



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Audiencia inicial- Artículo 180 C.P.A.C.A.
Acta N. 19 – 2018

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2015-00494-00

Demandante: MARÍA NOHEMY PRIETO ORTÍZ

Demandado: UGPP

Tema: Reliquidación pensional – Régimen especial Decreto 926 de 1976

En Bogotá D.C., a los seis días del mes de abril del año 2018 a las 10:30 am la suscrita Juez **17** Administrativa Oral de Bogotá declara formalmente abierta la presente AUDIENCIA INICIAL prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora **MARÍA NOHEMY PRIETO ORTÍZ**, en el radicado 110013335-017-2015-00494-00, en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES**, en adelante **UGPP**.

I. PRELIMINARES

A. PRESENTACIÓN DE LAS PARTES INTERVINIENTES:

Apoderado del demandante: JENNY ALEXANDRA ACOSTA RODRIGUEZ, quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 52.203.675 de Bogotá y Tarjeta Profesional No. 252.440 del C.S. de la J., Autoriza notificaciones al correo electrónico: a.p.asesores@hotmail.com

Apoderada de la UGPP: JORGE ANDRES QUINTERO LEE, identificado con la cédula de ciudadanía 80.074.498 de Bogotá y T.P. 140.163 del C. S. de la J, quien autoriza notificaciones electrónicas al correo electrónico: notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co

Se deja constancia de la no asistencia del Ministerio Público

Se adopta mediante **auto de sustanciación No. 308** Se notifica en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

B. SANEAMIENTO

El Despacho no observa vicios o irregularidades que invaliden lo actuado en el proceso bajo estudio.

Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No.158** y se notifica en estrados, sin oposición por los apoderados intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

C. EXCEPCIONES (MIN 00.12.40)

Dentro del término de traslado, conforme las disposiciones del artículo 175 del C.P.A.C.A., la entidad demandada propuso las excepciones que denominó: *i)* Prescripción, *ii)* inexistencia de la obligación, *iii)* pago, *iv)* compensación y *v)* genérica.

En primer lugar, en cuanto la excepción de **prescripción**, se resolverá una vez se decida el mérito de las pretensiones.

Frente a las demás el Despacho considera que de acuerdo con la sustentación de las excepciones propuestas, estas no están llamadas a prosperar en tanto que no constituyen un verdadero modo exceptivo, toda vez que no involucran ninguna circunstancia adicional o nueva que ataque las pretensiones- perentorias o de fondo- o al procedimiento- esto es previas o formales-. *Contrario sensu*, guardan relación directa con el fondo del asunto estudiado y hacen parte de los argumentos de la defensa, por tal razón al decidir de mérito el proceso estos asuntos quedarán de paso resueltos.

Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No. 161** Las partes quedan notificadas en estrados. Sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

II. FIJACIÓN DEL LITIGIO

La entidad demandada en la contestación manifestó que no le constan los hechos 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y-12, y que no eran hechos el 1 y 5, por lo que deberán ser sometidos al debate probatorio.

DE LA DEMANDA

Pretensiones: Conforme lo dispuesto previamente, las pretensiones de la demanda se concretan a lo siguiente:

1. Declarar la nulidad de la **Resolución No. RDP 001119 del 15 de enero de 2015**, mediante la cual niega la reliquidación de la pensión mensual vitalicia de vejez y negaron los factores salariales correspondientes a la pensión de jubilación.
2. Declarar la nulidad de la **Resolución No. RDP 012097 del 27 de marzo de 2015**, mediante la cual resolvió el recurso de apelación confirmando la **Resolución No. RDP 001119 del 15 de enero de 2015**.
3. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, solicita que de la UGPP reconozca y pague su pensión de vejez, con la totalidad de factores salariales devengados en los últimos seis meses anteriores al retiro en aplicación al régimen especial de la Contraloría según el Decreto 929 de 1976 e indexe la primera mesada efectiva a partir del 26 de febrero de 2002, así mismo, proceda a liquidar los reajustes pensionales decretados en las leyes 4/76, 7/88, 100 de 1993 y demás a que tiene derecho.
4. Ordenar a la entidad que pague a la actora una pensión de vejez, equivalente al 75% de la totalidad de factores de salario devengados en el semestre anterior a la fecha del retiro del servicio, esto es, 21 de diciembre de 1994, en aplicación al régimen especial de la Contraloría General de la República según el Decreto 929 de 1976.
5. Ordenar a la entidad que liquide y pague a la actora las diferencias entre lo que se han venido pagando en la resolución 22238 del 09 de agosto de 2002 hasta el momento de inclusión en nómina con la totalidad de factores salariales devengados en los últimos 6 meses, la indexación de la primera mesada y lo que determine pagar la sentencia que ordene la reliquidación pensional, teniendo en cuenta para efectos de la cuantía definitiva, los siguientes factores: Asignación básica, Subsidio de Alimentación, Subsidio de Transporte, Prima de Navidad, Prima de Vacaciones, Prima de Servicios y Bonificación por servicios y en general todos concepto que con, además de aquellos ya tenidos en cuenta.

6. Condenar a la entidad para que sobre las diferencias adeudadas a la demandante, le pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al I.P.C., como lo preceptúa el artículo 192 y 195 del C.P.C.A.
7. Que se ordene dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.C.A.
8. Ordenar a la entidad a pagar a la demandante los intereses moratorios y costas.

NORMAS VIOLADAS,

Normas Violadas la demandante invocó algunos artículos de la Constitución Política y del Código Civil, artículo 10 de la ley 57 de 1987, artículo 8 de la Ley 153 de 1887, artículo 178 del Decreto 01/84, artículo 1° de la Ley 33 de 1985 y artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

Concepto De Violación: Arguye la parte actora que la entidad demandada abusó de su competencia discrecional al negar sin fundamento legal ni jurisprudencial la reliquidación de la pensión con la totalidad de los factores salariales devengados el semestre anterior al retiro del servicio, desconociendo los preceptos constitucionales y los convenios internacionales ratificados por Colombia, así como los derechos adquiridos que son inalienables, irrenunciables e imprescriptibles y los principios de favorabilidad y equidad.

Así mismo, argumentó que la entidad demandada no dio cumplimiento a lo ordenado en el Decreto 926 de 1976, en el cual indica que los funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República tendrán derecho a que se les reconozca una pensión de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre, al llegar a los 55 años de edad si son hombre y 50 si son mujeres, y al cumplir 20 años de edad de servicio continuo o discontinuo, anteriores o posteriores a la vigencia de dicho Decreto, de los cuales por lo menos 10 hayan sido exclusivamente a la Contraloría.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término otorgado la entidad demandada se opone a las pretensiones de la demanda, señalando que la H. Corte Constitucional mediante la sentencia C-258 del 17 de mayo de 2013, trajo nuevos elementos respecto de la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para los beneficiarios de la Ley 4 de 1992, precisando que el beneficio de la transición consistía en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasas de reemplazo, pero en cuanto al IBL no fue un aspecto sometido a la transición, como se aprecia en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por tanto no había razón en extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de IBL a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992.

Indica que la H. Corte Constitucional en la sentencia C-258 del 17 de mayo de 2013, concluyo que la expresión que permitía liquidar las pensiones de régimen de transición con el último año de servicio, debe ser declarara inexecutable y ante el vacío ocasionado por esta declaración, este debe ser llenado por las reglas establecidas en los artículo 21 y 36 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto al régimen especial de los funcionarios de la Contraloría General de la República, manifestó que el Decreto 929 de 1976 determinó los requisitos para obtener la pensión de jubilación de los funcionarios, la cual se liquidaría con el 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre, sin embargo, no contemplo los factores de salario que se deben tener en cuenta para la liquidación, fue el Decreto 720 de 1978 indicó algunos de estos y en aplicación del artículo 17 del Decreto 929 de 1976, se debe remitirse a los factores

enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. Es así, que el reconocimiento pensional de la demandante fue de forma correcta debiéndose incluir todos los factores que constituyen salario (f. 66-78).

FIJACIÓN DEL LITIGIO

El litigio se contrae en establecer si le asiste derecho a la demandante a la reliquidación de la pensión de vejez, teniendo en cuenta el 75% de todo lo devengado en los últimos 6 meses anteriores al retiro del servicio, en aplicación del régimen especial contemplado en el Decreto 929 de 1976, para los funcionarios de la Contraloría General de la República.

Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No. 162** y queda notificada en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

III. CONCILIACIÓN

Si bien la controversia aquí ventilada tiene que ver con derechos ciertos e indiscutibles, los efectos económicos de los actos impugnados pueden ser objeto de conciliación, por lo que se procede a indagar al Apoderado de la UGPP, para que informe al Despacho si el comité de conciliación de dicha Entidad se reunió y si existe formula de conciliación en el caso referente.

- Al respecto el apoderado judicial del UGPP manifestó que a la Entidad: no le asiste ánimo conciliatorio.

En consecuencia, al no existir ánimo conciliatorio se dispone: declarar fallida la oportunidad de conciliar judicialmente el asunto de la referencia.

La presente decisión se adopta mediante Auto interlocutorio No.166 y se notifica en estrados a las partes conforme al artículo 202 del CPACA.

No se interponen recursos.

IV. MEDIDAS CAUTELARES

En consideración a que no existen medidas cautelares pendientes por resolver, se continúa con la siguiente etapa procesal.

V. PRUEBAS

En virtud de lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 180 del C.P.A.C.A., en concordancia con el artículo 212 ibídem, el Despacho procede a pronunciarse respecto de las pruebas aportadas y solicitadas por las partes así:

A. Parte demandante:

En los términos y condiciones establecidos en la Ley, se decretan y se tienen como pruebas al momento de fallar, los documentos acompañados con la demanda los cuales son:

- Resolución 22238 de 9 de agosto 2002, por medio del cual se reconoció la pensión de vejez a la accionante (f 2-5).
- Petición de 11 de septiembre de 2014, por medio del cual se solicita la reliquidación de la pensión de vejez con inclusión de todos los factores salariales, de acuerdo con el Decreto 929 de 1979 (f 6-10).

- Resolución RDP 001119 de 15 de enero 2015, por medio del cual niega reliquidación de la pensión de vejez de la accionante (f 13-15).
- Recurso de apelación del 27 de enero 2015, presentado contra la Resolución RDP 001119 de 15 de enero 2015 (f 16-18).
- Resolución RDP 012097 de 27 de marzo 2015, por medio del cual resuelve el recurso de apelación presentado por la accionante (f 20-22).
- Certificación de sueldos y factores salariales de la accionante del 1 de enero al 18 de diciembre de 1994 (f 23.)

B. Parte demandada

En los términos y condiciones establecidos en la Ley, se decretan y se tienen como pruebas al momento de fallar, los documentos acompañados con la contestación de la demanda los cuales son:

- Expediente administrativo de la accionante en medio magnético (f 80)

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio No.145 y queda notificada en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

VI ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Considerando que las pruebas decretadas y requeridas para un pronunciamiento de fondo ya reposan en el expediente, SE HACE INNECESARIO CONVOCAR A UNA AUDIENCIA DE PRUEBAS. En consecuencia SE PRESCINDE DE LA AUDIENCIA DE PRUEBAS y se ordena dar traslado a las partes para que presenten sus ALEGATOS CONCLUSIVOS en un término máximo de 10 minutos de conformidad con el inciso del numeral 3 del artículo 179 de la ley 1437 de 2011.

La presente decisión se adopta mediante Auto Interlocutorio No. 173 y se notifica a las partes en estrados de conformidad con el artículo 202 del CPACA. SIN RECURSOS

INTERVENCIONES

PARTE DEMANDANTE: Manifiesta que se ratifica en los hechos, pretensiones y argumentos señalados en la demanda y expone jurisprudencia al respecto, tal como queda plasmado en el audio.

PARTE DEMANDADA UGPP: Manifiesta que se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, tal como queda plasmado en el audio.

Escuchados los alegatos de las partes y evidenciando que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el despacho a dictar la siguiente

I. SENTENCIA No. 26

Agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación y escuchados los alegatos de las partes, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**, así:

CONSIDERACIONES

Agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación y escuchados los alegatos de las partes, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**, así:

1.- Tesis del Demandante

El apoderado de la parte actora consideró que a la señora María Nohemy Prieto Ortiz se le debe reliquidar su pensión de vejez, teniendo en cuenta el 75% de los factores salariales devengados en los últimos 6 meses anteriores al retiro del servicio, en aplicación al régimen especial contemplado en el Decreto 929 de 1976, para los funcionarios de la Contraloría General de la República.

2.- Tesis del demandado

La entidad accionada mediante escrito visible a folios 66 a 78 del plenario allega escrito de contestación de demanda y manifiesta que se opone a la totalidad de las pretensiones plasmadas por la parte actora en razón a que la pensión de jubilación de la actora fue reconocida y liquidada conforme las Leyes y la Jurisprudencia que regulan su reconocimiento pensional.

3.-Problema jurídico

El problema jurídico consiste en establecer si debe incluirse en el ingreso base de liquidación de la demandante todos los factores salariales devengados en los últimos 6 meses anteriores al retiro del servicio, en aplicación del régimen especial contemplado en el Decreto 929 de 1976, para los funcionarios de la Contraloría General de la República.

4. Solución al problema jurídico.

Este despacho, conforme como lo ha aceptado el Consejo de estado, en sentencia del 14 de julio de 2016, de la Sección Quinta, rad. 11001-03-15-000-2016-00657-01(AC). C.P. Rocío Oñate Araujo y en sentencia de Sala Plena del 6 de diciembre del año 2016, rad. 11001-03-15-000-2000-06686-01(S) C.P. Ramiro Pazos Guerrero, considera que las sentencias de unificación que profiere la Corte Constitucional, cuyo fundamento normativo se encuentra en el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, constituyen precedente, pues se trata de la Corporación de cierre en materia de derechos fundamentales y la que tiene a su cargo la eventual revisión de los fallos de tutela proferidos por todos los jueces.

De esta manera, la naturaleza vinculante de dicho tipo de decisiones, deviene de la función de guarda que le asiste a la Corte Constitucional de la integridad y supremacía de la Constitución Política en los términos del artículo 241 ibídem, quien en desarrollo de dicha atribución establece el alcance de los derechos fundamentales o interpreta una disposición de la forma que más se ajusta al ordenamiento superior, lleva a inferir que para los operadores jurídicos es menester tener en cuenta las consideraciones expuestas en la sentencia SU-395 de 2017, en consonancia con las Sentencias C-168 de 1995, SU 230 del 29 de abril de 2015, SU 427 de 2016 y SU 210 de 2017 en los eventos en que se resuelvan situaciones similares a las allí tratadas.

Por lo anterior y de acuerdo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por el constituyente en el acto legislativo 01 de 2005, por los principios de eficiencia del sistema de seguridad social, correspondencia entre o cotizado y lo liquidado y el alcance y significado del régimen de transición, la interpretación constitucionalmente admisible para el caso concreto es aquella según la cual el monto de la pensión de refiere al porcentaje aplicable al IBL, y por lo tanto el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la ley 100 de 1993.

El régimen de transición creado bajo el amparo de la Ley 100 de 1993

La Ley 100 de 1993 derogó los regímenes pensionales que existían previamente a su expedición y creó un régimen unificado de seguridad social. No obstante, en aras de proteger las expectativas de quienes se encontraban próximos a cumplir con los requisitos establecidos para acceder a la pensión de jubilación consagrados en el régimen anterior, el legislador estableció un régimen de transición.

La Corte Constitucional ha definido el régimen de transición como *“un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo.”*¹

El régimen de transición² permite que la edad para consolidar el derecho a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para el efecto y el monto de la misma, sean las establecidas en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas que al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1° de abril de 1994), tuvieran la edad de treinta y cinco (35) años en el caso de las mujeres; o cuarenta años (40) o más en el caso de los hombres; o que, indistintamente, tuvieran quince (15) o más años de servicios.

En cuanto al monto de la pensión, la jurisprudencia del Consejo de Estado señala desde la sentencia del 21 de septiembre de septiembre de 2000, expediente número 470-99, Magistrado Ponente Doctor Nicolás Pájaro Peñaranda, que este comprende no solo la tasa de reemplazo sino también el IBL y los factores salariales que integran la base de liquidación con apoyo en las normas anteriores a la ley 100.³

¹ Sentencia C-789 de 2002.

²“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARÁGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio.”

³ Esta posición fue ratificada en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010³ en donde señaló:

“(…) cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación y así lo solicitó en la demanda”.

Al respecto en sentencia SU 395 de 2017, la Corte Constitucional señaló que tal perspectiva es un defecto sustantivo por desconocimiento del texto legal al otorgarle un alcance no previsto por el legislador, acompañado además de una violación directa a la Constitución.

Señala en dicha providencia que el ingreso base de liquidación fue objeto de análisis por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-168 de 1995, la cual hizo tránsito a cosa juzgada formal e implícita, sosteniendo que, sin importar cuál era la vinculación con la legislación anterior, las personas serían beneficiarias del régimen de transición cuando cumplieran con los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas, pero su aplicación frente al resto de condiciones sería la consagrada en la Ley 100 de 1993. Al respecto, expresó: “dado que en la ley 100 de 1993 se modifican algunos de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, se establece en el inciso segundo del artículo 36, materia de acusación, un régimen de transición que da derecho a obtener ese beneficio mediante el cumplimiento de los requisitos de edad, tiempo de servicio, o semanas cotizadas estatuidas en la legislación anterior, para las personas que a la fecha de entrar a regir el nuevo sistema de seguridad social, tengan 35 años o más de edad si son mujeres, y 40 o más años de edad si son hombres; o a quienes hayan cumplido 15 o más años de servicios cotizados. **Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para obtener tal derecho son los contenidos en las disposiciones de la nueva ley**”. (Resaltado fuera del texto)

Referente al inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, en el que se fija el ingreso base para liquidar la pensión de vejez, la citada sentencia estableció, que las reglas previstas en él son aplicables a las personas beneficiarias del régimen transicional y por tanto, no es posible acudir a las condiciones especiales consagradas en la legislación anterior.⁴

Conforme a ello⁵, se ha entendido en sentencias de constitucional de la Corte que cuando el inciso segundo del artículo 36 de la ley 100 de 1993 se refiere a “monto de pensión” como una de las prerrogativas que se mantienen del régimen anterior, está refiriéndose al porcentaje aplicable al Ingreso Base de Liquidación. Lo anterior, tiene sentido no sólo desde el punto de vista del lenguaje sino también con fundamento en el alcance, finalidad y concepto del régimen de transición. Y en la medida en que el inciso tercero de la norma bajo análisis expresamente establece cual debe ser el ingreso base de liquidación para los beneficiarios del régimen de transición, entonces el monto se refiere al porcentaje aplicable a esa base que será el señalado por la normativa anterior que rija el caso concreto. En igual sentido, los factores salariales, al no determinar el monto de la pensión sino parte de la base de liquidación de la misma, serán los señalados por la normativa actual, en este caso por el decreto 1158 de 1994.

Así las cosas, el precedente constitucional referente al IBL es que los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 no es el estipulado en el sistema pensional anterior al cual se encontraban afiliados sino el previsto en el inciso 3 de esa norma.

La corte no desconoce que posterior a la expedición de la sentencia C-168 de 1995, a través de la solución de casos particulares este criterio mantuvo disensos con algunas salas de revisión que defendieron la tesis de la integralidad de los regímenes de transición, así como la aplicación

⁴ Corte Constitucional auto 229 del 10 de mayo de 2017 y, “...Justamente, por considerar que el IBL previsto en el artículo 36-3 de la Ley 100 de 1993, era aplicable a los beneficiarios del régimen de transición, fue que este Tribunal declaró inconstitucional aquellas expresiones que establecían un trato discriminatorio para la población afiliada del sector privado. En efecto, la Corte encontró “irrazonable e injustificada, para efectos de la liquidación de la pensión de vejez entre los trabajadores del sector privado, y los del sector público, pues mientras para los primeros se toma como base el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años de servicios, para los segundos, tal promedio se calcula solamente sobre lo devengado en el último año, desigualdad que contraría el artículo 13 del Estatuto Superior y es, bajo esta lógica, que el caso examinado en sede de tutela por la Sala Sexta de Revisión desconoció la cosa juzgada, en la medida que el problema jurídico giró en torno a la categorización del IBL como un factor de orden transicional, bajo las mismas circunstancias normativas y razones cuestionadas en aquella oportunidad...”

⁵ Aparte de la sentencia SU 395 DE 2017

residual de la ley 100 de 1993, consolidando la posición con la expedición de la sentencia C-258 de 2013 en donde la Sala Plena expuso que el parámetro interpretativo vinculante es aplicar la figura del IBL bajo los estándares del sistema general de seguridad social.

Y aún cuando en sentencias de tutela posteriores a la sentencia C-168 de 1995 se haya ordenado la reliquidación de pensiones para entender que la expresión monto de la pensión incluía el ingreso base de liquidación, estas simplemente ostentan un efecto inter-partes que no tiene la virtualidad de subsanar el defecto de la sentencia de la sección segunda del Consejo de Estado⁶

Se ha señalado que la tesis de la integralidad en la aplicación de los regímenes de transición frente al IBL, resulta inconstitucional porque lleva a la concesión de un beneficio que no fue previsto originariamente por el legislador. El Tribunal expresamente ha manifestado que: "(i) no permitir la aplicación ultractiva de las reglas de IBL de los regímenes pensionales vigentes antes de la Ley 100 fue el propósito original del Legislador; (ii) por medio del artículo 21 y del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100, el Legislador buscó unificar las reglas de IBL en el régimen de prima media; (iii) ese propósito de unificación coincide con los objetivos perseguidos por el Acto Legislativo 01 de 2005, específicamente con los de crear reglas uniformes que eliminen privilegios injustificados y permitan diseñar mecanismos que aseguren la sostenibilidad del sistema -de ahí que la reforma mencione expresamente el artículo 36 de la Ley 100 (...)"

De esta manera, de acuerdo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por el constituyente en el acto legislativo 01 de 2005, así como por los principio de eficiencia del sistema de seguridad social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de la transición, la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la ley 100 de 1993.

Régimen especial de los funcionarios de la Contraloría General de la Republica.

Con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 el régimen general pensional del sector público estaba consagrado en la Ley 33 de 1985, la cual en su artículo 1º, inciso segundo, dispuso que la misma no se aplicaría a los empleados oficiales que desarrollan actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni a aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

Por su parte, el Decreto 929 de 1976, "Por el cual se establece el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República y sus familiares", preceptuó:

"Artículo 7. Los funcionarios y empleados de la Contraloría General tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y 50 si son mujeres, y cumplir 20 años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto, de los cuales por lo menos diez lo hayan sido exclusivamente a la Contraloría General de la República a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre".

De la norma transcrita, se identifica que los funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República tendrían derecho a que se les reconozca una pensión de jubilación en un 75%

⁶ Su 395 de 2017 pag 88

del promedio de los salarios devengados durante el último semestre una vez cumplan los requisitos de i) edad (55 años hombres y 50 años mujeres) y ii) tiempo de servicios (20 de años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de dicho Decreto y que por lo menos 10 los hayan sido a la Contraloría General de la República.

Posteriormente, se expidió el Decreto Ley 720 de 1978, "Por el cual se establece el sistema de clasificación y nomenclatura de los empleos de la Contraloría General de la República, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones", señalando que:

"Artículo 40.- DE OTROS FACTORES DE SALARIO. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos y del valor del trabajo suplementario o del realizado en días de descanso obligatorio, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios. Son factores de salario: a). Los gastos de representación. b). La bonificación por servicios prestados. c). La prima técnica d). La prima de servicio anual e). Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión de servicio".

Como se puede observar, la norma transcrita enuncio de manera general los factores que conforman el ingreso base de liquidación de las pensiones de los trabajadores de la Contraloría General de la Republica, pero adicionalmente precisó que *"constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios"*, por lo que se hace necesario identificar lo demás factores considerados como salario y aplicable para los empleados y funcionarios de la Contraloría General de la Republica.

Para lo pertinente, se trae a colación el artículo 17 del Decreto 929 de 1976, que menciona que cuando no se oponga el texto y finalidad de dicho Decreto, las disposiciones del Decreto 3135 de 1968 y normas que lo modifican y adicionan, serán aplicables a los empleados de la Contraloría General de la República, siendo así, se debía aplicar lo preceptuado en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma posterior, de carácter general, que determina los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar la cesantía y la pensión de jubilación.

Ahora bien, debe precisarse que los funcionarios de la rama ejecutiva, nacional, departamental, municipal, a los servidores públicos del Congreso, a la rama judicial, Ministerio Público, Fiscalía, Organización Electoral y de la Contraloría General de la República fueron incorporados al Sistema General de Pensiones, regido por la ley 100 de 1993, a partir del Decreto 691 de 1994, para ellos la vigencia comenzó a regir, en el orden nacional, el 1º de abril de 1994.

Sin embargo, el Decreto 691 de 1994 consagró igualmente un régimen de transición, que por lo tanto se torna inalterable: *"Artículo 4º. Los servidores públicos que seleccionen el régimen de prima media con prestación definida, estarán sujetos al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y demás disposiciones que lo reglamentan"*.

Es así, que de las consideraciones esbozadas se tiene que al caso concreto es aplicable los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el régimen especial de los funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República, tal y como lo expuso la H. Corte Constitucional en la Sentencia SU395 del 22 de junio de 2017, que al respecto dijo:

*"En primer lugar, tal como se advertía en el capítulo anterior sobre el alcance del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la Caja Nacional de Previsión Social - Cajanal E.I.C.E.- **acertadamente se rigió para el reconocimiento y pago de las pensiones de las demandantes en los casos bajo estudio, por la citada Ley y su régimen de transición, que mantuvo (i) el tiempo de servicios, (ii) la edad y (iii) el monto de la pensión del régimen anterior; por ello, aplicó el Decreto 929 de 1976 en esos aspectos, pero no para los factores salariales,***

porque le correspondía lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios, señalados específicamente en el Decreto 1158 de 1994.

Sin embargo, en las sentencias objeto de acción de tutela se interpretó que los factores salariales deben ser los consagrados en el régimen anterior, en cuanto que las demandantes son beneficiarias del régimen de transición. Es decir, se concluyó, sin más, que el monto de la pensión al que se refiere el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no significa únicamente la tasa de reemplazo, sino que también incluye el ingreso base de liquidación en sí mismo considerado y los factores salariales -y demás elementos constitutivos de la liquidación pensional-.

De esta suerte, concluyeron que a las demandantes se les debía reconocer una pensión equivalente (i) al 75% (tasa de reemplazo establecida en el art. 7 del Decreto 929 de 1976) (ii) del promedio de los salarios devengados durante el último semestre de servicios (IBL señalado en ese mismo precepto), (iii) incluyendo los factores salariales enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, por así autorizarlo el artículo 17 del Decreto 929 de 1976, que hizo extensivas las disposiciones del Decreto 3135 de 1968 y las normas que lo modifican y adicionan a los empleados de la Contraloría General de la República, en cuanto no se opongan a dicho decreto ni a su finalidad. Igualmente, se dio aplicación al caso del artículo 40 del Decreto 720 de 1978, que establece factores adicionales de salario, ordenamiento este último destinado a los servidores del ente fiscal.

Frente a esta conclusión, se advierte, al rompe, un defecto sustantivo por interpretación contraria a lo expresamente establecido por el legislador en los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como por desconocimiento de las sentencias de constitucionalidad con efecto erga omnes C-168 de 1995 y C-258 de 2013.” (Negrilla y subrayado por el Despacho)

Caso concreto.

Conforme lo anterior y el criterio adoptado por este Despacho, con base en la posición que al respecto ha señalado la H. Corte Constitucional en sentencias C-168 de 1995, C-258 de 2013, SU 230 de 2015, SU 427 de 2016, SU 210 de 2017 y SU 395 de 2017, el régimen pensional de la accionante se rige en lo atinente a la edad, tiempo de servicios y monto en lo establecido en el Decreto 929 de 1976 y el ingreso base de liquidación, por lo establecido en la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios

Precisado lo anterior, se tiene que el artículo 36, inciso 3, de la Ley 100 de 1993, no define los elementos integrantes de la remuneración del afiliado sujeto al régimen de transición, que conforman el ingreso base para calcular el monto de las cotizaciones obligatorias al Sistema General de Pensiones, ni tampoco los que deben conformar el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, sino que establece los periodos de remuneración que deben tomarse en cuenta para determinar este ingreso.

Por consiguiente, para los referidos efectos resulta indispensable remitirse a lo que dispone el artículo 18 de la Ley de Seguridad Social en cuanto define que el salario mensual base de cotización para los servidores del sector público será el que se señale, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992.

De igual manera el Decreto reglamentario 1158 de 1994⁷ consagra lo siguiente:

⁷ Por el cual se modifica el artículo 6o del Decreto 691 de 1994.

“El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

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

La señora MARÍA NOHEMY PRIETO ORTIZ para efectos de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación se encuentra dentro de la excepción consagrada en el segundo inciso del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, cuyo tenor literal establece que dicho régimen general no se extiende a "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.", por cuanto trabajo desde el 3 de octubre de 1968 al 21 de diciembre de 1994 para la Contraloría General de la República, quienes gozaban de un régimen especial contemplado en el Decreto 929 de 1976 .

La señora MARÍA NOHEMY PRIETO ORTIZ, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994), tenía 42 años de edad (folio 3) y ostentaba 26 años de servicios, razón por la que se debe tener en cuenta, se repite la edad, el tiempo de servicio, y el monto del Decreto 929 de 1976 y el ingreso base de liquidación del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

La parte demandante adquiere su status pensional el 26 de febrero de 2002.

La demandante discrepa respecto de los factores a tener en cuenta en la liquidación pensional. En el caso examinado se tiene que a la demandante se le había reconocido pensión de jubilación por medio de la Resolución 22238 del 9 de agosto de 2002 y la liquidación respectiva se efectuó con el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 8 meses y 21 días (abril-diciembre de 1994), conforme con el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y la sentencia C-168 de 20 de abril de 1995 proferida por la H. Corte Constitucional, folio 2-5, teniendo en cuenta la asignación básica según el decreto 1158 de 1994 folio 2-5.

La parte demandante solicita tanto en sede administrativa como en sede judicial que se aplique el IBL con fundamento en la normatividad anterior a la ley 100 de 1993, esto es el régimen especial contemplado en el Decreto 929 de 1976 y de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado para efectos de que se tengan todos los factores devengados en el último semestre anterior al retiro definitivo del servicio.

Teniendo en cuenta que la interpretación dada por la Corte Constitucional en las materias que le han sido asignadas por la Constitución como intérprete de la Carta Política deben preferirse incluso sobre las adoptadas por otros órganos de cierre, acogiendo el precedente fijado, el Ingreso Base de Liquidación, de las personas beneficiadas con el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, como es el caso de la señora MARÍA NOHEMY PRIETO ORTIZ, debe ser liquidado conforme al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de los salarios devengados que sirvieron de base para los aportes durante los últimos 10 años de servicio o el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, pues con el régimen de transición consagrado en la citada ley el legislador no quiso mantener la aplicación en su totalidad de la normativa que gobernaba

sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella y observando que la entidad demandada le reconoció la pensión de jubilación a la parte actora, aplicando el inciso 3º, artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es teniendo en cuenta factores establecidos en el decreto 1158 de 1994 según las normas aplicables al caso y la jurisprudencia antes señalada, es procedente negar las pretensiones de la demanda. En consecuencia, los actos administrativos acusados conservan su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que los amparaba.

Costas: El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *“Salvo en los procesos 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”*.

Así también el numeral 4º del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *“Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas....”*.

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los proceso de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso⁸, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: *“La condena en costas 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 propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.”*. (Subrayas para resaltar)

Ahora bien, el Consejo de Estado⁹ ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

“Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto.

⁸ Cfr La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

⁹ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil

Lo que no obsta para que se exija "prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley"

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<"debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación">>¹⁰

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se han comprobado las mismas.

El Despacho, conforme con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, en tanto no se ha comprobado su valor en esta instancia además de que hubo un uso debido y no arbitrario de los instrumentos procesales por parte de esta.

III. DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer causadas.

TERCERO: Una vez en firme esta sentencia. **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y, **ARCHÍVENSE** las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

CUARTO: Esta sentencia queda notificada en ESTRADOS, conforme se establece en el artículo 202 del C.P.A.C.A. y contra ella procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA con consonancia con el inciso 4 del artículo 192 del CPACA.

De la sentencia se corre traslado a las partes:

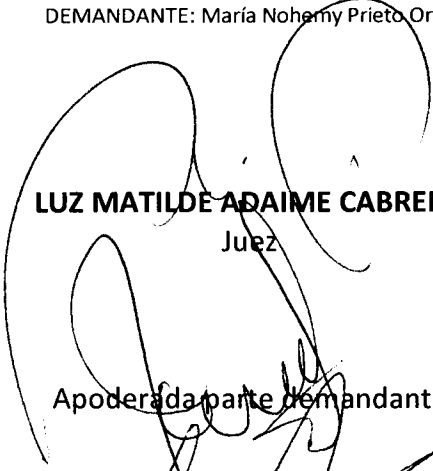
La parte actora: presenta recurso de apelación, el cual lo sustentara dentro del término legal.

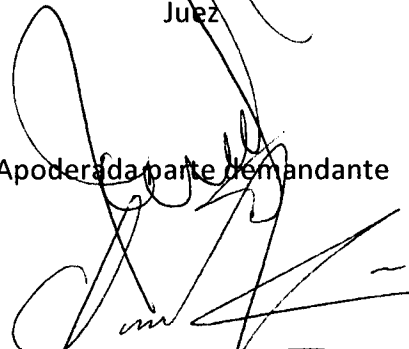
La parte demandada: Sin recurso

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se da por terminada, siendo las minutos de la mañana y se firma por quienes en ella intervinieron

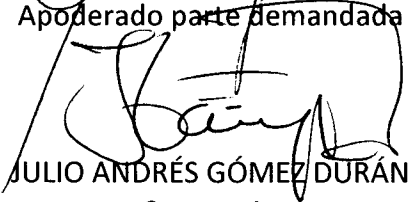
FIRMAS,

¹⁰ Cfr las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nros. 20616 y 20389, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez


Apoderada parte demandante


Apoderado parte demandada


JULIO ANDRÉS GÓMEZ DURÁN
Secretario

JAG

