

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

EXPEDIENTE No.: 11001-33-42-046-2016-00410-00
DEMANDANTE: MARÍA TERESA GARZÓN SOTELO
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES
PARAFISCALES – U.G.P.P. -.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

La señora MARÍA TERESA GARZÓN SOTELO, identificada con la Cédula de Ciudadanía N°. 41.514.477 expedida en Bogotá, a través de apoderado, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES – U.G.P.P.-, con el fin de que se hagan las siguientes declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

En la demanda se formularon las siguientes:

Primera.- Se declare la nulidad de la Resolución N°. RDP 013661 del 9 de abril de 2015 por medio de la cual desconocieron y negaron los factores salariales correspondientes a la Pensión de Jubilación de mi representada, negando con ésta sus derechos adquiridos.

Segunda.- Se declare la nulidad de la Resolución N°. RDP 027071 del 2 de julio de 2015, notificada el día, 31 de julio de 2015, por medio de la cual se resolvió un recurso de apelación y se confirmó la resolución RDP 013661 del 9 de abril de 2015, desconociendo y negando los factores salariales correspondientes a la Pensión de Jubilación de mi representada, negando con ésta sus derechos adquiridos.

Tercera.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, igualmente se declare que la actora tiene pleno derecho a que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – U.G.P.P.-, le reconozca y ordene pagar su pensión de Aportes, en cuantía de \$565.948.45 ML/Cte., efectiva a partir del 10 de septiembre de 2014, fecha de adquisición del status pensional, asimismo, proceda a liquidar los reajustes pensionales decretados en las leyes 4/76 y 71/88.

Cuarta.- Se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP- a pagar a la actora una pensión Mensual Vitalicia de Jubilación, equivalente al setenta y cinco (75%) por ciento de los factores de salario devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio oficial, dando aplicación al IPC (índice de Precios al Consumidor), dado que mi representada se retiró del servicio el 28 de febrero de 2001, cumpliendo con más de veinte (20) años de servicio, debiendo esperar hasta el 10 de septiembre de 2014, fecha en la cual cumplió con el segundo requisito para alcanzar, su status de pensionado o sea, \$565.948.45 ML/Cte., conforme al principio de favorabilidad, lo estipulado en el régimen ordinario aplicable a los empleados del sector oficial según la Ley 33/85, 62/85 y 71/88 y las demás normas concordantes, recurriendo a éstas para la forma de liquidación por principio de favorabilidad para el trabajador habiendo cuenta, adicionalmente, de haber consolidado más de 15 años de servicio con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100, por lo que en efecto se había generado en su favor un beneficio conforme al régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Quinta.- Se ordene liquidar y pagar, a expensas de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP-, a favor del actor, la totalidad de las diferencias entre lo que se le ha venido pagando en virtud de la Resolución N°. 21989 del 9 de mayo de 2006, y la sentencia dé fin a este proceso, a partir de la fecha de la fecha de adquisición del status pensional hasta el momento de inclusión en nómina con

la totalidad de los factores demandados, teniendo en cuenta para efectos de la cuantía definitiva, los siguientes factores salariales: Prima de Navidad, Subsidio de Transporte, Auxilio de Alimentación, Prima de Vacaciones, Prima Semestral y Bonificación por Recreación, además de aquellos que se tuvieron en cuenta en la Resoluciones mencionadas.

Sexta.- Se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP -, pagar a la parte demandante, sobre las mesadas ya reconocidas y canceladas en virtud de la Resolución N°. 21989 del 9 de mayo de 2006, las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor conforme al Índice de Precios al Consumidor o al por mayor, (Indexación de la condena).

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

Octava.- Se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP- pagar a favor de mi mandante, los intereses moratorios, conforme lo ordena el inciso 3ero del artículo 192 del C.P.A.C.A. (sic).

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

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los siguientes hechos:

“1.- Mi mandante, MARÍA TERESA GARZÓN SOTELO, prestó sus servicios al estado Colombiano como Auxiliar de Servicios Generales, en el Fondo regional de Bogotá, por más de veinte (20) años, hasta el 28 de febrero de 2001 fecha en la que se retiró del servicio, debiendo esperar hasta el 10 de septiembre de 2004, fecha en la cual cumplió con el segundo requisito para alcanzar su status de pensionado, tiempo en el cual la mesada pensional perdió su valor adquisitivo.

2.- Para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, mi mandante ya había cumplido más de 15 años de servicio, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se le deben respetar todas las garantías y beneficios adquiridos y establecidos en disposiciones anteriores a esta.

3.- *En consecuencia del hecho precedente, la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL (CAJANAL) E.I.C.E. – EN LIQUIDACIÓN, le reconoció y pagó una pensión por aportes conforme a la ley 71/88, 100/93 Decreto 1158/94, 01/84 y 2709/94, reconocimiento que esta le hizo mediante Resolución N°. 21989 del 9 de mayo de 2006, en cuantía de \$411.777.17, efectiva a partir de 10 de septiembre de 2004.*

4.- *Mediante oficio radicado en la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP-, el día 17 de Diciembre de 2014 y el Recurso de Apelación radicado el día 29 de abril de 2015, se solicitó la revisión de la pensión para que se tuviera en cuenta todos los factores salariales e indexación de la primera mesada pensional, interrumpiendo cualquier prescripción de conformidad con el artículo 102, numeral 2º del Decreto 1848 de 1969.*

5.- *El trámite dado por La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – U.G.P.P. -, a la solicitud de mi cliente fue ilegal, pues negó lo solicitado, por lo que se procedió a interponer recurso de apelación el cual fue contestado, confirmando la negativa.*

6. *Las sumas reconocidas y pagadas, por concepto de mesadas, ordenadas por la Resolución N°. 21989 del 9 de mayo de 2006, perdieron valor adquisitivo con el paso del tiempo (Once (11) años), hecho que se generó por una política errada e institucionalizada por La CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL E.I.C.E. – En liquidación – Hoy UGPP – de exigir una serie de requisitos que la normatividad legal no dispone, amén del desgüeño administrativo en el trámite de la solicitud de pensión, por lo que es viable la INDEXACIÓN de los valores que se generaron desde el momento de la obtención de su status jurídico de pensionado.*

7.- *Además, en el reconocimiento pensional hecho por La CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL (CAJANAL) E.I.C.E. – EN LIQUIDACIÓN – En Resolución N°. 21989 del 9 de mayo de 2006, en cuanto hace el monto de la Pensión, sólo se tuvo en cuenta la Asignación Básica y Bonificación por Servicios Prestados y no se tuvieron en cuenta los siguientes factores: Prima de navidad, Subsidio de transporte, Auxilio de Alimentación, Prima de Vacaciones, Prima Semestral y Bonificación por recreación, factores que fueron devengados y certificados por la entidad competente durante el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio oficial. (...)*”.

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 2, 6, 25 y 58 de la Constitución Política.

De orden legal y reglamentario: Código Civil, artículo 10; Ley 57/87, Ley 1437 de 2011 artículo 138, Ley 100 de 1993 artículo 36 inciso 2º, Leyes 33 y 62 de

1985, Ley 4 de 1996 artículo 4º, Decreto 1743 de 1966, Decreto 3135 de 1968, Ley 5 de 1969, Ley 71 de 1988.

1.1.4 Concepto de violación

El apoderado de la parte actora, considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse, de acuerdo a las consideraciones que a continuación se sintetizan:

- La entidad demandada con la expedición de los actos demandados desconoce o trasgrede las normas en que debió fundarse, como quiera que la pensión que le fue reconocida a la demandante, tuvo que liquidarse, de acuerdo con el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con el promedio del 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.
- Las pensiones de jubilación deben liquidarse con fundamento en todo lo devengado por el trabajador atendiendo que la remuneración, para estos efectos, es todo lo percibido por el empleado o trabajador oficial por causa directa o indirecta de su vinculación laboral y, que en el evento que no se hayan efectuado los descuentos sobre algunos factores, ello no obsta para que no le sean tenidos en cuenta para calcular el valor de su pensión.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

La apoderada de la entidad demandada en memorial visible a folios 104-116 contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, en consideración a los argumentos que a continuación se exponen de manera abreviada:

- En lo concerniente al ingreso base de liquidación de las personas que son beneficiarios del régimen de transición, las normas aplicables son las contenidas en el Decreto 1158 de 1994. En los demás aspectos deben aplicarse las leyes 33 y 62 de 1985, por virtud del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

- El Decreto 1158 de 1994 indica cuales son los factores de salario que deben ser tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión y los que se solicitan en la demanda, no se encuentra incluido en la norma, razón por la cual, no pueden ser tenidos en cuenta.
- La Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015, determinó de manera clara y precisa que el ingreso base de liquidación no es un aspecto de la transición.

1.2.2 Audiencia Inicial

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en tal sentido, decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate, y al no existir medios probatorios por practicar, decidió prescindir de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y, en consecuencia, adelantó la audiencia de alegaciones y Juzgamiento del artículo 182 ibídem.

1.2.3. Alegatos

Se presentaron audiencia de alegaciones y juzgamiento, así:

Parte demandante: Reiteró los argumentos jurídicos y las situaciones fácticas contenidas en cada una de las demandas. Solicitó se acceda a las pretensiones de la demanda y se aplique lo indicado en el artículo 817 del Estatuto Tributario, respecto de los aportes.

Parte demandada: Reitera los argumentos contenidos en la contestación de la demanda, en especial, lo relacionado con la aplicación del precedente judicial emanado de la Corte Constitucional.

Ministerio Público: Solicita se acceda a las pretensiones de la demanda. Indica que el precedente emanado de la Corte Constitucional no tiene fuerza vinculante, comoquiera que no se extiende a otros regímenes pensionales distintos del allí

analizado. Solicita acoger el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado y, no incluir como factor salarial la bonificación por recreación.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2 CONSIDERACIONES.

2.1 Problema Jurídico

Como se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio, el presente asunto se pretende establecer "*Si la demandante tiene o no derecho a que la entidad demandada le reliquide la pensión de jubilación con el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último año servicios, de conformidad con el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993*".

2.2 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

- Mediante la Resolución N°. 21989 de 09 de mayo de 2006¹, la Caja Nacional de Previsión Social le reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia por aportes a la señora María Teresa Garzón Sotelo, efectiva a partir del 10 de septiembre de 2004. En dicho acto administrativo la entidad demandada solo incluyó como factores salariales los siguientes emolumentos: Asignación Básica y Bonificación por Servicios Prestados, devengados durante los 6 años 10 meses y 28 días anteriores a la fecha del retiro definitivo.
- La señora María Teresa Garzón Sotelo, el día 17 de diciembre de 2014², presentó derecho de petición ante la UGPP, en el cual solicitó la revisión de su pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores de salario

¹ Folios 2-6.

² Folios 18-21.

certificados durante el último año de servicio y la indexación de la primera mesada pensional.

- La UGPP por resolución N°. 013661 de 09 de abril de 2015³, resolvió de manera desfavorable la petición de la demandante, indicando que los actos administrativos de reconocimiento pensional se encuentran ajustados a derecho y, no existen nuevos elementos de juicio que permitan variar el acto administrativo de reconocimiento pensional.
- Inconforme con la decisión adoptada por la entidad demandada mediante la resolución N°. 013661 de 09 de abril de 2015, la señora María Teresa Garzón Sotelo interpuso recurso de reposición contra dicho acto administrativo⁴, el cual fue resuelto mediante la Resolución N°. RDP 027071 de 02 de julio de 2015⁵, a través de la cual se confirmó la decisión inicial de no reliquidar la pensión por aportes que percibe la demandante.
- Según certificación emitida por la Secretaría de Educación Distrital (folio 17), la señora María Teresa Garzón Sotelo durante el último año de servicios (27 de febrero de 2000 al 26 de febrero de 2001) devengó los siguientes factores salariales: Asignación Básica, Bonificación por Servicios, Prima Semestral, Prima de Navidad, Prima de Vacaciones, Bonificación por Recreación y Auxilio de Transporte.

2.4. MARCO JURIDICO Y JURISPRUDENCIAL.

2.5. La creación de la pensión de jubilación por aportes.

En el modelo de prestaciones sociales y de seguridad social anterior a la Constitución de 1991 y la Ley 100 de 1993, el sistema pensional aplicable a los trabajadores del sector privado era diferente al aplicable a los servidores públicos, al punto de que por regla general no era posible, para efectos de la pensión, sumar el tiempo servido en una u otra calidad de vínculo laboral.

Para remediar esta situación el Congreso expidió la Ley 71 de 1988, la cual, en su artículo 7 de la Ley 71 de 1988 consagró la denominada "*pensión de jubilación*

³ Folios 7-9.

⁴ Folios 22-24.

⁵ Folios 11-12.

por acumulación de aportes”, es decir, aquella que se obtiene sumando los tiempos de cotización y de servicios en el sector público y en el privado.

En cuanto al derecho pensional del causante, se tiene que la Ley 71 de 1988, reglamentada por los Decretos 1160 de 1989 y 2709 de 1994, creó la «pensión de jubilación por aportes», como aquella que se obtiene sumando los tiempos de cotización y de servicios en el sector público y en el privado, con la condición de que en el primer caso se hubieran efectuado aportes y en el segundo, realizado cotizaciones.

La citada ley en su artículo séptimo, estableció:

«A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el instituto de los seguros sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer».

Conforme a la norma transcrita, la posibilidad de computar el tiempo servido en el sector público con el cotizado en el ISS, constituye un régimen pensional aplicable a quienes estuvieron vinculados laboralmente al sector oficial, a empleadores públicos y privados afiliados al ISS o a ambos, y requieren de la suma de todos los aportes hechos, para reunir los requisitos para acceder al derecho de pensión.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, se estableció, en la misma línea de lo dispuesto por la Ley 71 de 1988, la posibilidad de acumular para efectos pensionales, los tiempos de servicios y de cotizaciones acumulados tanto en el sector público como en el sector privado, lo cual hizo en principio innecesaria la aplicación de ésta última para estos efectos.

Al fijar nuevas reglas y requisitos para el reconocimiento de las pensiones, la Ley 100 de 1993 previó igualmente un régimen de transición pensional en su artículo 36, conforme al cual quienes cumplieran determinados requisitos para ser sujetos de dicho régimen, tendrían derecho a que su pensión se reconociera con los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión conforme a la normatividad que anteriormente le resultara aplicable.

En virtud del citado régimen de transición pensional, es posible obtener la pensión de jubilación del sector público, tanto la del régimen general, establecida en la Ley 33 de 1985, como la que corresponda a los regímenes especiales oficiales vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993⁶.

En este contexto, resulta viable también para quienes no reúnen los requisitos del ISS, ni los requisitos de la pensión oficial anteriores a la Ley 100, pero son beneficiarios del régimen de transición, obtener la pensión de jubilación con la sumatoria de los tiempos cotizados al Seguro Social y a otras cajas de previsión como servidor público; a partir de lo cual, la citada prestación pensional por aportes pasa a constituir una modalidad de pensión aplicable en virtud de la normatividad contenida en la Ley 71 de 1988 y sus decretos reglamentarios.

Así pues, en virtud de esta normatividad, los empleados oficiales y los trabajadores particulares que acrediten, 55 años si es mujer y 60 años si es varón y, 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo en una o varias entidades de previsión social o las que hagan sus veces, con los efectuados en el Seguro Social, tendrán derecho a recibir la prestación jubilatoria por efectos de la acumulación de aportes derivados de la relación de trabajo de carácter particular y oficial.⁷

El precitado artículo tenía un párrafo que establecía lo siguiente: *“Para el reconocimiento de la pensión de que trata este artículo, a las personas que a la fecha de vigencia de la presente ley, tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarán aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes”*. Este párrafo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-012 del 21 de enero de 1994 disponiendo en el numeral segundo de su parte resolutive que “su efecto

⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D.C., nueve (9) de marzo de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 18001-23-33-000-2013-00085-01(4232-14)

⁷ Corte Constitucional. Sent. C-623 del 4 de noviembre de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara.

se extiende al reconocimiento de los derechos pensionales adquiridos por las personas que hubieren cumplido con los requisitos previstos en el inciso 1o. del artículo 7o. de la Ley 71 de 1988, esto es, por aportes hechos en cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades de previsión social oficial de cualquier orden, y en el Instituto de los Seguros Sociales, cuando cumplan el requisito de la edad”.

En conclusión, “en virtud del artículo 7º de la ley 71 de 1988, la posibilidad de computar el tiempo servido en el sector público con el tiempo cotizado en el ISS, es un régimen pensional aplicable a quienes estuvieron vinculados laboralmente al sector oficial, a empleadores públicos y privados afiliados al I.S.S. o a ambos, y requieren de la suma de todos los aportes hechos, para reunir los requisitos para acceder al derecho de pensión.⁸

2.6. La pensión por aportes y la expedición de la Ley 100 de 1993.

En la regulación del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, se estableció, en la misma línea de lo que había dispuesto la Ley 71 de 1988, la posibilidad de acumular para efectos pensionales, los tiempos de servicios y de cotizaciones acumulados tanto en el sector público como en el sector privado. En efecto, la Ley 100 creó dos regímenes pensionales de libre elección por parte de los afiliados –el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual– y respecto de ambos contempló la posibilidad de que se tomara indistintamente el tiempo servido o cotizado como trabajador del sector privado o en calidad de servidor público.

Así, en el régimen de prima media, los requisitos de edad y tiempo de cotización para la pensión de vejez fueron establecidos en el artículo 33, y la misma norma señaló en párrafo que “para efecto del cómputo de las semanas” se debe tener en cuenta, entre otros, lo cotizado en cualquiera de los dos regímenes (lo cual comprende, entre otros, lo cotizado al Seguro Social o a cajas de previsión), el tiempo laborado como servidor público (así no se hubiera cotizado), así como el tiempo servido a empleadores privados que pagaban directamente pensiones.

⁸ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No. 1718 proferido el 9 de marzo de 2006. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

De otro lado, en el régimen de ahorro individual, la pensión de vejez se causa sin requisitos de edad y tiempo de servicios, con base en el capital acumulado en cuenta de ahorro pensional. La referida cuenta se nutre de cotizaciones obligatorias y voluntarias, los rendimientos financieros y el bono pensional. Con respecto a este último, la legislación dispone que el bono pensional por traslado al régimen de ahorro individual se causa por tiempo servido a entidades públicas, como también por el tiempo cotizado tanto al Seguro Social como a cualquier caja de previsión (Ley 100 de 1993, art. 118; D. L. 1299 de 1994, art. 2°).

Como se observa, la Ley 100 de 1993, al unificar los tiempos de servicio en los sectores público y privado para efectos pensionales, hizo en principio innecesaria la aplicación de la Ley 71 de 1988 para estos efectos. No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que la Ley 100 de 1993, al fijar nuevas reglas y requisitos para el reconocimiento de las pensiones, dispuso igualmente un régimen de transición pensional –en su artículo 36- conforme al cual quienes cumplieran determinados requisitos para ser sujetos de dicho régimen, tendrían derecho a que su pensión se reconociera con los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto o cuantía de la pensión del régimen que anteriormente les fuera aplicable.

En virtud del régimen de transición pensional establecido en la Ley 100 de 1993, es posible obtener la pensión de vejez conforme a las reglas del Seguro Social vigentes con anterioridad a la Ley 100, esto es, aplicando el último reglamento pensional del Seguro Social anterior a la mencionada ley, y que se consagró en el Acuerdo 049 de 1990 del ISS, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Igualmente, en virtud del régimen de transición, también es posible obtener la pensión de jubilación del sector público, tanto la del régimen general –establecida en la Ley 33 de 1985 como la que corresponda a los regímenes especiales oficiales vigentes con anterioridad a la Ley 100.

En este contexto del régimen de transición, es posible también para quienes no tienen los requisitos del Seguro Social, ni los requisitos de la pensión oficial anteriores a la Ley 100, pero son sujetos del régimen de transición, obtener la pensión de jubilación con la suma del tiempo cotizado al Seguro Social y el tiempo como cotizado servidor público a cajas de previsión. De esta manera, la pensión

de jubilación por aportes, creada en la Ley 71 de 1988, pasa a constituir una modalidad de pensión aplicable en virtud del régimen de transición pensional.

2.7. La reglamentación de la pensión de jubilación por aportes.

La Ley 71 de 1988, en lo que respecta a la pensión de jubilación por aportes, fue reglamentada inicialmente por el Decreto 1160 de 1989 (arts. 19 a 29). Esta reglamentación dispuso, entre otros aspectos, que no sería computable como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes el laborado en empresas privadas no afiliadas al ISS, ni tampoco “el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege” (art. 21). Esta limitación tenía lógica en el contexto de expedición de la Ley 71 de 1988 que ya se ha explicado.

Posteriormente, la reglamentación de la pensión de jubilación por aportes fue regulada por el Decreto 2709 del 13 de diciembre de 1994, que derogó la mayor parte de los artículos del anterior decreto relacionados con esta modalidad de pensión de jubilación. Como se observa, esta nueva reglamentación se expidió estando ya en vigencia el sistema de seguridad social integral establecido en la Ley 100 de 1993.

El artículo 1o del Decreto 2709 de 1994 preceptuó:

“ARTICULO 1o. PENSION DE JUBILACION POR APORTES. La pensión a que se refiere el artículo 7o. de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.

Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público”.

Respecto al monto de esta prestación, el artículo 8º del mismo Decreto señaló:

“ARTICULO 8o. MONTO DE LA PENSION DE JUBILACION POR APORTES. El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75 % del salario base de liquidación. El valor de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser

inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley”.

Adicionalmente, es importante recordar que el artículo 6º que determinaba el ingreso base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes con el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, fue expresamente derogado por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997.

El artículo 10 ibídem determina la entidad de previsión pagadora, con el siguiente tenor literal:

“La pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la última entidad de previsión a la que efectuaron aportes, siempre y cuando el tiempo de aportación continuo o discontinuo en ellas haya sido mínimo de seis (6) años. En caso contrario, la pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la entidad de previsión a la cual se haya efectuado el mayor tiempo de aportes.

PARAGRAFO. Si la entidad de previsión obligada al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes es la Caja Nacional de Previsión Social, el pago de dicha prestación lo asumirá el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional a partir de 1995.

Si las entidades de previsión obligadas al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes son del orden territorial, dicha prestación, en el evento de liquidación de las mismas, estará a cargo de la entidad que las sustituya en el pago”.

Respecto de qué tiempo se debe computar para efectos de la pensión de jubilación por aportes, el citado Decreto 2709 de 1994 estableció la misma restricción que traía la reglamentación anterior. Al respecto dispuso expresamente:

Artículo 5º. Tiempo de servicios no computables. No se computará como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes, el laborado en empresas privadas no afiliadas al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege.

Lo anterior significa que cuando se suma el tiempo de servicios de los sectores público y privado para efectos de la pensión de jubilación por aportes, la reglamentación estableció que sólo se toma en cuenta el tiempo cotizado al Instituto de Seguros Sociales con el cotizado a las cajas de previsión del sector

público, excluyéndose en consecuencia el tiempo servido a entidades privadas que no cotizaron en el ISS como también el tiempo laborado en entidades oficiales en las cuales no se efectuaron aportes a entidades de seguridad social (ya sea las cajas de previsión o el Seguro Social).

Dado que esta reglamentación del Decreto 2709 de 1994, que es la vigente, fue expedida cuando ya regían la Constitución Política de 1991 y el sistema de seguridad social integral de la Ley 100 de 1993, ha surgido el interrogante jurídico de si la restricción citada del artículo 5° debe aplicarse o no, si se tiene en cuenta que en el marco del sistema prestacional anterior a la afiliación a la seguridad social, concretamente para el servidor público, no era obligatoria sino facultativa de las entidades empleadoras, de modo que la ausencia de cotización ni le era imputable a los servidores de las entidades ni afectaban los derechos pensionales, dado que de todas maneras el empleado tenía derecho a las prestaciones, con o sin afiliación a las entidades de previsión.

Además es claro desde el punto de vista constitucional, que el derecho a la seguridad social es irrenunciable (C. P., art. 48), por lo cual en principio todo tiempo servido o cotizado a entidades públicas tiene vocación de aptitud para contabilizar los derechos pensionales.

Queda por precisar cuál es el salario base de liquidación de la pensión de jubilación por aportes. Al respecto debe señalarse que el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994 que establecía el salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes fue derogado de manera expresa por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997.

En cuanto a la forma como se establece la cuantía de la prestación que ordenó reconocerle, se tiene que el ingreso base de liquidación de la pensión por aportes, en relación con los beneficiarios del régimen de transición establecido en el Sistema de Seguridad Social en Pensiones será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley. Al respecto la Sección Segunda del H. Consejo de Estado ha señalado:

“Liquidación pensional

El artículo 8 del Decreto 2709 de 1998,-sic- reglamentario de la Ley 71, determinó el monto de la pensión de jubilación por aportes con el siguiente tenor literal:

“El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75 % del salario base de liquidación. El valor de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley”.

El ingreso base de liquidación fue establecido en el artículo 6 ibídem, con el siguiente tenor literal:

*“Salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes. El salario base para la liquidación de esta pensión, **será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley.***

Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho Instituto deberá certificar lo pagado por los citados conceptos durante el período correspondiente.”.

*La norma en mención fue derogada por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, que modificó a su vez el Decreto 1748 de 1995, que reglamenta la emisión, cálculo, y redención de bonos pensionales, que no es aplicable al sub lite por tratarse de una pensión reconocida aplicando los beneficios del régimen de transición, es decir, con base en la norma que regía con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones.”⁹
(El subrayado está fuera de texto)*

Siguiendo las directrices del precedente transcrito, quienes son beneficiarios del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, y hubieren prestado sus servicios para entidades de naturaleza pública y del sector privado cotizado al Instituto de Seguros Sociales por más de 20 años, tendrán derecho a una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, siempre que cumplan 60 años de edad o más si es varón y 55 años o más si es mujer, requisitos que cumplió a satisfacción el demandante.

Lo anterior significa que quien se pensiona con las reglas del régimen de transición debe hacerlo en su integridad bajo el régimen pensional en el que cumpla los requisitos de las correspondientes normas, ya sea sector privado,

⁹ Consejo de Estado - Sección Segunda -sentencia de 4 de Agosto de 2010. Expediente No. 25000-23-25-000-2004-01406-01 (1628-06). Demandante Antonio Barberena Saavedra contra el Instituto de Seguros Sociales. Magistrada Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez.

público o de jubilación por aportes. Por tanto, a la actora le asiste el derecho de acogerse a las previsiones de la Ley 71 de 1988 y además que se le apliquen los factores que conforman el ingreso base de liquidación (I. B. L.) previstos en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 del mismo año por acreditar 20 años como servidor público.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985, dispuso lo siguiente:

“Art. 1.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión 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.”

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

(....)

Parágrafo 2º: Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3º. En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley. (Negrita y Subrayado fuera del texto original).

De conformidad con lo expuesto, se infiere que la Ley 33 de 1985 contenía el régimen pensional aplicable al sector público sin distinción alguna; salvo en los siguientes eventos: 1) Cuando se ejercieran actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. 2) Cuando a la fecha de entrar vigencia de dicha ley, los empleados oficiales hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones que regían con anterioridad, y 3) Cuando los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia

de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiéndose por las normas anteriores.

Por su parte, la **Ley 62 de 1985**¹⁰, respecto de la base de liquidación de la Pensión de Jubilación estableció que cuando se trate de empleados de orden Nacional, se deberán tener para efectos de liquidar su pensión los siguientes emolumentos: Asignación Básica, Gastos de Representación, Primas de Antigüedad, Técnica, Ascensional y de Capacitación, Dominicales y Feriados, Horas Extras, Bonificación por Servicios Prestados, Trabajo Suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Ahora bien, la jurisprudencia tanto del Tribunal Administrativo de Cundinamarca como del Consejo de Estado, ha determinado que la naturaleza del listado contenido en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, es de carácter enunciativo, pues se debe entender como salario, todo lo que devenga el trabajador de manera periódica y permanente y que tenga como finalidad retribuir el servicio prestado por el trabajador (funcionario público).

En este punto, el Despacho considera importante citar la jurisprudencia del Consejo de Estado¹¹ en Sala de Consulta y Servicio Civil que sobre el tema precisó lo siguiente:

“(…) reiterando que para la liquidación de la pensión de jubilación de las personas en régimen de transición de la ley 100 de 1993 a quienes se aplica la ley 33 de 1985, deben tenerse en cuenta todos los factores constitutivos de salario y no solamente los enunciados en el artículo 3 de esta última, inclusive, entre otras, las primas de servicios, de navidad y de vacaciones. (...) En síntesis, en los asuntos de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, las primas de servicios, navidad y vacaciones de las personas a quienes se les aplique la ley 33 de 1985 deben ser tenidas en cuenta para la liquidación de sus pensiones”. (...) apoyándose en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, arribando a la conclusión que con el fin de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la referida norma no indica 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” (Negrita del Despacho).

¹⁰ “Por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 de 1985”

¹¹ Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA Bogotá D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012)
Radicación numero: 11001-03-06-000-2011-00049-00(2069):

La Ley 100 de 1993, instauró un Sistema de Seguridad Social, que derogó la mayoría de regímenes pensionales que se encontraban vigentes para su fecha de expedición, lo cual trajo como consecuencia, la modificación de los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que debían cumplir las personas; sin embargo, teniendo en cuenta las posibles **expectativas legítimas** de las personas que para el momento de entrada en vigencia de dicha norma se encontraban cerca de acceder a su derecho a la pensión y, previendo el tránsito de las diferentes normas pensionales, en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se consagró el **Régimen de Transición** que fijó las reglas para identificar en qué casos se pueden aplicar regímenes pensionales anteriores, así:

“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.

*<Aparte tachado INEXEQUIBLE> El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de 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. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere 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.
(...)” (Subraya y Negrita del Despacho).*

Acorde con lo expuesto, se tiene que el régimen de transición se aplica respecto de la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión previsto en el régimen anterior, siempre que al momento de entrar en vigencia el sistema (1 de abril de 1994), el beneficiario (cotizante) tenga treinta y cinco años o más de edad si son mujeres, o cuarenta o más si son hombres, o quince o más años de servicio cotizados.

Ahora bien, en lo referente a la aplicación de la Ley 33 de 1985, el Consejo de Estado, Sección Segunda, a partir del análisis de la naturaleza jurídica de la pensión de jubilación y los principios de progresividad y favorabilidad en materia laboral, estableció expresamente que:

De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica 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.

[...]

Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

En la Sentencia C-258 de 2013, la Corte Constitucional declaró 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 4 de 1992, así como la expresión «por todo concepto», comprendida en su párrafo y, declaró executable las restantes expresiones del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, relativas «al régimen pensional de los congresistas y de los demás servidores públicos a quienes les resulte aplicable».

En la sentencia antes referida, la Corte Constitucional ejerció su competencia de control de constitucionalidad en abstracto, por vía principal y ante acción popular ejercida contra el artículo 17 de la Ley 4 de 1992. La Corte Constitucional no consideró necesario cobijar con este fallo otras disposiciones legales, con las que hubiera podido integrar una proposición jurídica completa, para incluirlas en la parte resolutive de esa sentencia y declarar (a) su inexecutable; (b) su executable o, (c) su executable condicionada a determinada interpretación y alcance.

En sentido contrario, en la parte motiva de dicha Sentencia, la Corte Constitucional precisa:

*“En este orden de ideas, el análisis de constitucionalidad que se llevará a cabo en esta providencia se circunscribe al régimen pensional especial previsto en el precepto censurado, el cual es aplicable a los Congresistas y los demás servidores ya señalados. Por tanto, **en este fallo no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas, entre otros**¹². En consecuencia, lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados.”*

Y destaca, con razón, que:

*La anterior aclaración se soporta en varias razones: En primer lugar y como indicó la Sala, **la acción pública tiene un carácter rogado, por tanto, sería contrario a la configuración constitucional de la acción que este Tribunal extendiera su análisis a otros regímenes dispuestos por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4 de 1992. En segundo lugar, cada régimen especial cuenta con una filosofía, naturaleza y características específicas, sin que sea posible extender de forma general lo aquí analizado en relación con el régimen especial de Congresistas. En efecto, todos los regímenes especiales, precisamente al ser especiales, son distintos entre sí y por tanto, ameritan cada uno un análisis diverso.***

Por estas mismas razones, no es procedente la integración normativa con disposiciones legales que establecen o regulan otros regímenes especiales, ni con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que consagra el régimen de transición. Cabe señalar frente a este último, que la demanda de inconstitucionalidad propuesta por los ciudadanos no tiene por objeto atacar la existencia misma del régimen de transición, sino del régimen especial dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992.” (subrayados y negrillas fuera de texto).

En las sentencias de unificación SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016 la Corte Constitucional considera que en la sentencia de constitucionalidad C-258 de 2013 esa Corporación sentó un precedente aplicable a todos los regímenes especiales de pensión y no solamente al régimen pensional especial de los Congresistas y asimilados.

En Sentencia SU-230 de 2015 la Corte Constitucional indicó:

¹² «Estos se encuentran, entre otras disposiciones, en la Ley 32 de 1961, el Decreto 69 de 1973, los decretos 1282 y 1302 de 1994, la Ley 33 de 1985, el Decreto 1045 de 1975, el Decreto Ley 2661 de 1960, la Ley 6 de 1945, la Ley 22 de 1942, el Decreto 902 de 1969, el Decreto 546 de 1971 y el Decreto 1660 de 1978.»

“Así pues, la sentencia C-258 de 2013, 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 providencia SU-427 de 2016, se reitera en lo esencial lo sostenido por la Corte Constitucional en la mencionada Sentencia SU-230 de 2015, señalando que en la Sentencia C-258 de 2013, al estudiar la constitucionalidad de la expresión «durante el último año» contenida en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, esa Corporación fijó una interpretación clara de la aplicabilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo relacionado con el cálculo del ingreso base de liquidación de las pensiones de las personas que fueran beneficiarias del régimen de transición.

Tal como lo sostiene la Sección Segunda del Consejo de Estado¹³ en reciente sentencia de extensión de jurisprudencia en argumentos que acoge este Despacho:

“Contrario a la expresado en las sentencias SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016, la Sentencia C-258 de 2013 la Corte Constitucional no cobija, ni puede cobijar, «regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas».

Esto es, la Sentencia C-258 de 2013:

(i) No extiende su análisis, ni podía hacerlo, «a otros regímenes dispuestos por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4 de 1992», como son los regímenes que se encuentran «en la Ley 32 de 1961, el Decreto 69 de 1973, los decretos 1282 y 1302 de 1994, la Ley 33 de 1985, el Decreto 1045 de 1975, el Decreto Ley 2661 de 1960, la Ley 6 de 1945, la Ley 22 de 1942, el Decreto 902 de 1969, el Decreto 546 de 1971 y el Decreto 1660 de 1978».

(ii) En la parte resolutive no declaró, ni podía hacerlo porque no era la norma demandada en ejercicio de la acción pública de

¹³ Consejo de Estado, SALA DE LO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. Bogotá D. C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13). Actor: LUIS EDUARDO DELGADO. Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN. PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP).

inconstitucionalidad, la constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 condicionada a una determinada interpretación y alcance.

(iii) En la parte motiva no fijó, ni podía hacerlo, una interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 extendible a otros regímenes «dispuestos por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4 de 1992», pues una interpretación de una norma legal en tal caso sólo sería vinculante en cuanto fundamentara de manera directa e inescindible la decisión contenida en la parte resolutive que sólo cobija el mencionado artículo 17 de la Ley 4 de 1992.»

(....)

(ii).- De acuerdo con el artículo 48 de la Ley 270 de 1996 las sentencias dictadas por la Corte Constitucional en el control de constitucionalidad de las normas legales (también llamadas "C"), sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive (y en la parte motiva sí y solo si ésta fundamentara de manera directa e inescindible la decisión contenida en la parte resolutive), en tanto que las adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes y su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces. La única sentencia tipo C emanada de la Corte Constitucional que podría vincular a esta Corporación sobre el tema es la C-258 de 2013, pero ella se refiere exclusivamente al sentido y alcance del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, que no es el caso que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad. Las sentencias SU 230 de 2015 y SU 427 de 2016, son sentencias de tutela, que a pesar de producir efectos interpartes, están llamadas a ser aplicadas con carácter vinculante en las salas de revisión de tutelas de la propia Corte Constitucional y en las demás cortes, tribunales y juzgados del país, en tanto y en cuanto estén referidas a la aplicación y alcance de las normas constitucionales y, en especial, a los derechos fundamentales (doctrina constitucional integradora).

(iii).- Las tesis plasmadas en las sentencias de unificación proferidas el 4 de agosto de 2010 y del 25 de febrero de 2016 por la Sección Segunda de esta Corporación, se inscriben dentro del sistema de fuentes del derecho y tienen carácter prevalente y vinculante, a la luz de lo dispuesto en los artículos 10, 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011.

(iv).- De acuerdo con el párrafo del artículo 334 de la Constitución Política «bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva». No se puede favorecer la sostenibilidad fiscal, como se sostiene en las sentencias SU en mención, a cambio del menoscabo de los derechos fundamentales de los pensionados, relacionados con la reliquidación y reajuste de su prestación social, los cuales tienen incidencia en los derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y a la dignidad humana, entre otros.

(v).- El artículo 53 constitucional consagra el principio de favorabilidad al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las

fuentes formales de derecho. La jurisprudencia del Consejo de Estado garantiza de manera efectiva los derechos de las personas asalariadas de quienes han consagrado su vida y su fuerza laboral al servicio de la sociedad, con la expectativa legítima de obtener una pensión de jubilación justa que refleje su trabajo y su esfuerzo y no por ello puede considerarse un abuso del derecho, fraude a la ley o existencia de conductas ilícitas o amañadas.

(vi).- El régimen salarial y prestacional de los servidores públicos no es intangible, se puede modificar; sin embargo, para no vulnerar derechos adquiridos ni expectativas legítimas y ciertas, el ordenamiento jurídico prevé regímenes de transición. El régimen de transición pensional de todos los servidores públicos y privados es inescindible, contempla beneficios que no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad y no se puede aplicar por partes sino en toda su extensión, so pena de crear un régimen híbrido y atípico. De conformidad con las nítidas voces del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el régimen de transición allí contenido comprende edad, tiempo de servicio y monto de la prestación²⁸ y, en lo que toca con este último punto, ha considerado la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado que abarca factores salariales, porcentaje y tiempo a tomar en cuenta para su liquidación²⁹. El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no contempla el concepto de «tasa de reemplazo», contenido en la sentencia SU 427 de 2016, pero si contempla el de «monto» como elemento constitutivo del régimen de transición.

(vii) Al haber normas especiales que regulan el monto de la pensión de jubilación de las personas que están amparadas por el régimen de transición, deben aplicarse estas y no la norma general contenida en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. ...”

(viii).- Aplicar un criterio distinto al señalado en las sentencias de unificación del Consejo de Estado, conlleva una regresión de los derechos laborales...”

Dicho lo anterior, procede el Despacho, a revisar los elementos probatorios del caso en particular.

3. CASO CONCRETO

De lo demostrado en el proceso, se tiene que la señora **María Teresa Garzón Sotelo**, nació el **10 de septiembre de 1949**, según consta en copia de cedula de ciudadanía obrante a folio 25 del plenario, por tanto, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994), la demandante contaba con **más de 35 años de edad**, de lo que se infiere que aquella **es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100/93 (Art.36).**

Igualmente, consta del análisis de los documentos obrantes en el expediente, que la accionante se desempeñó tanto en el sector público como en el sector privado por más de 20 años, por ello, CAJANAL le reconoció la pensión de jubilación por aportes, como se verifica de la revisión de la resolución N°. 21989 de 09 de mayo de 2006 (folios 2-6).

Se observa que la Caja Nacional de Previsión Social, mediante la resolución N°. 21989 de 09 de mayo de 2006, liquidó la pensión de jubilación a la señora María Teresa Garzón Sotelo, de conformidad con la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1995, respecto del monto de la pensión, de lo que se deduce que, **no aplicó en su integridad el régimen pensional de transición del que es beneficiaria la demandante**, como quiera que no tuvo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, al contrario, dicha entidad para calcular el IBL tomó solamente como factores salariales el sueldo y la bonificación por servicios devengados en los 6 años , 10 meses y 28 días anteriores a la fecha del retiro.

Del certificado de sueldos expedido por la Secretaría de Educación Distrital, visible a folio 17 del expediente, se acredita que la señora María Teresa Garzón Sotelo, en el último año de servicios (**27 de febrero de 2000 al 26 de febrero de 2001**), percibió los siguientes factores salariales: Asignación Básica, Bonificación por Servicios, Prima Semestral, Prima de Navidad, Prima de Vacaciones, Bonificación por Recreación y Auxilio de Transporte.

Así las cosas, observa el Despacho que la entidad demandada vulneró el ordenamiento jurídico, toda vez que no incluyó en la liquidación pensional todos los factores salariales devengados por la señora María Teresa Garzón Sotelo en el último año de servicios, por lo tanto, le asiste el derecho a la demandante que se le reliquide su pensión de jubilación aplicando en su integridad el régimen previsto en la Ley 71 de 1988 en concordancia con las Leyes 33 y 62 de 1985.

Advierte este Juzgador que la bonificación por recreación (también certificada) aunque fue devengada en el último año de servicios, no se podrá incluir como factor para efectos de reliquidar la pensión, pues tal cual como lo ha reiterado la jurisprudencia, dicho emolumento no constituye retribución directa del servicio y está a su vez excluido explícitamente por el ordenamiento jurídico como factor

salarial¹⁴, constituyéndose lo anterior en razones suficientes para desestimar su inclusión como factor, para la reliquidación de la pensión de jubilación que percibe la demandante.

Respecto de los factores salariales de "*Bonificación por Servicios, Prima de Semestral de Junio, Prima Semestral de Diciembre, Prima de Vacaciones y Prima de Navidad*", el Despacho acoge la tesis del Consejo de Estado, en la que establece lo siguiente que se toma por doceavas partes por ser emolumentos que se perciben una sola vez en el año, así:

"(...) La estimación de la bonificación por servicios al momento del cálculo de la pensión debe hacerse en una doceava parte y no sobre el 100% del valor percibido por ese concepto en consideración a que su pago se hace de manera anual y la mesada pensional se calcula con la proporción mensual de "todos los factores salariales devengados en el último año". (...) ¹⁵."

"(...) y precisando que la prima de navidad y prima de vacaciones debe incluirse en su doceava parte, comoquiera que se causan anualmente y cuando la norma habla del promedio devengado, se refiere al salario mensual (...)"

De otra parte, es de precisar que el Despacho no encuentra prueba alguna de que los factores salariales sobre los que se ordenó reliquidar la pensión, se efectuaron los aportes en pensiones, motivo por el cual deberá la entidad accionada en el evento de no haberlo hecho, al momento de efectuar la reliquidación respectiva, realizar el descuento sobre los emolumentos que se ordenan reconocer mediante esta providencia.

En relación con las deducciones, ha sostenido el Consejo de Estado¹⁶ que "*... en el evento de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, la Caja deberá realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes.*"

Así las cosas, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN

¹⁴ Sentencia del 4 de agosto de 2010 Consejo de Estado, M.P. Hernando Alvarado Ardila. Radicación 25000-23-25- 000-2006-07509-01(0112-09).

¹⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez (E), sentencia de 27 de febrero de 2014, Radicación número: 17001-23-31-000-2010-00405-01(1896-13), Actor: Gloria Cecilia Patiño Gutiérrez, Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, sala de lo contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Alberto Arango Mantilla, sentencia del 29 de mayo de 2003, rad: 2009-2990-01(4471-02)

SOCIAL, deberá al momento de efectuar el pago, hacer las respectivas compensaciones sobre los factores salariales que son objeto de reconocimiento en la presente providencia.

Sobre la deducción de aportes, la parte demandante en los alegatos de conclusión solicitó se decrete la prescripción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 817 del Estatuto Tributario.

Al respecto, debe señalar este juzgador que lo solicitado por la parte demandante, en sí mismo constituye una nueva pretensión, sobre la cual la entidad demandada no tuvo la oportunidad para pronunciarse ni en sede administrativa ni en sede judicial, razón por la cual, no es posible acceder a la misma, pues de así hacerlo se estaría vulnerando la congruencia que debe existir entre la demanda en sus hechos y pretensiones con la sentencia, así como también, el derecho de defensa de la entidad demanda.

Por otro lado, y en gracia de discusión, se tiene que la sentencia aquí proferida frente a la entidad demandada, y respecto de los descuentos por aportes sobre los nuevos factores tiene el carácter de declarativa, por ello, los derechos que de allí se deriven solo prescribirán con posterioridad a la sentencia, siempre que se cumplan los supuestos normativos para que dicha figura opere, y no como lo pretende la parte demandante, en forma retroactiva a la sentencia.

En gracia de discusión, el despacho advierte que no desconoce el reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional, en sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015¹⁷, en la cual se determinó:

“(...) el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en el régimen general, las que deben aplicarse para establecer el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca” reafirmando la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C-258 de 2013; lo que conllevaría a pensar que en los asuntos como el que aquí se debate, deberá reliquidarse la pensión de jubilación, atendiendo al promedio del salario devengado durante los últimos 10 años de servicio.(...)”.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU-230 de 29 de abril de 2015, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Exp. N° T-3.3558.256.

La citada providencia, así como la SU-427 de 2016, que reiteró los argumentos expuestos en la sentencia C-258 de 2013, por medio de la cual se analizó la constitucionalidad de los beneficios y condiciones especiales del régimen de los Congresistas establecido en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, cuyos efectos continuaron vigentes en virtud del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 25 de febrero de 2016, radicado: 25000-23-42-000-2013-01541-014683-13, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, se apartó de la interpretación efectuada por la Corte Constitucional en la referida sentencia de acuerdo a las siguientes consideraciones:

“(...) Quiere en esta oportunidad el Consejo de Estado señalar que de conformidad con lo expuesto y como se expresó con anterioridad en esta providencia, el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional comprende la base (Generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%). La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4ª de 1992, en virtud de la Cosa Juzgada Constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013 (...)

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

1) *La complejidad de los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición, hace altamente razonable la interpretación que tradicionalmente ha tenido esta Corporación respecto de la expresión “monto” contenida como criterio general en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.*

2) *Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencias de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica. La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional. El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico, que en todo caso ya se asumió para la generalidad de los pensionados, quedando muy pocos pendientes de esa decisión. Debe recordarse que el acto legislativo N.º 1 de 2005, además el concepto de sostenibilidad financiera del*

sistema pensional, dispuso que el Estado “asumirá la deuda pensional que este a su cargo”

3) *Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas.*

4) *Finalmente, la corte no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en forma expresa, en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le será aplicable, dado que como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a defender sus posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema”.*

Lo anterior permite concluir que aun con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en sentencias SU-230 del 29 de abril de 2015 y SU-427 de 2016 en sede de tutela, el Consejo de Estado ratificó la aplicación de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010¹⁸, y más recientemente la unificación de jurisprudencia de 25 de febrero de 2016¹⁹ tanto en la extensión de jurisprudencia de 24 de noviembre de 2016²⁰, como en la sentencia de remplazo de 9 de febrero de 2017²¹, razón por la cual, el despacho seguirá aplicando el precedente jurisprudencial del órgano de cierre de esta Jurisdicción que la misma Corte Constitucional ha acogido en pretérita oportunidad como línea jurisprudencial en Salas de revisión de Tutela²² y que señala que **se vulneran los derechos pensionales cuando no se aplica en su integridad el régimen especial en el**

¹⁸ Es una de las sentencias de unificación jurisprudencial que han servido de base para extender los efectos de la misma a pensiones que deben reliquidarse aplicando de manera íntegra el régimen de transición, incluyendo los factores salariales que habitualmente y de forma periódica se percibieron en el último año de servicios del empleado público, sentencia que se aplica por los funcionarios de la jurisdicción de lo contencioso administrativo como precedente de la interpretación en relación a la forma en que se debe calcular el ingreso base de liquidación para el reconocimiento pensional de los servidores públicos cobijados por los regímenes de transición.

¹⁹ Radicado: 25000-23-42-000-2013-01541-014683-13, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve

²⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13). Actor: Luis Eduardo Delgado.

²¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Consejero Ponente: César Palomino Cortés. Bogotá D.C., nueve (9) de febrero dos mil diecisiete (2017). Radicado: 250002342000201301541 01. Número Interno: 4683-2013. Demandante: Rosa Ernestina Agudelo Rincón. Demandados: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales y de la Protección Social Universidad Pedagógica Nacional.

²² Es posible afirmar que existe una línea jurisprudencial consolidada de las Salas de Revisión de Tutela (T-472 de 2000, T-1122 de 2000, T-235 de 2002, T-631 de 2002, T-1000 de 2002, T-169 de 2003, T-625 de 2004, T-651 de 2004, C-754 de 2004, T-830 de 2004, C-177 de 2005, T-386 de 2005, T-1160 de 2005, T-147 de 2006, T-158 de 2006, T-621 de 2006, T-910 de 2006, T-1087 de 2006, T-251 de 2007, T-529 de 2007, T-711 de 2007, T-1001 de 2008, T-143 de 2008, T-180 de 2008, T-248 de 2008, T-019 de 2009, T-610 de 2009) cuya *ratio decidendi* precisa que **se vulneran los derechos pensionales cuando no se aplica en su integridad el régimen especial en el que se encuentra amparado el beneficiario del régimen de transición, y en los eventos en que se desconoce que el monto y la base de liquidación de la pensión forman una unidad inescindible**, y por tanto, debe aplicarse la totalidad de lo establecido en el régimen especial y no lo consagrado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. (Se subraya y resalta).

que se encuentra amparado el beneficiario del régimen de transición, y en los eventos en que se desconoce que el monto y la base de liquidación de la pensión forman una unidad inescindible, y por tanto, debe aplicarse la totalidad de lo establecido en el régimen especial y no lo consagrado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. (Se subraya y resalta).

Amén de lo anterior debe señalarse que, como el régimen pensional de la señora María Teresa Garzón Sotelo era el contemplado en la Ley 71 de 1988 concordante con la Ley 33 de 1985 y no el establecido para los congresistas, magistrados de altas cortes y otros altos funcionarios (Ley 4 de 1992), la sentencia C-258 de 2013 no resulta aplicable al presente asunto.

Sin embargo, como la Corte Constitucional mediante Auto 326 de 2014²³, reafirmó la interpretación que sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 había fijado la sentencia C-258 de 2013, según la cual 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 IBL, es preciso advertir que en este caso no se desconoce dicho precedente, por cuanto la peticionaria adquirió su derecho pensional con anterioridad a ese pronunciamiento, en razón a lo siguiente:

Observa el Despacho que la señora María Teresa Garzón Sotelo nació el 10 de septiembre de 1949 y, trabajó al servicio del Estado y de instituciones del sector privado durante más de 20 años, razón por la cual, le fue reconocida la pensión por aportes mediante la Resolución N°. 21989 de 09 de mayo de 2006, en calidad de beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Anota el Despacho que en el presente asunto se cumplen los supuestos del párrafo 4 transitorio del Acto legislativo 1 de 2005, esto es, que para el 25 de julio de 2005, la demandante contaba con al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto

²³ En ese Auto, la Corte resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T -078 de 2014 señalando que: "En efecto, en esa oportunidad la Sala Plena declaró inexecutable la expresión "durante el último año", contenida en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, razón por la cual sobre este aspecto del régimen especial se predica la existencia de la cosa juzgada constitucional; sin embargo, a pesar de que la sentencia de constitucionalidad no extendiera sus efectos de cosa juzgada a los demás regímenes pensionales, lo cierto es que para declarar la inexecutable mencionada, la Sala Plena hizo una interpretación autorizada -que integra la ratio decidendi de la sentencia- del artículo 21 y del inciso 3° del artículo 36 del régimen general de pensiones contenido en la Ley 100/93, por lo tanto, constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio, que en la Sentencia T-078 de 2014 fue seguido de forma estricta por la Sala Segunda de Revisión".

Legislativo, dado que en total cotizó 1228 semanas, por tanto, se encuentra en la excepción allí prevista para el reconocimiento del régimen de transición.

Lo anterior evidencia, sin ningún asomo de duda que la señora María Teresa Garzón Sotelo adquirió su estatus pensional antes de haber sido proferida la sentencia C-258 de 2013, así como la SU-230 de 2015 dado que cumplió los requisitos exigidos para ello el día 10 de septiembre de 2004. En ese sentido, aplicar en este caso la referida tesis jurisprudencial implicaría aplicar de manera retroactiva dicha providencia, lo cual no es de recibo porque, a menos que la Corte Constitucional module sus efectos, las sentencias que esa Corporación profiere deben ser aplicadas a partir del momento de su publicación²⁴.

Así las cosas, los parámetros establecidos en la sentencia C-258 de 2013, no resultan aplicables a aquellas pensiones consolidadas con anterioridad a su expedición, en razón a que constituyen derechos adquiridos, los cuales solo pueden ser modificados luego de agotar el procedimiento dispuesto en la ley para los casos en que las pensiones fueron reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley

A lo expuesto ha de agregarse que esta providencia se profiere con base en la normativa y jurisprudencia vigente para el caso concreto y en aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral contemplado en el artículo 53 Superior y aplica la *ratio decidendi* reiterada en forma uniforme, constante y actual por parte del máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Al respecto bien vale la pena traer en cita lo afirmado en la sentencia SU-691 de 2011, referida a la disparidad de criterios interpretativos existente entre la Corte Constitucional, que deriva su interpretación de la norma constitucional, y el Consejo de Estado que lo hace en salvaguarda del principio de legalidad en un tema controversial como lo fue los actos de retiro de los empleados provisionales, argumentación conclusiva que resulta aplicable a este tema del IBL aplicable al régimen de transición. Dijo en aquella oportunidad la Corte en su *ratio decidendi*:

“(…) 4.3. *A modo de conclusión*

²⁴ Sentencia T-615 de 2016

La Sala Plena considera necesario precisar que, la existencia de distintas posturas jurisprudenciales en materia de motivación de los actos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera son acordes con la dinámica interpretativa del derecho.

En efecto, no resulta extraño que dos jurisdicciones, la constitucional y la administrativa, hayan elaborado, a lo largo de los años, unas líneas jurisprudenciales distintas sobre un mismo tema. Tal fenómeno suele explicarse por la razón histórica que determinó el surgimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo: la defensa del principio de legalidad.

En tal sentido, si bien es cierto que la expansión del principio de supremacía constitucional ha irradiado a toda la jurisdicción en Colombia, y por ende, los fallos de los jueces administrativos consultan igualmente el espíritu de la Constitución, también lo es que, en su quehacer interpretativo y argumentativo la ley sigue ocupando un lugar de primer orden. Por el contrario, el juez constitucional, al no encontrarse atado por el texto de aquélla, ni ser tampoco el llamado a interpretarla y aplicarla en casos concretos, suele adelantar una lectura distinta de las cláusulas de derechos fundamentales.

Desde esta perspectiva, no existe responsabilidad alguna de los jueces administrativos por la elaboración de una jurisprudencia constante sobre un determinado punto de derecho. En efecto, la interpretación y aplicación razonables que los jueces administrativos han realizado de los textos legales que rigen la función pública en Colombia no puede ser considerada como una fuente de responsabilidades ni personales ni estatales.(...) “ (Corte Constitucional Sentencia SU-691/11)

Para el caso, la interpretación y aplicación razonables que los jueces administrativos han realizado de los textos legales que rigen el régimen de transición no puede ser considerada como una fuente de responsabilidades ni personales ni estatales, dado que ha sido constante, uniforme y reiterada.

Por lo anterior, se ordenará a la entidad demandada a reliquidar la pensión de jubilación reconocida a la señora María Teresa Garzón Sotelo, la cual deberá realizarse con **el 75 % de todos los factores salariales devengados durante en el último año de servicios, siendo actualizados (indexados) a la fecha de adquisición del status pensional.**

Por las razones que anteceden, y al haberse desvirtuado la presunción de legalidad de los actos acusados, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – U.G.P.P.- , pagará a la demandante la diferencia entre

la nueva liquidación y las sumas pagadas por Pensión de Jubilación por Aportes, ajustadas, teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la accionante de la correcta liquidación de su pensión de jubilación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la acusación de cada uno de ellos.

Prescripción

Sea lo primero indicar que la prescripción es una sanción procesal a la inactividad de la parte interesada, respecto del reconocimiento del derecho pretendido.

Ahora bien, por regla general, las pensiones son imprescriptibles por cuanto el derecho se reconoce a título vitalicio; sin embargo, dicha figura procesal opera sobre las **mesadas pensionales o reliquidación de las mismas**, que no se hubiesen reclamado en tiempo. Al respecto, el Decreto 3135 en su artículo 41, dispone:

“Artículo 41º.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”.

Igualmente, el artículo 102 del Decreto 1868 de 1969, respecto el término de prescripción dispone:

“Artículo 102º.- Prescripción de acciones.

- 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*
- 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.”*

Atendiendo lo dispuesto en las normas precitadas, se tiene que en el presente caso, la prescripción se interrumpió con la reclamación presentada por la señora María Teresa Garzón Sotelo ante la entidad demandada el día **17 de diciembre de 2014** (folios 18-21), lo que quiere decir, que a la luz de la norma transcrita, las diferencias de las mesadas causadas con anterioridad al **17 de diciembre de 2011**, se encuentran prescritas.

Condena en costas.

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala 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 Código de Procedimiento Civil.”*

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir, mandar, proveer”, es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar de manera consecencial en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Ha precisado el Honorable Consejo de Estado en diversas decisiones de distintas Secciones²⁵ la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración mínima o juicio de ponderación subjetiva de la conducta procesal asumida por las partes y la comprobación de su causación. Señala que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó de manera parcial el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ibídem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

Corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. Luego de ello, si hay lugar a imposición, el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución

Así las cosas, en el presente caso, frente al resultado adverso a los intereses de la parte vencida, se tiene que el derecho a la defensa ejercido por la demandada

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: Cesar Palomino Cortes. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14). Actor: Manuel Wadis Rodríguez Jiménez. Demandado: Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social – UGPP.

* Subsección B. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D. C., tres (3) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: Teresa Elena Sánchez Bermúdez. Demandado: Administradora Colombiana De Pensiones (COLPENSIONES).

* Subsección B. Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Bogotá, D. C., diecinueve (19) de enero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: Ana Orfilia Palacios De Mosquera. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (Ugpp).

* Sección Cuarta. Consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: COOPERATIVA DE CONSUMO. Demandado: MUNICIPIO DE MEDELLIN.

estuvo orientado a la protección del acto acusado, el cual estaba revestido de presunción de legalidad.

De igual forma, en lo que respecta a la actividad judicial propiamente dicha, no se observa que la parte vencida haya empleado maniobras temerarias o dilatorias en la defensa de sus intereses, razón suficiente para abstenerse de imponer condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada.

SEGUNDO: DECLARAR la **NULIDAD** de las resoluciones Nos. RDP 013661 de 09 de abril de 2015 y RDP 027071 del 2 de julio de 2015, proferidas por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – U.G.P.P -, por medio de las cuales se le negó la reliquidación de la pensión por aportes a la señora **MARÍA TERESA GARZÓN SOTELO**, identificada con la Cédula de Ciudadanía N°. 41.514.477 expedida en Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – U.G.P.P -, a:

1. **Efectuar una nueva liquidación** de la pensión de jubilación por aportes que percibe la señora **MARÍA TERESA GARZÓN SOTELO**, identificada con la Cédula de Ciudadanía N°. 41.514.477 expedida en Bogotá, con el 75% de todos los factores salariales que aquella devengó en el último año de servicios (**27 de febrero de 2000 hasta el 26 de febrero de 2001**), a

saber: Asignación Básica, Bonificación por Servicios (1/12), Prima Semestral (1/12), Prima de Navidad (1/12), Prima de Vacaciones (1/12), y Auxilio de Transporte.

- a) **PÁGUESE** a la señora **MARÍA TERESA GARZÓN SOTELO**, identificada con la Cédula de Ciudadanía N°. 41.514.477 expedida en Bogotá, las diferencias que resulten entre lo pagado por la entidad y la nueva reliquidación ordenada en esta sentencia a partir del **10 de septiembre de 2014**. Las diferencias que resulten se ajustaran de conformidad con la formula ya señalada.
- b) Declarar probada la excepción de prescripción, por tanto, las diferencias causadas en favor de la demandante con anterioridad al **17 de diciembre de 2011**, se encuentran prescritas
- c) En caso de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, deberá efectuar los descuentos correspondientes por razón de los aquellos, debidamente indexados al momento de pagar las mesadas correspondientes.

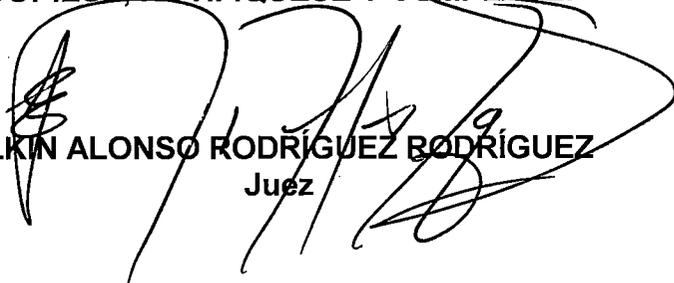
CUARTO: Se ORDENA dar cumplimiento a esta providencia con observancia de lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

QUINTO: No hay lugar a la condena en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: Contra la presente providencia proceden los recursos de Ley.

SÉPTIMO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría, devuélvase al interesado el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez