

REPUBLICA DE COLOMBIA**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

EXPEDIENTE N°.: 1100133357012014001300
DEMANDANTE: MAGNOLÍA OROZCO DE ORTIZ
**DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – 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 MAGNOLIA OROZCO DE ORTIZ, identificada con C.C. N°. 40.756.195 expedida en Florencia (Caquetá), 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 DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – U.G.P.P. -, con el fin de que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

De la demanda se tienen las siguientes:

“1º.- Que se declare que es parcialmente nulo el ARTÍCULO PRIMERO de la resolución No. 1621 del 13 de agosto de 2.010, proferida por LA SUBDIRECTORA DE PRESTACIONES ECONÓMICAS de la CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES “CAPRECOM”, por medio de la cual se le reconoció a MAGNOLIA OROZCO DE ORTIZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 40.756.195 de Florencia la pensión de jubilación bajo la modalidad de 20 años de servicio al Estado y 55 años de edad, en cuantía de UN MILLON OCHOCIENTOS TRECE MIL SEISCIENTOS TRES PESOS (\$ 1.813.603,00) M/CTE, a partir de la fecha en que demuestre retiro definitivo del servicio oficial, toda vez que, si bien es cierto, se reconoció y ordenó su pago en acatamiento de lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, también lo es, que al momento de liquidarla no se le dio aplicación en su integridad a la misma, violándose el principio de inescindibilidad de la norma, pues de la precitada ley 33 del 85 solo se aplicó lo relacionado con la edad y tiempo de servicios y en lo relacionado con el monto de la pensión le dio aplicación al decreto 1158 de 1994, ley 100 de 1993 y a la Ley 797 de 2003, cuando debió liquidarla con el 75% pero del promedio de todos los factores salariales devengados durante su último año de servicios.

2º.- Que se declare que es NULA la resolución No. RDP 017871 del 06 de junio de 2.014, proferida por LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL “UGPP”, con la cual le negó la solicitud de re liquidación de la pensión a mi mandante.

3º.- Que se declare que es NULA la resolución No. RDP 025112 del 14 de agosto de 2.014, proferida por LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL “UGPP”, con la cual desató el recurso de apelación interpuesto contra la resolución inmediatamente anterior, confirmando en todas y cada una de sus partes la misma.

4º.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se CONDENE a LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL “UGPP”, a reliquidar legalmente la pensión reconocida a MAGNOLIA OROZCO DE ORTIZ ya identificada y a ordenar el pago con el 75% del promedio de todos los factores salariales que devengó y le fueron pagados por todo concepto durante el último año de servicio, (1º de enero de 2010 al 31 de diciembre de 2010), para lo cual se deben tener en cuenta los factores salariales siguientes: Asignación Básica Mensual (\$ 22.411.288,00), Ajuste de Sueldo (\$157.107,00), Vacaciones en Tiempo (\$ 1.575.741,00) Prima de Vacaciones (\$ 1.074.369,00) Bonificación por Recreación (\$ 133.541,00) Prima de Servicios (\$ 1.046.429,00) Prima de Navidad (\$ 2.238.269,00) Bonificación por Servicios (\$ 701.089,00) Bonificación Especial de Diciembre (\$ 1.001.556,00) y los factores de Vacaciones por Retiro (\$ 1.829.450,00), Prima de Vacaciones (\$ 1.318.057,00), Bonificación por Recreación (\$ 160.620,00) y Prima de Servicios (\$ 515.384,00) que fueron pagados mediante la resolución No. 1083 del 24 de mayo de 2.011, expedida por el Ministerio de Comunicaciones y que hacen parte de los factores

salariales devengados en el año anterior (2.010) en cuantía de \$ 2.135.181,00, o del valor superior que resulte después de liquidarla, efectiva a partir del 1° de enero de 2011, con aplicación integral del régimen de transición que remite a aplicar en su integridad la Ley 33 y 62 de 1985, en especial lo ordenado en la SENTENCIA UNIFICADORA Radicación No. 25000-23-25-000-2006-07509-01-(0112-09) del cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010) Consejero Ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, Actor: LUIS MARIO VELANDIA (...)

6°.- Que se condene a la demandada a pagar a favor de mi mandante las diferencias entre las mesadas ya recibidas por pensión de jubilación y las que legalmente resulten de la nueva liquidación, junto con las diferencias de las mesadas 13 y 14 a partir del momento en que demostró retiro del servicio (01 de enero de 2.008) y hasta cuando se haga efectivo el pago (inclusión en nómina), con los reajustes automáticos e indexaciones de ley, conforme a lo ordenado por el artículo 14 y 288 de la Ley 100 de 1993, 53 de la Carta Magna y 187 párrafo cuarto de la ley 1437 de 2011, (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), en los términos indicados en el numeral anterior y dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H), que es lo dejado de percibir por el demandante 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 la sentencia, 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 periodo.

7°.- Se ordene a la demandada que a la condena se le dará cumplimiento en un plazo máximo de diez (10) meses contados a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia, conforme a lo indicado en el inciso segundo del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) y demás normas concordantes vigentes.

8°.- Que se ordene a la demandada que la condena en firme, devengará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, conforme a lo ordenado en el inciso tercero del artículo 192 y numeral 4° del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) y demás normas concordantes.

9°.- Que conforme a lo estatuido en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (ley 1437 de 2011), se condene en costas a la demandada, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil. (...).

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los hechos que a continuación se exponen:

"1°.- La señora MAGNOLIA OROZCO DE ORTIZ, nació el 22 de octubre de 1954.

2º.- La señora OROZCO DE ORTIZ, al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones (1º de abril de 1.994), contaba con más de 35 años de edad, lo que lo hace beneficiaria del Régimen de Transición previsto en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

3º.- Mi mandante prestó sus servicios al Estado durante más de 29 años, así:

- A la CAMARA DE REPRESENTANTES desde el 1º de septiembre de 1.978 hasta el 30 de diciembre de 1.978.
- A la CAMARA DE REPRESENTANTES desde el 1º abril de 1.979 hasta el 30 de noviembre de 1.988.
- A FONPRECOM desde el 1º de diciembre de 1.988 hasta el 12 de octubre de 1.992.
- Al MINISTERIO DE COMUNICACIONES HOY MINISTERIO DE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES desde el 14 de octubre de 1.993 hasta el 31 de diciembre de 2.010.

4º.- Que mediante la resolución No. 1621 del 13 de agosto de 2010, la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES "CAPRECOM", le reconoció la Pensión de Jubilación en aplicación de la ley 33 y 62 de 1985 que exige como requisitos contar con 20 años de servicio al Estado y tener 55 años de edad, en cuantía de \$ 1.813.603,00, condicionada a demostrar retiro definitivo del servicio oficial, pero al liquidarla no lo hizo con el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante su último año de servicio.(2.010)

(...)

7º.- Que el suscrito como apoderado de mi cliente, mediante derecho de petición de fecha 31 de marzo de 2.014, radicado No. 599924, solicitó ante EL MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, se certificara todos los factores salariales que devengó y le fueron pagados por todo concepto a la señora MAGNOLIA OROZCO DE ORTIZ, durante los últimos 10 años de servicios, sobre qué factores salariales se hizo aportes para pensión a CAPRECOM y en aplicación de que norma y el lugar donde prestó su último año de servicios, a fin de determinar la competencia por factor territorial para instaurar la presente demanda.

8º.- Que mediante oficio de fecha 10 de abril de 2.014, el Coordinador del Grupo de Gestión Humana del MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, antes MINISTERIO DE COMUNICACIONES, da respuesta a mi petición y certifica los factores salariales que mi mandante devengó y le fueron pagados por todo concepto, durante los últimos 10 años de servicio y manifiesta que se realizaron cotizaciones al Sistema General de Pensiones teniendo como base los factores salariales definidos en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993 y que su último lugar de trabajo fue en la ciudad de Bogotá D.C.

9º.- Que se solicitó la certificación de todos los factores devengados y pagados a mi mandante por el MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, ANTES MINISTERIO DE COMUNICACIONES, durante los últimos diez (10) años de servicio, únicamente con el propósito de demostrar al despacho que estos valores pagados durante el último año de servicios y que describí en las pretensiones de esta demanda constituyen salario, toda vez que, conforme se puede observar en la certificación de fecha

10 de abril de 2.014, descrita en el hecho anterior, los mismos se le cancelaron a mi cliente en forma habitual y periódica desde el año de 2.001 y hasta el 31 de diciembre de 2010, día de su retiro.

10°.- Que el suscrito como apoderado de mi mandante y con base en la certificación expedida por el precitado Ministerio, mediante Derecho de Petición radicado ante LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL "UGPP" el 22 de abril de 2.014, solicitó la re liquidación de la prestación económica reconocida, a fin de que mediante la expedición de un nuevo acto administrativo se re liquidara con el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados y pagados durante su último año de servicio (...)

11°.- Que LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL "UGPP", mediante la resolución No. RDP 017871 del 06 de junio de 2.014, da respuesta a la solicitud y niega la misma_bajo el argumento que la pensión ordinaria de jubilación de los beneficiarios del régimen de transición que exige que el empleado oficial haya servido 20 años continuos o discontinuos y 55 años de edad hombre o mujer se liquidará con el 75% de lo devengado en los últimos 10 años de servicio o el tiempo que le hiciere falta, y los factores salariales que se deben tener en cuenta en la liquidación son los indicados en la ley 100 de 1.993 y su decreto reglamentario 1158 de 1.994.

12°.- Que mediante escrito de fecha 16 de junio de 2.014, Radicado No. 2014-514-164311-2, se interpuso recurso de apelación contra la resolución anterior.

13°.- Que LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL "UGPP", mediante la resolución No. RDP 025112 del 14 de agosto de 2.014, desata el recurso de apelación y confirma en todas y cada una de sus partes la resolución inmediatamente anterior, quedando así agotada la vía gubernativa. (...).

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 1, 2, 4, 13, 29, 48, 53 y 209 de la Constitución Política.

De orden legal y reglamentario: Ley 6 de 1945, Decreto Ley 3135 de 1968 en su artículo 27, Decreto 1848 de 1969 en su artículo 73, Decreto 1045 de 1978 en su artículo 45, Decreto 1047 de 1978 en su artículo 1°, Ley 33 de 1985 en su artículo 1°, Ley 62 de 1985, Decreto 1160 de 1989 en su artículo 10, Ley 100 de 1993, en sus artículos 36 inciso 2°, 141, 150 y 288, Decreto 2527 de 2000 en sus artículos 1, 3 y 4° y las demás normas concordantes.

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 tenía que liquidarse 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.
- La jurisprudencia del Consejo de Estado ha determinado que las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, deben liquidarse con el IBL establecido en el anterior régimen.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

El apoderado de la entidad demandada en memorial visible a folios 85-90 contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, en consideración a los argumentos que a continuación se sintetizan:

- La pensión de jubilación de la demandante se ajusta a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el cual determina que la pensión debe liquidarse teniendo en cuenta los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión.
- La pensión reconocida a la demandante, se ajusta, igualmente, a lo previsto en el Decreto 1158 de 1994, el cual estableció los factores salariales sobre los cuales se debe cotizar y tener en cuenta al momento de liquidar el monto de la

pensión. El referido decreto establece una lista taxativa de factores salariales sobre los cuales se debe realizar la liquidación y no sobre los que equivocadamente señala la parte actora.

- El régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, implica que los requisitos de edad, tiempo de servicio y el monto se deben sujetar a lo indicado en la normatividad anterior. Respecto de las demás condiciones y requisitos, en particular, el Ingreso Base de Liquidación, debe aplicarse lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.

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 demandada: Solicita se tengan en cuenta todos y cada uno de los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda. Advierte que para el asunto objeto de debate existe una nueva postura emanada del Consejo de Estado, en la que se indicó que el IBL si bien hace parte del régimen de transición, el mismo debe liquidarse de acuerdo a los parámetros fijados en la Ley 100 de 1993, esto, es sobre los factores sobre los cuales se hicieron aportes dentro de los últimos diez años de prestación de servicios. En consecuencia, solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

La **parte demandante** y el agente del **Ministerio Público** guardaron silencio en esta etapa procesal.

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, en el presente asunto se pretende establecer: si la señora MAGNOLIA OROZCO DE ORTIZ tiene o no derecho a que se ordene la reliquidación de su pensión de jubilación, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 y demás normas concordantes, esto es, con el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último año servicios.

2.2 Hechos probados

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

- Mediante Resolución N°. 1621 de 13 de agosto de 2010¹, la Caja de Previsión Social de Comunicaciones (CAPRECOM) le reconoció una pensión de jubilación a la señora Magnolia Orozco de Ortiz.
- El día 22 de abril de 2014, la demandante presentó derecho de petición² ante la UGPP, cuyo objeto era reliquidar su pensión de jubilación de conformidad con lo dispuesto en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
- Mediante resolución N°. RDP 017871 de 06 de junio de 2014³, la entidad demandada negó la solicitud de reliquidación pensional presentada por la señora Magnolia Orozco de Ortiz.
- Que inconforme con la decisión adoptada por la entidad accionada, la demandante interpuso recurso de apelación⁴.
- Dicho recurso fue desatado mediante la resolución N°. RDP 025112 de 15 de agosto de 2014⁵, a través de la cual se confirmó la decisión de negar la reliquidación de la pensión que percibe la señora Magnolia Orozco de Ortiz.

¹ Folios 5-7.

² Folios 11-17.

³ Folios 23-24.

⁴ Folio 26.

⁵ Folios 27-29.

2.3 Marco Normativo.

El despacho procederá a efectuar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

2.3.1 De la reliquidación pensional – Régimen de transición.

La Ley 6 de 1946 en su artículo 17 literal b) estableció en favor de los empleados y obreros nacionales el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, cuando aquellos hubieren cumplido más de 50 años de edad y 20 años de servicio continuo o discontinuo al servicio de entidades públicas. La cuantía de dicha prestación sería equivalente a las dos terceras partes de los sueldos o jornales devengados, sin que pudiese ser inferior a 30 pesos ni superior a 300.

Posteriormente, el artículo 4 de la Ley 4 de 1966⁶, *"Por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones"*, incrementó la cuantía de la pensión de jubilación, pasando del 66% (dos terceras partes) al 75% de los salarios devengados en el último año de servicio.

El Decreto 3135 de 1968, en su artículo 27 respecto de la pensión de jubilación dispuso:

"Art. 27.- El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio (...)" (Subraya y Negrita del despacho).

De la norma precitada, se evidencia, en primer lugar, que la edad de jubilación de los varones fue incrementada, estableciéndose en 55 años; mientras que las mujeres seguirían adquiriendo su derecho pensional a los 50 años de edad; y, en segundo lugar, que el tiempo de servicios y la cuantía pensional permanecieron

⁶ "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo."

⁷ ARTÍCULO 4o. A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.

iguales al régimen anterior, es decir, 20 años de servicios y 75% de los salarios devengados en el último año de servicio.

El Decreto 3135 de 1968 fue reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, el cual respecto de la cuantía pensional precisó en su artículo 73, lo siguiente:

*“Artículo 73º.- Cuantía de la pensión. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los **salarios y primas de toda especie percibidas** en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin. (Subrayado declarado nulo. Sentencia del 7 de junio de 1980 H.C. de E.). (Negrita del Despacho)”*

La precitada norma precisa que la cuantía de la pensión se calculará sobre el 75% de todos los salarios y primas devengados en el último año de servicios; sin embargo, no se estableció cuáles emolumentos constituían salario, razón por la cual, el legislador, a través del Decreto 1042 de 1978⁸, dispuso que son factores salariales además de la asignación básica y del trabajo suplementario, “*todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución directa por sus servicios*”⁹.

En concordancia con lo dispuesto, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, estableció una lista de los factores salariales que se deben tener en cuenta para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación.

El tenor literal del artículo del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 es el siguiente:

“Artículo 45º.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:
a) La asignación básica mensual;
b) Los gastos de representación y la prima técnica;
c) Los dominicales y feriados;
d) Las horas extras;
e) Los auxilios de alimentación y transporte;
f) La prima de navidad;
g) La bonificación por servicios prestados;
h) La prima de servicios;

⁸ “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.”.

⁹ Artículo 42º.- De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario: a) Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto; b) Los gastos de representación; c) La prima técnica; d) El auxilio de transporte; e) El auxilio de alimentación; f) La prima de servicio; g) La bonificación por servicios prestados; h) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión

cas

- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
- k) La prima de vacaciones;
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968."

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985¹⁰, se equiparó la edad de hombres y mujeres para efectos de jubilación (55 años), se unificaron los regímenes pensionales de los empleados oficiales de todos los niveles, y se consagraron unas excepciones en cuanto a su aplicación.

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

¹⁰ "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público."

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**¹¹, 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).

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

¹¹ "Por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 de 1985"

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.

Del análisis normativo y jurisprudencial se concluye que, a pesar de las múltiples modificaciones que han introducido desde el año 1945 sobre la pensión de jubilación, el legislador ha propendido por las personas que tienen expectativas legítimas sobre la mencionada prestación o respecto de quienes ya hubieren cumplido los requisitos para ser beneficiario de aquella pero no se les ha reconocido la misma, razón por la cual, se han creado regímenes de transición de aplicación de la norma en beneficio del trabajador, atendiendo que cada nuevo régimen pensional es más gravoso que el régimen anterior.

2.3.2. Unificación jurisprudencial

Sobre el asunto que nos ocupa, esto es, la reliquidación pensional con fundamento en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a lo largo del tiempo se han emitido diferentes posturas sobre los elementos que hacen

parte o no parte de dicho régimen, en particular el monto y el IBL. En efecto, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado han llegado a diversas conclusiones que al día de hoy distan entre sí, pues para las dos primeras el monto se distingue del ingreso base de liquidación, mientras que el máximo tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso advierte lo contrario, es decir, que el ingreso base de liquidación hace parte del monto.

La divergencia existente entre las altas cortes, surge, además, respecto de los factores salariales que deben incluirse para efectos de calcular el IBL, tanto a la luz de la legislación anterior (Ley 33 y 62 de 1985) como de la actual (Ley 100 de 1993), pues, una parte de la jurisprudencia ha considerado que existe una taxatividad. Luego, de ello se desprende que la reliquidación deberá efectuarse solamente con los factores allí previstos. Contrario a ello, existe otra postura¹², en la que se indica que los factores salariales que deben incluirse son todos los devengados por el pensionado en el último año de servicios, incluso, si sobre ellos no se hubiere hecho cotizaciones, pues a pesar de no ser considerados a la luz de la normatividad vigente como salario, si tienen dicha connotación en tanto que, además de ser percibidos de manera habitual y periódica, tienen como fin último retribuir el trabajo prestado por el trabajador.

Así, el despacho, previó a pronunciarse sobre el tema que nos atañe, entrará a realizar un breve análisis jurisprudencial sobre el particular, en especial, respecto de las posiciones de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en tanto que dichas corporaciones son los órganos de cierre tanto de la jurisdicción constitucional como de la contenciosa administrativa.

a) Postura del Consejo de Estado

En principio, el Consejo de Estado, respecto de la reliquidación pensional, indicó que el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 hacía referencia a la aplicación integral del régimen pensional anterior, infiriéndose de ello que la edad, el tiempo de servicio, el monto y el IBL debían regirse por los postulados contenidos en las Leyes 33 y 62 de 1985¹³.

¹² Dicha postura está reflejada en el salvamento de voto presentado por el Consejero Gerardo Arenas Monsalve en la sentencia de unificación jurisprudencial proferida por el Consejo de Estado del 04 de agosto de 2010.

¹³ CE, SCA, S2, Rad. N°. 17001-23-31-000-1999-00627-01 (4526-01)

Sin embargo, al interior del máximo tribunal de la jurisdicción contenciosa existió una divergencia sobre la taxatividad de los factores salariales incluidos en las Leyes 33 y 62 de 1985- En efecto, respecto de la inclusión de otros factores no previstos en la ley existieron tres posiciones jurisprudenciales, a saber: i) No aplicación taxativa de los factores salariales, salvo disposición legal en contrario. Se ordenaba efectuar deducciones por aportes a pensiones sobre los emolumentos que la sentencia ordenaba incluir. ii) Inclusión de todos los factores salariales devengados y certificados (cotizados). iii) Aplicación taxativa de los factores salariales y devolución de los valores descontados sobre factores no incluidos¹⁴.

Finalmente, el Consejo de Estado en sentencia de 04 de agosto de 2010¹⁵, atendiendo a la naturaleza jurídica de la pensión de jubilación, a los principios de progresividad y favorabilidad en materia laboral y a las finanzas públicas, concluyó que para efectos de liquidar la pensión de jubilación de los pensionados beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 debe tenerse en cuenta "factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé", posición que fue reiterada en mediante sentencias de 25 de febrero de 2016¹⁶, 24 de noviembre de 2016¹⁷ y de 9 de febrero de 2017¹⁸.

De otra parte, se observa que en sentencia de 08 de junio de 2000¹⁹, el Consejo de Estado precisó que el monto no solo hace referencia a la cuantía de la pensión o al porcentaje sobre el cual debe calcularse, sino que dentro de aquel debe incluirse el Ingreso Base de Liquidación, por tanto, las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición deben liquidarse en todos sus aspectos con fundamento en el régimen anterior.

Recientemente el Consejo de Estado, en sentencia de 28 de agosto de 2018²⁰, unificó la posición jurisprudencial de dicha corporación respecto de la aplicación del régimen de transición pensional. En esa providencia, el máximo órgano de la

¹⁴ CE, SCA, S2, sentencia de 04 de agosto de 2010, Rad. No. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09)

Actor: Luis Mario Velandia

¹⁵ Ibídem.

¹⁶ CE, SCA, S2, Radicado: 25000-23-42-000-2013-01541-014683-13.

¹⁷ CE, SCA, S2, SS"A", sentencia de 24 de noviembre de 2016. Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13). Actor: Luis Eduardo Delgado

¹⁸ CE, SCA, S2, sentencia de 9 de febrero de 2017. Radicado: 250002342000201301541 01. Número Interno: 4683-2013. Actor: Rosa Ernestina Agudelo Rincón.

¹⁹ CE, SCA, S2, SS"B", Exp. N°. 2729-99.

²⁰ CE, SCA. Rad. N°. 52001-23-33-000-2012-00143-01. Actor: Gladis del Carimen Guerrero Montero.

jurisdicción contenciosa, reiteró su postura, en el sentido de indicar que el Ingreso Base de Liquidación hace parte del régimen de transición previsto en la Ley 33 de 1985. Sin embargo, precisó que en todo caso el IBL se debía calcular según las disposiciones contenidas en el artículo 21 y 36 numeral 3° de la Ley 100 de 1993. Advirtió, igualmente, que en todo caso los factores salariales que debían incluirse como parte del IBL, serían aquellos sobre los cuales se efectuaron aportes o cotizaciones al Sistema de pensional.

b) Postura de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional, al igual que el Consejo de Estado, ha variado su posición respecto de los componentes que integran o hacen parte del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Así, en las sentencias T-631 de 2002 y T-158 de 2006, entre otras²¹, la Corte Constitucional indicó que el monto y el ingreso base de liquidación son inseparables, en tanto que la pensión se calcula sobre una base y de allí se saca un porcentaje, infiriéndose de ello, que hace parte del monto el ingreso base de liquidación. Además, en la sentencia T-158-2006 recordó que *"en virtud de la interpretación de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a la luz de los artículos 53 (derechos adquiridos) y 58 (favorabilidad laboral) superiores, la aplicación del inciso tercero sólo es procedente cuando el régimen especial al que se encontraba afiliado el beneficiario del régimen de transición no estipulaba la fórmula para calcular el ingreso base de la pensión"*.

Recientemente en la Sentencia SU-210 de 2017 22 la Sala Plena de la Corte Constitucional reconoció que, inicialmente, en la jurisprudencia constitucional se había llegado a señalar que el Ingreso Base de Liquidación -IBL- hacía parte de la noción del monto de la pensión, de la que habla el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993²³. Bajo este criterio, los beneficiarios del régimen de transición tenían derecho a que el ingreso base y el monto de la pensión, fueran determinados

²¹ 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* preciso 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).

²² M.P. José Antonio Cepeda Amarís (E).

²³ Consultar, entre otras, las Sentencias T-631 de 2002, T-526 de 2008 y T-210 de 2011.

con base en el régimen anterior; y solo era aplicable lo determinado en el inciso 3° del mencionado artículo 36 la Ley 100 de 1993 (liquidación con el promedio de los últimos 10 años), cuando el régimen -especial- no determinara una fórmula para calcular el IBL de la pensión²⁴. No obstante, la misma jurisprudencia de la Corte, con posterioridad, explicaría que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, únicamente cobija los requisitos relacionados con la edad, el tiempo de servicios- tasa de reemplazo, pero no así el ingreso base de liquidación, el cual debe ser promediado, para todos los efectos, con la base del régimen general, esto es, el promedio de los últimos 10 años de servicios²⁵.

Ahora bien, 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 parágrafo 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»*, y fijó una interpretación sobre 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 aquellas personas que fueran beneficiarias del régimen de transición, indicando que el método para la determinación del Ingreso Base de Liquidación, es decir, el consagrado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, no fue objeto del régimen de transición del artículo 36 del mismo cuerpo normativo

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.

Pese a lo expuesto, en las sentencias de unificación SU-230 de 2015, SU-427 de 2016 y SU- 395 de 2017 la Corte Constitucional considera que en la sentencia de constitucionalidad C-258 de 2013 esa Corporación extendió los efectos a todos los

²⁴ Ídem.

²⁵ Consultar, entre otras, las Sentencias C-258 de 2013, T-078 de 2014 y SU-230 de 2015.

regímenes especiales de pensión y no solamente al régimen pensional especial de los Congresistas y asimilados.

Así, fijó una interpretación 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, indicando que este no hacía parte del régimen de transición, y por ello, para efectos de liquidar las pensiones de los pensionados beneficiados con dicho régimen se debía tener en cuenta las reglas previstas en el numeral 3° del referido artículo.

En este orden de ideas, se observa que la Corte Constitucional varió su posición jurisprudencial respecto del Ingreso Base de Liquidación, pues, en un primer momento, indicó que aquel era inseparable del monto, pero con posterioridad precisó que el monto y el ingreso base de liquidación son dos componentes distintos, siendo el primero, parte integral del régimen del transición, mientras que el segundo no lo es, debiéndose liquidar según las reglas previstas en el numeral 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

De acuerdo a lo expuesto, se observa que existe una disparidad de criterios frente a la aplicación del IBL como componente del régimen de transición, pues a juicio del Consejo de Estado aquel hace parte del monto, y por tanto, del régimen de transición, mientras que la Corte Constitucional considera que el IBL no hace parte del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

No sobra agregar que la Ley 100 de 1993, al regular el régimen de transición, no estableció un derecho autónomo. Por el contrario, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional²⁶ (i) la estabilidad del régimen pensional, si bien no da lugar a un derecho adquirido, sí protege una expectativa legítima, (ii) esa especial protección se deriva no sólo de la confianza legítima a la estabilidad de las reglas pensionales, sino también del carácter progresivo de los derechos sociales, y, por consiguiente, (iii) el Legislador solo puede reformar ese régimen, cuando la modificación se encuentre suficientemente justificada y respete criterios de razonabilidad y proporcionalidad²⁷. Es por estos motivos que el propio constituyente derivado

²⁶ Consultar, entre otras, las Sentencias C-789 de 2002, C-1011 de 2008 y C-258 de 2013.

²⁷ En la Sentencia C-754 de 2004, este Tribunal, reiteró la Sentencia C-789 de 2002, y señaló que aunque el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 protegía las expectativas legítimas de las personas próximas a pensionarse, la consagración de tal tipo de régimen generó un derecho a continuar en el régimen de transición para quienes ya ingresaron a él, por lo que los cambios normativos posteriores que afecten ese derecho resultan inconstitucionales. Con todo, la Corte explicó que ello no implica la imposibilidad del legislador de hacer modificaciones al sistema pensional, pero ellas siempre deberían respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad en la toma de decisiones del legislador. En igual sentido, consultar la sentencia C-789 de 2002.

reformó (Acto Legislativo 01 de 2005) el artículo 48 Superior, debido a que el régimen de transición no es, en sí mismo, indefinido en el tiempo²⁸.

Finalmente la jurisprudencia ha decantado lo que constituye un derecho adquirido, siendo enfática en establecer la diferencia que existe con las simples expectativas. Los derechos adquiridos constituyen derechos intangibles que no pueden ser desconocidos, ni alterados una vez se consolidaron al amparo de la legislación preexistente.²⁹ Tratándose de pensión de vejez o jubilación, quien ha cumplido los requisitos de edad y tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas exigidas por la ley para acceder a dichas prestaciones económicas, tiene el derecho adquirido a gozar de las mismas, por cuanto se entienden incorporados de modo definitivo al patrimonio del titular de tal manera que queda cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la Constitución lo protege.³⁰ Precisa la jurisprudencia que ante el tránsito legislativo, para que se consolide el derecho, deben reunirse los requisitos contemplados en la ley anterior para adquirirlo.

Las meras expectativas, por el contrario, son aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener un derecho, en consecuencia, pueden ser modificadas discrecionalmente por el legislador, es así como en materia pensional, quien aún no ha completado el tiempo de servicio o llegado a la edad prevista en la norma legal, no tiene un derecho adquirido, sino que se haya apenas ante una simple expectativa de alcanzarlo en el momento de reunir la condición faltante.³¹

2.3.3 El Acto Legislativo 01 de 2005 y los derechos pensionales adquiridos

El Acto Legislativo 01 de 2005, consagra el respeto de los derechos adquiridos con arreglo a la ley, estableciendo procedimientos para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho, o fraude a la ley, o aquellas que no cumplen los requisitos consagrados en la legislación, en las convenciones colectivas y laudos arbitrales válidamente celebrados.³² En sentencia C-258 de 2013, la Corte señaló

²⁸ Mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 se dispuso que “el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014. Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen.”

²⁹ C-126-1995.

³⁰ C-168-1995, C-475-2013.

³¹ C-596-1997, C-789 de 2002.

³² Acto Legislativo 01 de 2005, Artículo 1°. “El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda

que el acto legislativo protege los derechos adquiridos pensionales y "los definió como aquellos no obtenidos con fraude a la ley o abuso del derecho".³³

El diseño legislativo pensional, en la actualidad, consagra el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el parágrafo 4° transitorio del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, que prescribió su vigencia hasta el 31 de julio de 2010 y, a efectos de proteger las expectativas de quienes estuvieran próximos a pensionarse, dispuso que quienes cumplieran los requisitos para beneficiarse del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y que al momento de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (25 de julio de 2005), tuvieran cotizadas al menos setecientas cincuenta 750 semanas, o su equivalente en tiempo de servicios, tendrían derecho a beneficiarse de dicho régimen hasta el año 2014.

En este orden de ideas, la persona que cumple los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición, de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, guarda la expectativa de pensionarse bajo el régimen al cual se encontraba afiliada, siempre y cuando acredite el cumplimiento de 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, -29 de julio de 2005-, beneficio que conserva hasta el año 2014.

2.3.5 Aplicación del precedente

En las últimas décadas se viene debatiendo sobre el papel de la jurisprudencia como fuente de derecho. Algunos autores consideran que la jurisprudencia es solo un criterio auxiliar de la justicia, acogiendo el contenido literal del artículo 230 de la Constitución Nacional (tradicionalistas); sin embargo, otros defienden que la jurisprudencia es una verdadera fuente de derecho, como quiera que esta tiene valor de precedente, siendo esta una visión renovadora³⁴. Sin embargo, con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dicha discusión parece quedar zanjada en tanto que a través del

pensional que de acuerdo con la ley este a su cargo (...) En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos."

³³ Se entiende que comete abuso del derecho: "(i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue".

³⁴ López Medina, Diego. *El derecho de los jueces*. Segunda edición (2006). Décimo séptima reimpresión (2018) Editorial Legis.

referido código el legislador otorga carácter vinculante a las sentencias de unificación del Consejo de Estado, en tanto que los jueces de inferior solo puede apartarse de la aplicación de aquel, salvo cuando el juez de manera certera ofrece justificaciones suficientes y adecuadas para apartarse del precedente, pues de no ser así se estaría contraviniendo el derecho a la igualdad.

El ordenamiento jurídico tiene como ejes fundamentales la igualdad, la seguridad jurídica y la buena fe (confianza legítima), y es precisamente en ellos, que el legislador le otorga a la jurisprudencia el carácter de fuente de derecho, en tanto, que las sentencias de unificación tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado son vinculantes.

La jurisprudencia ha señalado que es preciso hacer efectivo los derechos a la igualdad y a la seguridad jurídica, sin perder de vista que el juez goza de autonomía e independencia en su actividad, al punto de que si bien está obligado a respetar el precedente fijado por él mismo y por sus superiores funcionales, también es responsable de adaptarse a las nuevas exigencias que la realidad le impone y de asumir los desafíos propios de la evolución del derecho.

En efecto, cuando se trata de un precedente horizontal, más allá de que se presente una diversidad en las circunstancias o supuestos fácticos sometidos a conocimiento y decisión del juez que le permitan otorgar un trato desigual, dicha autoridad en su providencia debe hacer referencia expresa al precedente con el que ha resuelto casos análogos *-requisito de transparencia-* y, a partir de allí, exponer las razones suficientes que, a la luz de los cambios introducidos en el ordenamiento jurídico o de la transformación del contexto social dominante, justifiquen un cambio jurisprudencial *-requisito de suficiencia-*.

En lo que respecta al precedente vertical, además de cumplir con los requisitos de transparencia y suficiencia, la jurisprudencia ha sido particularmente restrictiva en la posibilidad que tienen los jueces de inferior jerarquía de apartarse de las subreglas expuestas por las altas cortes, en atención al papel constitucional y legal que cumplen los órganos de cierre, a partir del reconocimiento de su potestad de unificar o revisar la jurisprudencia, en los asuntos sometidos previamente a su conocimiento.

Sobre el particular, se tiene que la Corte Constitucional, en la sentencia C-634 de 2011, estudió la constitucionalidad del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, en la que

se concluyó que la referida disposición no vulnera la constitución, bajo el entendido que las sentencias de unificación emanadas de la Corte Constitucional, tienen no solo carácter vinculante, sino que además, deben aplicarse de manera preferente, cuando exista disconformidad con otra alta Corte.

El artículo 10 de la ley 1437 en su tenor literal, dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> 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.

Artículo declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-634-11 de 24 de agosto de 2011, Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, '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.'"

Por tanto, los fallos de la Corte Constitucional, tanto en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, tanto en su parte resolutive (*erga omnes* en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes, e *inter partes* para los fallos de revisión de tutela) y, en ambos casos, las consideraciones de la *ratio decidendi*, tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas.

En consecuencia, las sentencias de unificación jurisprudencial tienen como propósito evitar que asuntos que se fundan en los mismos supuestos fácticos y jurídicos, sean resueltos de forma contraria por las autoridades o los jueces, es decir, que en algunos se acceda a las prestaciones de la demanda y en otros las mismas se nieguen³⁵, lo que conllevaría a un rompimiento del derecho a la igualdad. En efecto, no acoger el precedente judicial conlleva que la sentencia incurra en causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales por el desconocimiento del precedente, derivándose de ello, la necesaria corrección a través de la acción de tutela. De ahí que en aras de proteger la garantía de la seguridad jurídica, la coherencia y razonabilidad del sistema jurídico, los

³⁵ Arboleda Perdomo, Enrique José, *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Segunda Edición (2012) cuarta reimpresión (2013). Editorial Legis. Pág. 30

principios de confianza legítima y de buena fe, y el derecho a la igualdad de quienes acceden a la administración de justicia, es obligatorio para los jueces seguir y aplicar el precedente establecido por la Corte Constitucional, en la definición y alcance de los derechos fundamentales.

En estas condiciones, atendiendo que el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional debe aplicarse de manera preferente sobre el emanado por el Consejo de Estado, este Despacho cambio³⁶ su posición jurisprudencial frente al tema que nos ocupa, y en tal sentido, advierte que en tratándose del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el Ingreso Base de liquidación no hace parte de la transición, por tanto, debe calcularse según las reglas previstas en el inciso 3º del referido artículo, mientras que el tiempo de servicio (semanas cotizadas), la edad y el monto continuarán rigiéndose por las normas anteriores.

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: (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. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la Ley 100.³⁷

Con todo, no sobra agregar que la Ley 100 de 1993, al regular el régimen de transición, no estableció un derecho autónomo. Por el contrario, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional³⁸ (i) la estabilidad del régimen pensional, si bien no da lugar a un derecho adquirido, sí protege una expectativa legítima, (ii) esa especial protección se deriva no sólo de la confianza legítima a la estabilidad de las reglas pensionales, sino también del carácter progresivo de los derechos sociales, y, por consiguiente, (iii) el Legislador solo puede reformar ese régimen, cuando la

³⁶ EXPEDIENTE N°.: 11001334204620160015600, Demandante: Stella Falla de Blanco. DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – U.G.P.P. -

³⁷ "ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo."

³⁸ Consultar, entre otras, las Sentencias C-789 de 2002, C-1011 de 2008 y C-258 de 2013.

modificación se encuentre suficientemente justificada y respete criterios de razonabilidad y proporcionalidad³⁹. Es por estos motivos que el propio constituyente derivado reformó el artículo 48 Superior (*Acto Legislativo 01 de 2005*), debido a que el régimen de transición no es, en sí mismo, indefinido en el tiempo⁴⁰.

De esta manera se da aplicación al inciso tercero del artículo 103 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁴¹ y se deja claro que a pesar de haber seguido en precedencia la tesis del Consejo de Estado como órgano de cierre de esta Jurisdicción, también lo es que es obligatorio para los jueces seguir y aplicar el precedente establecido por la Corte Constitucional, en la definición y alcance de los derechos fundamentales. El respeto del precedente constitucional adquiere un peso específico en el ordenamiento jurídico, como respuesta al rol que cumple la Corte Constitucional como órgano encargado de la salvaguarda de la Constitución y garante de los derechos fundamentales.

3. CASO CONCRETO

De lo demostrado en el proceso, se tiene que la señora Magnolia Orozco de Ortiz nació el **12 de octubre de 1954**, 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**, situación que permite inferir que 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 en el sector público durante más de 20 años, por ello, la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – CAPRECOM –, le reconoció la

³⁹ En la Sentencia C-754 de 2004, la Corte Constitucional, reiteró la Sentencia C-789 de 2002, y señaló que aunque el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 protegía las expectativas legítimas de las personas próximas a pensionarse, la consagración de tal tipo de régimen generó un derecho a continuar en el régimen de transición para quienes ya ingresaron a él, por lo que los cambios normativos posteriores que afecten ese derecho resultan inconstitucionales. Con todo, la Corte explicó que ello no implica la imposibilidad del legislador de hacer modificaciones al sistema pensional, pero ellas siempre deberían respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad en la toma de decisiones del legislador. En igual sentido, consultar la sentencia C-789 de 2002.

⁴⁰ Mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 se dispuso que *"el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014. Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen."*

⁴¹ *"Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico. En la aplicación e interpretación de las normas de este Código deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal.*

En virtud del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga. (...)"

202

pensión de jubilación, como se verifica de la revisión de la Resolución N°. 1621 de 13 de agosto de 2010.

Así, se tiene que a la demandante le fue reconocida una pensión mensual de jubilación en virtud de lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuantía equivalente al 75% con los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994 y percibidos durante los diez años anteriores a la fecha de adquisición del estatus pensional.

Ahora bien, de acuerdo a lo expuesto en el marco normativo del presente proveído, el despacho acogerá al precedente jurisprudencial emanado de la Corte Constitucional, en el sentido de indicar que el IBL no hace parte del régimen de transición, por tanto, las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición deben liquidarse con el IBL previsto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, se observa que no le asiste el derecho a la parte demandante, por cuanto, de aplicarse el régimen de transición en los términos solicitados en la demanda, se estaría contraviniendo lo preceptuado por las sentencias de unificación jurisprudencial de la Corte Constitucional, las cuales se reitera, tienen un valor preferente frente a las sentencias de unificación emanadas del Consejo de Estado.

En gracia de discusión, de acogerse la postura del Consejo de Estado, se tiene que no le asiste el derecho a la demandante, por cuanto, la nueva posición jurisprudencial del máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso prescribe que, a pesar que el IBL hace parte del régimen de transición, en cuanto a la tasa de reemplazo; el monto debe ceñirse a las reglas previstas en los artículos 21 y 36 numeral 3° de la Ley 100 de 1993 y 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.

Decisión.

En conclusión, se demostró que a la demandante no le asiste el derecho a que le sea reliquidada la pensión de jubilación con el 75% del promedio de los factores

salariales percibidos en el último año anterior a la fecha del retiro definitivo del servicio.

Lo anterior, de acuerdo con el precedente jurisprudencial emanado de la corte constitucional respecto de la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece que en debe tenerse en cuenta el tiempo de servicios, la edad y el monto previsto en el régimen anterior, pero no el IBL, pues este se regirá por lo previsto en el referido artículo. De modo que, no es procedente acceder a las pretensiones de la demandada, comoquiera que a través de aquellas se pretende que la entidad demandada reliquide la pensión teniendo en cuenta el IBL previsto en la Ley 33 de 1985.

En estas condiciones, al no probarse las causales de nulidad aludidas por la parte demandante, serán negadas las pretensiones de la demanda. En consecuencia, la presunción de legalidad de los actos acusados se mantendrá incólume.

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 consecuencial 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 Secciones⁴² la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración

⁴² CE, SCA, S2, SS"B", sentencia de 28 de octubre de 2016, Rad. No.: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14). Actor: Manuel Wadis Rodríguez Jiménez.

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 de acción ejercido por la parte demandante estuvo orientado a declarar la nulidad del acto acusado, y si bien sus argumentos no prosperaron, son jurídicamente razonables.⁴³

Dé igual forma, en lo que concierne 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.

* CE, SCA, S2, SS"B", sentencia de 3 de noviembre de 2016. Rad. N°. 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: Teresa Elena Sánchez Bermúdez

* CE, SCA, S2, SS"B", sentencia de 1 de enero de 2017, Rad. N°. 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: Ana Orfilia Palacios De Mosquera.

* CE, SCA, S4, sentencia de 20 de febrero de 2017, Rad. N°. 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: Cooperativa de Consumo.

⁴³ Postura que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Sección segunda. Subsección "B". Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00534-01(3650-14). Actor: María Elena Mendoza Sotelo. Demandado: Ministerio de Defensa - Policía Nacional

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. DENEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO. Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial Delegada ante esta Dependencia Judicial.

CUARTO. Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que lo hubiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Juez