

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA¹

Bogotá D.C., primero (1º) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

EXPEDIENTE N°.: 11001-33-42-046-2019-00364-00²
DEMANDANTE: MIGUEL ANTONIO RODRÍGUEZ RIVERA
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

El señor MIGUEL ANTONIO RODRÍGUEZ RIVERA, identificado con C.C. No. 19.137.777, 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 que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

¹ **Correos electrónicos:** jadmin46bta@notificacionesrj.gov.co y jadmin46bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

² https://etbcsj-my.sharepoint.com/:b:/g/personal/jadmin46bt_cendoj_ramajudicial_gov_co/EU28KgQNGZIHgJcCgRb09uABR70ccCSq8yHvtwHqEb_kYA?e=rwUYbV

1.1.1 Pretensiones.

En la demanda de formularon las siguientes:

“PRIMERA PRINCIPAL: SE DECLARE a título de NULIDAD parcial los efectos de los Actos Administrativos compuestos por: a) Resolución RDP No. 029753 del 23 de julio de 2018, adicionada por la b) Resolución RDP No. 035505 del 30 de agosto de 2018.

SEGUNDA PRINCIPAL: SE DECLARE a título de NULIDAD total de los Actos Administrativos compuestos por: confirmada por c) Resolución RDP No. 034611 del 24 de agosto de 2018, y confirmada por d) Resolución RDP No. 038853 del 25 de septiembre de 2018.

TERCERA PRINCIPAL: DECLARAR que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-, a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO debe reliquidar y pagar la pensión a favor del convocante MIGUEL ANTONIO RODRÍGUEZ RIVERA dado aplicación a la Ley 33 de 1985 y demás factores salariales incluidos los de la Ley 62 de 1985, es decir, con un monto no inferior al 75%, utilizando todos los factores salariales devengados en el último año de servicio a partir de octubre de 2005 con efectos jurídico del 2 de junio de 2014, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, debidamente actualizada.

EN CONSECUENCIA, DE LAS ANTERIORES DECLARACIONES

PRIMERA CONSECUENCIAL O SUCESIVA DE LAS ANTERIORES TRES PRINCIPALES: ORDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-, a reliquidar y pagar la pensión de jubilación a favor del demandante MIGUEL ANTONIO RODRÍGUEZ RIVERA con un monto no inferior al 75%, utilizando todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, a partir del 1 de octubre de 2005 con efectos jurídicos del 2 (1) de junio (noviembre) de 2014, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, debidamente actualizada.

SEGUNDA CONSECUENCIAL O SUCESIVA DE LAS ANTERIORES TRES PRINCIPALES: Que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-, reconozca y pague además de la obligación a cargo de la tasa máxima de interés moratoria vigente en el momento en que se efectuó el pago, conforme a las normas vigentes y al artículo 141 de la ley 100 de 1993.

TERCERA CONSECUENCIAL O SUCESIVA DE LAS ANTERIORES TRES PRINCIPALES:

ÚNICA DE CONDENA COMÚN A LAS ANTERIORES PRETENSIONES, PRINCIPALES Y CONSECUENCIALES: CONDENAR, al pago de costas y agencias en derecho a la demandada en caso de presentar oposición.

EN SUBSIDIO DE LAS ANTERIORES

PRIMERA SUBSIDIARIA CONSECUENCIAL O SUCESIVA DE LAS ANTERIORES TRES PRINCIPALES: ORDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-,

a reliquidar y pagar la pensión de jubilación a favor del convocante MIGUEL ANTONIO RODRÍGUEZ RIVERA, con un monto no inferior al 75%, utilizando todos los factores salariales devengados en los últimos diez (10) años de servicio, a partir del 1 de octubre de 2005 con efectos jurídicos del 01 de noviembre de 2014, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, debidamente actualizada.

SEGUNDA SUBSIDIARIA CONSECUCIONAL O SUCESIVA DE LAS ANTERIORES TRES PRINCIPALES: ORDENAR a reconocer y pagar además de la obligación a cargo de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago conforme a las normas vigentes y al artículo 141 de la Ley 100 de 1993.”

1.1.2 Fundamento fáctico

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

1. El señor Miguel Antonio Rodríguez Rivera nació el 30 de junio de 1951, y actualmente tiene 67 años.
2. El demandante prestó sus servicios al estado durante más de 20 años con el Instituto Colombiano de Comercio Exterior -INCOMEX- y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.
3. El último cargo y grado desempeñado por el demandante fue el de AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 4044, Grado 15, con el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.
4. Mediante Resolución No. RDP 013719 del 29 de octubre de 2012, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-, ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor del señor Miguel Antonio Rodríguez Rivera, a partir del 01 de julio de 2010. Para ello, la entidad demandada aplicó una tasa de remplazo del 75% de los factores salariales.
5. El ingreso a nómina de la Resolución RDP No. 013719 del 29 de octubre, fue dejado en suspenso hasta que se demuestre el retiro definitivo del servicio.
6. El día 16 de julio del año 2015, el demandante presentó solicitud de reliquidación solicitando la aplicación de la Ley 33 de 1985. Es decir, que se pretendió la liquidación de la pensión de jubilación con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio.
7. Por medio de la Resolución No. 047369 del 13 de noviembre de 2015, la UGPP negó la reliquidación de la pensión de jubilación al demandante.
8. El día 13 de julio de 2017, la demandante, nuevamente, presentó solicitud de reliquidación de pensión de vejez.

9. La entidad demandada, mediante Resolución No. 040808 del 27 de octubre de 2017, negó la reliquidación solicitada por el demandante por cuanto no era clara la fecha de retiro del servicio público.
10. El día 11 de diciembre de 2017, el señor Miguel Antonio Rodríguez Rivera presentó solicitud de reliquidación de pensión de vejez.
11. Por medio de la Resolución No. RDP No. 029753 del 23 de julio de 2018, la entidad demandada ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante aplicando, en apariencia, la Ley 33 de 1985.
12. Mediante Resolución No. 035505 de 30 de agosto de 2018 se adicionó el artículo 8º de la Resolución No. 029753 del 23 de julio de 2018.
13. El día 13 de agosto de 2018, el accionante presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la 029753 del 23 de julio de 2018, solicitando que se reliquide la pensión con la inclusión de todo lo devengado en el último año de servicio.
14. La entidad demandada, mediante la Resolución No. 034611 del 24 de agosto de 2018, resolvió el recurso de reposición negando lo solicitado por el demandante. Igualmente, la entidad demandada negó el recurso de apelación impetrado por el actor, mediante la Resolución No. 038853 de 25 de septiembre de 2018.

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 13, 25, 29, 48, 53 y 58 de la Constitución Política.

De orden legal y reglamentario: Artículos 2º, 137 y 138 del Código Contencioso Administrativo; artículo 1º de la Ley 33 de 1985, artículo 1º de la Ley 62 de 1985, artículos 11, 36, 141, 273 y 288 de la Ley 100 de 1993; el artículo 31 del Decreto 2709 de 1994, artículo 3º del Decreto 314 de 1994.

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. Como sustento de ello, en síntesis, manifiesta que la entidad demanda liquidó en forma errónea la pensión de vejez reconocida al demandante, toda vez que liquidó la pensión bajo los preceptos de la Ley 33 de 1985 pero liquidada con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio y con los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 03 de junio de 1994. En efecto, la entidad demandada debió liquidar la pensión de vejez del

actor aplicando en su integridad la Ley 33 de 1985, por ser más favorable. De modo que, debió aplicar la edad, el tiempo de servicios, el monto de la pensión y el IBL establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985.

En consecuencia, advierte que la pensión reconocida a la demandante debe liquidarse con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda³

La entidad demandada contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones. Como fundamento de defensa sostiene que la jurisprudencia de la Corte Constitucional señala que el Ingreso Base de Liquidación no hace parte del régimen de transición, por ende, para liquidarse la pensión de jubilación deben seguirse las reglas establecidas en los artículos 21 y 36 numeral 30 de la Ley 100 de 1993. Por tal razón, la pensión de los beneficiarios del régimen de transición debe liquidarse con los factores salariales señalados taxativa y expresamente por el legislador en el Decreto 1158 de 1994, dentro de los cuales no se encuentran los factores salariales pretendidos en la demanda.

1.2.2 Alegatos de conclusión

En virtud de lo dispuesto por el Gobierno Nacional mediante Decreto 806 de 4 de junio de 2020⁴, que en su artículo 13 estableció los parámetros para proferir sentencia anticipada, norma concordante con el artículo 182A del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo adicionado por la Ley 2080 de 25 de enero de 2020, el despacho mediante proveído del 27 de noviembre de 2020, corrió traslado a las partes por el término común de 10 días con el fin que presentaran sus alegatos de conclusión por escrito.

Una vez vencido el término anterior, las partes presentaron sus alegatos de conclusión de la siguiente manera:

³ Documento número 9 del expediente digital.

⁴ "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"

Parte actora⁵: El apoderado de la parte actora presentó alegatos de conclusión, en los que reiteró los fundamentos de hecho y de derechos contenidos en la demanda. En particular, la parte actora sostiene que con la inclusión de todos los factores salariales la pensión del demandante sería equivalente a \$1'159.000; mientras que la liquidada por la entidad demanda se liquidó por la suma de \$ 883.934.

Parte demandada⁶: El apoderado de la parte demandada presentó alegatos de conclusión ratificando los fundamentos de defensa esbozados en la contestación 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

En el presente asunto se pretende establecer: Por ende, el **litigio**, pretende establecer: Si el señor Miguel Antonio Rodríguez Rivera tiene o no derecho a que se ordene la reliquidación de su pensión de jubilación, de conformidad con lo dispuesto en la Leyes 33 y 62 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:

- Que mediante Resolución No. RDP 013719 de 29 de octubre de 2012, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y de Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – U.G.P.P.- le reconoció una pensión de jubilación al señor Miguel Antonio Rodríguez Rivera, en cuantía equivalente a \$842.155, efectiva a partir de la fecha de retiro definitivo.

⁵ Documento 13 del expediente digital.

⁶ Documento 12 del expediente digital.

- Por Resolución No. 029753 de 23 de julio de 2018, la UGPP le reconoció la pensión de jubilación al señor Miguel Antonio Rodríguez Rivera, por retiro definitivo del servicio. En dicho acto administrativo se indicó que el IBL estaría conformado por los factores salariales devengados durante los 10 años anteriores al retiro definitivo del servicio, y que estuvieren enlistados en el Decreto 1158 de 1994.
- Mediante Resolución No. 035505 de 30 de agosto de 2018, se adicionó el numeral 8º a la resolución No. No. 029753 de 23 de julio de 2018
- Que inconforme con la decisión adoptada por la entidad accionada en la No. 029753 de 23 de julio de 2018, el demandante, el día 13 de agosto de 2018, interpuso los recursos de reposición y en subsidio de apelación.
- Dichos recursos fueron desatados mediante las Resoluciones Nos. RDP 034611 de 24 de agosto de 2018 y 038853 de 25 de septiembre de 2018, a través de las cuales se confirmó la decisión de negar la reliquidación de la pensión que percibe el señor Miguel Antonio Rodríguez Rivera.

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 1947 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 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.

⁷ “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.”.

Posteriormente, el artículo 4 de la Ley 4 de 1966⁸, “*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 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 constituirían salario, razón por la cual, el legislador, a través del Decreto 1042 de 1978⁹, dispuso que son factores salariales además de la asignación básica y del trabajo suplementario, “*todas las*

⁸ **ARTICULO 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.

⁹ “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.”.

*sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución directa por sus servicios*¹⁰.

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 45°.- 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 tuvieran 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;
- 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 vigor de la Ley 33 de 1985¹¹, 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

¹⁰ **Artículo 42°.-** 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

¹¹ “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.”

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 1985¹²**, 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.

¹² "Por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 de 1985"

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 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. Sin embargo, hoy en día, podríamos afirmar que solo existe una postura respecto de la reliquidación pensional.

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.

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 Carmen 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 3º 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.

Al respecto, **bien vale la pena recordar la segunda subregla fijada en esta providencia** y es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas **de cotización**. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual, en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, **solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional**²¹.

b) Postura de la Corte Constitucional

En las sentencias T-631 de 2002 y T-158 de 2006, entre otras²², 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,

²¹ CE, SCA. Rad. N°. 52001-23-33-000-2012-00143-01. Actor: Gladis del Carmen Guerrero Montero.

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* 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).

infiéndose 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 23 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 1993²⁴. Bajo este criterio, los beneficiarios del régimen de transición tenían derecho a que el ingreso base y el monto de la pensión, fueran determinados 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 pensión²⁵. 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 cubre 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 servicios²⁶.

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

²³ M.P. José Antonio Cepeda Amarís (E).

²⁴ Consultar, entre otras, las Sentencias T-631 de 2002, T-526 de 2008 y T-210 de 2011.

²⁵ Ídem.

²⁶ Consultar, entre otras, las Sentencias C-258 de 2013, T-078 de 2014 y SU-230 de 2015.

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 inexecutableidad; (b) su executableidad o, (c) su executableidad 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 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 3º 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 de transición, mientras que el segundo no lo es, debiéndose liquidar según las reglas previstas en el numeral 3º 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 constitucional²⁷ (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 proporcionalidad²⁸. Es por estos motivos que el propio constituyente derivado 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 tiempo²⁹.

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.³⁰ 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.³¹ 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

²⁷ Consultar, entre otras, las Sentencias C-789 de 2002, C-1011 de 2008 y C-258 de 2013.

²⁸ 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.

²⁹ 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."*

³⁰ C-126-1995.

³¹ C-168-1995, C-475-2013.

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.³²

2.3.4 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.³³ En sentencia C-258 de 2013, la Corte señaló 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”.³⁴

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.

³² C-596-1997, C-789 de 2002.

³³ 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 pensional que de acuerdo con la ley este a su cargo (...) **En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos.**”

³⁴ 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”.

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 renovadora³⁵. 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 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

³⁵ López Medina, Diego. *El derecho de los jueces*. Segunda edición (2006). Décimo séptima reimpresión (2018) Editorial Legis.

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 nieguen³⁶, 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 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 cambio³⁷ 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 100.³⁸

³⁶ 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

³⁷ EXPEDIENTE N.º.: 11001334204620160015600, Demandante: Stella Falla de Blanco. DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – U.G.P.P. -

³⁸ "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

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 constitucional³⁹ (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 proporcionalidad⁴⁰. 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 tiempo⁴¹.

De esta manera se da aplicación al inciso tercero del artículo 103 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁴² 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.

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.”

³⁹ Consultar, entre otras, las Sentencias C-789 de 2002, C-1011 de 2008 y C-258 de 2013.

⁴⁰ 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.

⁴¹ 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.*”

⁴² “*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. (...)”

3. CASO CONCRETO

De lo demostrado en el proceso, se tiene que el señor Miguel Antonio Rodríguez Rivera nació el **30 de junio de 1951**, por tanto, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994), el 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 el accionante se desempeñó en el sector público durante más de 20 años, por ello, la U.G.P.P, le reconoció la pensión de jubilación, como en efecto se verifica de la revisión de la Resolución N°. RDP 013719 de 29 de octubre de 2012, reliquidada mediante la Resolución N°. RDP 029753 de 23 de julio de 2018, por retiro definitivo del servicio.

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, en cuantía equivalente al 75% del promedio de lo devengado en los últimos 10 años anteriores al retiro definitivo del servicio, teniendo en cuenta los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994

Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto en el marco normativo del presente proveído, el despacho acoge el 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 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Por su parte, la tesis del Consejo de Estado en sentencia de sala Plena⁴³, es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Lo anterior en el entendido de que la interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya

⁴³ CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. CONSEJERO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá D.C., agosto veintiocho (28) de dos mil dieciocho (2018)

realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

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 y de Sala Plena del Consejo de Estado.

Tampoco se accederá a las pretensiones secundarias, toda vez que la entidad demandada liquidó la pensión con el 75% del promedio de lo devengado en los último 10 años. No obstante, no pueden incluirse nuevos factores, porque, se reitera, que de acuerdo con el régimen de transición solo es posible incluir los factores salariales contenidos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los cuales se haya cotizado.

De modo que no es posible incluir factores tales como la prima de servicios, la prima de navidad y la prima de vacaciones, como lo pretende la parte actora porque estos factores no cumplen las previsiones legales para incluirse en la liquidación en tanto sobre ellos no se cotizo.

Decisión.

En conclusión, se encontró demostrado, de acuerdo con el precedente jurisprudencial emanado de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que, el demandante, respecto de la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; le asiste el derecho a que le sea tenido 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 manera que no es procedente acceder a la pretensión de reliquidación de la pensión que percibe el señor Miguel Antonio Rodríguez Rivera, comoquiera que ello es improcedente a la luz del precedente jurisprudencial referido.

En estas condiciones, al no probarse las causales de nulidad aludidas por la parte demandante, serán negadas las pretensiones de la demanda, razón con por la cual, la presunción de legalidad del acto acusado 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 consecencial en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado⁴⁴ ha señalado, entonces, el criterio objetivo-valorativo de la condena en costas que implica: i) objetivo porque no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto⁴⁵ y ii) valorativo porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso⁴⁶.

Con fundamento en lo expuesto, se considera que en el caso *sub examine*, no hay lugar a imponer condena en costas a la parte actora, en la medida que no se acreditó

⁴⁴ Ver entre otras: i) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, providencia de 13 de diciembre de 2018, C.P. Oswaldo Giraldo López, número único de radicación 11001-03-24-000-2016-00162-01; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 7 de abril de 2016, C.P. William Hernández Gómez, número único de radicación 15001-23-33-000-2012-00509-00; iii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 12 de diciembre de 2018, C.P. Milton Chaves García, número único de radicación 25000 23 37 000 2014 01115 01.

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 7 de abril de 2016, consejero ponente William Hernández Gómez, número único de radicación 15001-23-33-000-2012-00162-01; Sección Primera, sentencia de 15 de agosto de 2019, número único de radicación 2001-23-39-003-2014-00294-01, consejero ponente Hernando Sánchez Sánchez.

su causación, es decir, no aparece evidencia alguna que demuestre los gastos en que incurrió la parte demandada para su defensa, por tanto, no se condenará en costas a la parte vencida.

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 de que lo hubiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Juez

Firmado Por:

ELKIN ALONSO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

JUEZ

JUEZ - JUZGADO 046 ADMINISTRATIVO ORAL DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,

EXPEDIENTE No 11001-33-42-046-2019-00364-00
DEMANDANTE: MIGUEL ANTONIO RODRÍGUEZ RIVERA
DEMANDADO: U.G.P.P.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
e35483a096656edb6e47c5e9ccdeac4f0fe4c34daa9ca5e298b27917cb93ec6a

Documento generado en 01/03/2021 10:17:46 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>