema jurídico planteado acorde con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993:

“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 hiciere 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.

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.

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.”

La Ley 33 de 1985, en cuanto a la edad, el tiempo de servicio y el monto aplicable para el reconocimiento de la pensión de jubilación señala:

“Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”

En ese orden de ideas, la liquidación de la pensión reconocida a los empleados públicos bajo la aplicación de las normas transcritas en concordancia con la interpretación realizada por nuestro máximo órgano constitucional corresponde a que cumplierse 55 años de edad, 20 años de servicio y se tuviese como monto para liquidarla el 75%.

De lo antes señalado se entiende entonces que el régimen de transición hace referencia a la edad y el tiempo de servicio para adquirir el derecho a la pensión de jubilación, es decir que las personas cobijadas por el mismo, en relación con estos 2 aspectos, deben someterse a los requisitos señalados en la Ley 33 de 1985 artículo 1º antes referenciado.

En cuanto al tercer requisito relacionado con el monto o el IBL para la liquidación de la mesada pensional es el aplicable en la norma general es decir lo dispuesto al respecto en la Ley 100 de 1993 y sus normas regulatorias y complementarias, que para el caso que nos ocupa sería lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994, que modificó el artículo 6º del Decreto 691 de 1994, *“por el cual se incorporan los servidores públicos al Sistema General de Pensiones y se dictan otras disposiciones”*., que sobre los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de las pensiones de jubilación dispuso:

“ARTICULO 1o. El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: “Base de Cotización”. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y capacitación cuando sean factor de salario.*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados;”*

14. CASO CONCRETO

De la prueba documental traída a la presente actuación, se advierte que en efecto el señor **José Gelven Londoño Molina**, nació el 25 de julio del 1954 (fl.12) y que contaba con más de 39 años de edad y 15 años de servicio para el momento de la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, lo que conlleva a establecer, que lo cobijaba el régimen de transición establecido en el artículo 36 de dicha norma y por lo tanto le era aplicable

en materia pensional el régimen anterior, establecido en la Ley 33 de 1985 en cuanto a la edad, el tiempo de servicios y el monto del 75%, más no en lo tocante a la base salarial o índice base de liquidación, dado que aquella está regulada en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin que esto implique que se esté fraccionando o escindiendo la norma

Así, mediante **Resolución GNR 326121 del 29 de noviembre del 2013**, la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, reconoció la pensión de jubilación al señor **José Gelven Londoño Molina**, tomando como ingreso base de liquidación la asignación básica aplicándosele el 75% ordenado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 sobre el promedio de los últimos 10 años cotizados, conforme al inciso 3 del artículo 36 de la citada ley con un valor de la mesada para el 2013 en la suma de \$732.254.

Así mismo, mediante el acto administrativo resolución **GNR 411594 del 18 de diciembre del 2015**, Colpensiones ordena el reintegro de la suma de \$19.739.014 cancelados como mesadas pensional al señor Londoño Molina evidenciándose que el señor se encontraba activo y devengado asignación como servidor público en contravía del precepto constitucional, artículo 128, que determina que nadie podrá devengar más de una asignación del tesoro nacional.

El señor Londoño Molina interpone recursos de ley y aporta resolución No 1161 del 11 de marzo del 2014, expedida por el secretario de educación en la que se le retira del servicio a partir del 4 de marzo del 2014

Con base en lo anterior Colpensiones mediante resolución No **GNR 41131** del 8 de febrero del 2016, modifica la resolución atacada y fija la cantidad a reintegrar en la suma de \$2.045.968.

El accionante mediante derecho de petición el 6 de marzo del 2015, solicita reliquidación de la pensión para que se le incluya todo lo devengado en el último año de servicio, o sea, desde el 5 de marzo del 2013 al 4 de marzo del 2014.

Que el accionante en el año 2013 y hasta el 4 de marzo del 2014 devengó asignación básica, auxilio de transporte, bonificación por servicios, horas extras, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y subsidio de alimentación, **sin acreditarse aportes al sistema de seguridad social en pensiones sobre los emolumentos devengados.**

En este orden de ideas, se observa que la prestación periódica le fue reconocida al accionante señor José Gelven Londoño Molina, de conformidad con lo dispuesto en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta para su liquidación los factores salariales sobre los que realizó aportes al sistema de seguridad social, los cuales se encuentran establecidos en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, régimen general de pensiones, motivos estos que permiten concluir que no hay lugar a que se reliquide la pensión incluyendo nuevos factores salariales y por lo tanto se negarán las pretensiones de la demanda.

15. RECAPITULACIÓN

En conclusión y como quiera que el régimen de transición de que trata la Ley 100 de 1993 en su artículo 36 aplicable al caso concreto, solo regula y respeta lo concerniente a la edad, el tiempo de servicio establecidos en el régimen anterior, pero en lo que tiene relación con el ingreso base para la liquidación IBL, la regla es clara al señalar, que le será aplicable lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, régimen general de pensiones, motivo por el cual, al hacer un análisis de los actos administrativos demandados, se observa que los mismos se encuentran ajustados a derecho, pues los factores salariales tenidos en cuenta para el reconocimiento de la prestación periódica son los señalados en la ley, y, acorde con lo señalado en precedencia, se negarán las pretensiones de la demanda

16. COSTAS

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del C. G. P dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

En el presente caso se observa que las pretensiones fueron despachadas desfavorablemente, razón por la cual de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la parte accionante en la suma de doscientos mil (\$200.000) pesos.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas a la parte accionante de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del C.G.P, para lo cual se fija la suma de **doscientos mil (200.000) pesos** como agencias en derecho

TERCERO: Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme el artículo 203 del C.P.A.C.A.

CUARTO: Líquidense los gastos del proceso, si hubiere remanentes devuélvanse a la parte demandante.

QUINTO: Una vez en firme, archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS MANUEL GUZMÁN
Juez
(ORIGINAL FIRMADO)