

Señores

JUZGADO 011 SECCIÓN SEGUNDA - ORAL ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
E.S.D.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PROCESO DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

RADICADO: **11001333501120220033300**

Demandante: **JUAN DE JESUS RODRIGUEZ MONTENEGRO**
C.C. No. 19225769

Demandado: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**

KARINA VENCE PELAEZ identificada con C.C. No 42.403.532, y portadora de la T.P. 81621 del C. S. de la J., actuando como apoderada general de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -**COLPENSIONES**, y con el fin de amparar el derecho de defensa de la entidad a la que represento, de acuerdo al poder allegado en su oportunidad, en el presente escrito a efectos de contestar la demanda me permito hacerlo en los siguientes términos:

NATURALEZA JURÍDICA DE LA ENTIDAD DEMANDADA, REPRESENTACIÓN LEGAL Y DOMICILIO

La Administradora Colombiana de Pensiones -**COLPENSIONES**- es una empresa industrial y comercial del estado del orden nacional, organizada como entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio de Trabajo con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida incluyendo la administración de los beneficios económicos periódicos de que trata el **Acto Legislativo 01 de 2005** modificadorio del **artículo 48 de la Constitución Política**, de acuerdo con lo que establezca la ley que los desarrolle.

La representación legal la ejerce el Doctor **JAIME DUSSAN CALDERÓN**, identificado con la **cédula de ciudadanía 12.102.957** o quien haga sus veces y quien obra en su calidad de presidente según consta en el **Acuerdo No. 012 del 23 de noviembre de 2022 y Acta de Posesión No. 02 de diciembre del 2022**.

CONTESTACIÓN DE LAS PRETENSIONES

La Entidad se opone a todas y cada una de las pretensiones interpuestas por la parte actora, en razón a que lo pretendido, en este caso, es que “se declare la nulidad parcial de la Resolución No. SUB 298076 del 09 de noviembre de 2021, se declare la nulidad de la Resolución No. DPE 810 del 26 de enero de 2022 y como consecuencia de las declaratoria de nulidades se proceda a la reliquidación de la pensión de vejez del señor JUAN DE JESUS RODRIGUEZ MONTENEGRO, teniendo en cuenta el promedio de todas las cotizaciones efectuadas al sistema pensional en los últimos 10 años anteriores al retiro acorde con lo establecido en la sentencia de unificación proferida por el CONSEJO DE ESTADO del 28 de agosto de 2018 dentro del expediente 52001233300020120014301 con ponencia del Honorable Consejero CESAR PALOMINO CORTES. Así mismo, solicita se

condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES a reconocer a favor del actor los reajustes legales para todos los años a partir del reconocimiento y a pagar las diferencias que resulten de la pensión reliquidada y la que venía pagando, así como la indexación aplicando la racionar del índice de precio al consumidor (IPC) certificado por el DANE y dando aplicación a los artículos 187 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

Aunado a lo anterior, nos oponemos a que se ordene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES a dar cumplimiento de la sentencia en el término fijado en el artículo 192 del Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo, esto por cuanto NO EXISTE SENTENCIA JUDICIAL A FAVOR DEL ACTOR QUE DEBA mi representada cumplir, refiriéndose a la condena de intereses moratorios como si se tratara de un proceso ejecutivo por incumplimiento de sentencia, situación que no opera en este asunto en particular, pues ha de determinarse en primer lugar si al señor JUAN DE JESUS MONTENEGRO le asiste razón en sus pretensiones.

En efecto y sobre el particular, es necesario advertir que los intereses moratorios de que trata el artículo 192 del CPACA, se generan por el tardío cumplimiento de las condenas judiciales, y se originan únicamente respecto de las cantidades líquidas causadas hasta la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia, lo que significa, que la fecha de ejecutoria de la decisión judicial, marca el límite de conformación del capital sobre el cual se calculan los intereses moratorios en comento.

En otras palabras, las sumas líquidas reconocidas en una sentencia devengan intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, por lo cual, se reitera, que es sobre el capital indexado generado hasta dicha fecha el que debe ser tenido en cuenta para calcular intereses moratorios, sin que sea viable que el mismo contenga mesadas que se causaron con posterioridad a dicha ejecutoria y/o que dicho capital se incremente periódicamente con los intereses que va devengado mes a mes, pues tal figura, se convertiría en anatocismo al permitir que los intereses devenguen más intereses figura que por demás se encuentra prohibida en nuestro ordenamiento jurídico.

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario señalar que los intereses se calculan, sobre las mesadas indexadas causadas hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia declarativa y el periodo de cálculo va de la ejecutoria hasta la fecha efectiva de pago. No se calculan intereses en el mes que se incluye en nómina, porque se considera que no se causan, dados los tiempos establecidos para el reporte y pago de la nómina.

En los casos del Artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el plazo es de tres (3) meses

En efecto, la norma que establece la forma como se deben liquidar los intereses que se pretenden en el proceso ejecutivo que nos ocupa, es el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, el cual dispone:

“ARTÍCULO 192. CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS O CONCILIACIONES POR PARTE DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS. Cuando la sentencia imponga una condena que no implique el pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, la autoridad a quien corresponda su ejecución dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación, adoptará las medidas necesarias para su cumplimiento.

Las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de diez (10) meses, contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia. Para tal efecto, el beneficiario deberá presentar la solicitud de pago correspondiente a la entidad obligada.

Las cantidades líquidas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto, según lo previsto en este Código.

Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el Juez o Magistrado deberá citar a audiencia de conciliación, que deberá celebrarse antes de resolver sobre la concesión del recurso. La asistencia a esta audiencia será obligatoria. Si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso.

Cumplidos tres (3) meses desde la ejecutoria de la providencia que imponga o liquide una condena o de la que apruebe una conciliación, sin que los beneficiarios hayan acudido ante la entidad responsable para hacerla efectiva, cesará la causación de intereses desde entonces hasta cuando se presente la solicitud”.

Que de conformidad con lo señalado en el inciso quinto (5º) del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 la solicitud de pago presentada por los beneficiarios dentro de los tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de la providencia judicial, impedirá la suspensión de la causación de intereses, siempre y cuando sea presentada con la totalidad de los requisitos y documentos anteriormente señalados.

De igual manera, una vez suspendida la causación de intereses, la misma se reanudará solamente cuando la solicitud sea presentada con la totalidad de los requisitos y documentos de que trata este artículo.”

Así las cosas, son IMPROCEDENTES LOS INTERESES MORATORIOS DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 192 DE LA LEY 1437 DE 2011, por cuanto no estamos en un proceso ejecutivo por el incumplimiento de una orden judicial.

CONTESTACIÓN A LOS HECHOS

AL HECHO 1: es cierto, conforme se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía aportada en la documental que acompaña la demanda. En cuanto a las semanas cotizadas al sistema de seguridad social es cierto conforme se desprende la información de la Resolución SUB 298076 del 09 de noviembre de 2021.

AL HECHO 2: es cierto, se desprende de la documental allegada con la demanda.

AL HECHO 3: es cierto, se desprende de la documental allegada con la demanda.

AL HECHO 4: es cierto, se desprende de la documental allegada con la demanda.

AL HECHO 5: es cierto, se desprende de la documental allegada con la demanda.

AL HECHO 6: es cierto, se desprende de la documental allegada con la demanda.

ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

En primera medida se debe de determinar que según consta en el expediente del demandante, se reliquidó la mesada pensional mediante Resolución No. SUB 298076 del 09 de noviembre de 2021, aplicando la Ley 71 de 1988 es decir con IBL del 75%.

A partir de la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en lo que respecta a la aplicación del régimen de transición, las administradoras de RPM han negado el reconocimiento de la pensión de la Ley 71 de 1988 teniendo en cuenta que dicha normativa, para ser considerada como régimen pensional de referencia para los beneficiarios de la transición, estaba condicionada a la acreditación de tiempos de servicio más cotizaciones al ISS realizados antes del 1º de abril de 1994 lo cual configuraba la expectativa legítima del derecho pensional por aportes.

Para mayor ilustración, en el concepto DJN-US 16881 del 20 de noviembre de 2006 en el cual se reitera el criterio plasmado en el memorando GNAP No. 001586 del 10 de febrero de 2004, el ISS como administradora del RPM señaló lo siguiente:

“(…) Debe recordarse que lo que protege el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es una expectativa legítima de alcanzar un derecho pensional, por lo tanto, quien a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones siendo beneficiario de la transición, pretenda alcanzar el derecho pensional al tenor de la Ley 71 de 1988, debe tener la expectativa legítima para pensionar con dicho régimen, esto es, deberá encontrarse bajo la hipótesis fáctica establecida en el artículo 7º de la Ley 71 de 1988 en cuanto atañe a la acumulación de aportes en el sector público y en el I.S.S. antes del 1º de abril de 1994, de modo que con posterioridad al tránsito legislativo al completar el requisito de los 20 años de aportes y cumplida la edad mínima, el afiliado pueda acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes con el régimen pensional anterior de referencia”.

“Al respecto la H. Corte Constitucional en sentencia C-789 de 2002 afirmó: “La creación de un régimen de transición constituye entonces 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”.

“En este orden de ideas y para el caso de las personas beneficiarias del régimen de transición que con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 se encontraban vinculadas como servidores públicos aportando a entidades de previsión del sector público, y antes del 1º de abril de 1994 también cotizaron al régimen de IVM del I.S.S., les es aplicable la Ley 71 de 1988 cuando quiera que sumados los tiempos cotizados al Instituto y los aportes efectuados a entidades de previsión social del sector público acrediten los 20 años de aportes de que trata dicha normativa, caso en el cual accederán a esta prestación una vez cumplido el mínimo de edad en los términos del artículo 7º de la referida normativa, siendo éste el régimen aplicable en transición por ser anterior”.

“Bajo esta hipótesis no es aplicable la Ley 71 de 1988 en los siguientes eventos:”

- “Si la persona beneficiaria de la transición durante su vida laboral efectuó todos sus aportes al I.S.S. con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 con entidades privadas y a 1º de abril de 1994 se vincula como servidor público incorporado al I.S.S., el régimen pensional de referencia no sería otro sino el establecido en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 aprobatorio del Acuerdo 049 de 1990 por cuanto éste fue el único régimen anterior aplicable en virtud del inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993”.

- “Si la persona beneficiaria del régimen de transición prestó servicios al Estado con aportes a Entidades de Previsión del sector público, y a 1º de abril de 1994 se afilia al I.S.S. en calidad de servidor público, el análisis de la prestación será con arreglo a lo dispuesto en el régimen general o especial vigente a 1º de abril de 1994 aplicable a los servidores públicos por ser la normativa pensional anterior de referencia”.

“Distinto es el caso –vg- de servidores que cotizaban a cajas o fondos públicos, luego se vincularon a una entidad pública que cotizaba al I.S.S. con antelación a 1º de abril de 1994 y con posterioridad a dicha fecha continuaron cotizando al I.S.S. en el sector público”.

“Aquí pueden concurrir dos regímenes pensionales: el contenido en la Ley 33 de 1985 como quiera que esta normativa era una de las disposiciones anteriores a 1º de abril de 1994 en razón de los tiempos de aportes a cajas y fondos públicos y en el I.S.S. en calidad de servidor público –la cual ostentaba en dicha fecha-; y el régimen de I.V.M. del I.S.S. contenido en el Decreto 758 de 1990 en virtud de la afiliación y cotizaciones efectuadas antes y con posterioridad a 1º de abril de 1994”.

“En este evento y a efecto de dirimir el conflicto que pudiera suscitarse con ocasión de la concurrencia de dos o más regímenes pensionales vigentes para el sector público en virtud del régimen de transición para un mismo supuesto fáctico, el artículo 53 de la Carta política prevé la posibilidad de aplicar el principio de favorabilidad el cual opera cuando una misma situación fáctica se encuentra regulada en distintas fuentes formales del derecho vigentes (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), en una misma, caso en el cual, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa al trabajador”. “(…)

Lo anterior se sintetiza en que, para los beneficiarios del régimen de transición, la Ley 71 de 1988 procede para aquellos casos en los que, cumplido el requisito mínimo de edad, la persona acreditaba antes del 1 de abril de 1994 aportes a entidades públicas y al menos un día cotizado al ISS. En esa medida:

- Si se acumulan sólo aportes o tiempos en el sector público antes del 1 de abril de 1994, la norma a aplicar por transición es la Ley 33 de 1985.
- Si se acumulan sólo cotizaciones al ISS antes del 1 de abril de 1994, la norma a aplicar por transición sería el Decreto 758 de 1990.
- Si concurren dos o más regímenes pensionales, en la decisión prestacional se escogerá el más favorable.

De otra parte, en tratándose de la interpretación para aplicar La Ley 71 de 1988, las administradoras del RPM exigen única y exclusivamente aportes a cajas previsionales, fondos o entidades del sector público y cotizaciones al ISS, por lo que a criterio de las administradoras de RPM no sería viable aplicar dicha Ley cuando se acumulan tiempos públicos de servicio sin aportes a cajas previsionales o fondos.

Tratándose del caso en concreto, es pertinentes referir las reglas establecidas en la sentencia de unificación proferida por el CONSEJO DE ESTADO del 28 de agosto de 2018 dentro del expediente 52001233300020120014301 con ponencia del Honorable consejero CESAR PALOMINO CORTES:

En el caso de la Ley 100 de 1993, el legislador quiso conciliar la finalidad que motivó la reforma, con la protección frente al impacto que el tránsito legislativo iba a generar, estableciendo un régimen de transición especial para el grupo de personas a las que ya se ha hecho referencia; régimen distinto tanto del anterior como del nuevo, con unas reglas que conservaban los requisitos del régimen anterior, pero con un elemento particular, concretamente, el periodo que se iría a tener en cuenta para fijar el monto de la mesada pensional; periodo que no es otro que el previsto en el inciso 3 del artículo 36 o en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993¹, así:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.
- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones, indudablemente, le son más favorables”.

De otro lado, esta sentencia también hizo alusión a los criterios interpretativos del IBL, y su forma de calcularlo, para lo cual fija dos (2) subreglas:

“.....**LA PRIMERA SUBREGLA:** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es: Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años

¹ Aplicable en virtud del inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que dispone que 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.

anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE....”

“.....**LA SEGUNDA SUBREGLA:** es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones...”

Por manera, que no es posible incluir en la base de liquidación pensional factores salariales que no se encuentren taxativamente en las leyes 33 y 62 de 1985 y sobre los cuales el pensionado no haya hecho aportes para pensión, pues iría en contravía de la voluntad del legislador y con ello se afectaría las finanzas públicas.

En tal sentido, y de tiempo atrás la H. Corte Constitucional en sentencia C- 258 de 2013, indicó que una interpretación que permitiera la inclusión de todos los factores sin que se tenga en consideración si estos tienen el carácter remunerativo o si sobre estos se realizó cotización al Sistema General de Pensiones es inconstitucional puesto que va en detrimento del principio de solidaridad que rige la seguridad social y los objetivos del Acto Legislativo número 1 de 2005 y de la sentencia C- 608 de 1999 que tiene efectos erga omnes.

OBLIGATORIEDAD DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y APLICACIÓN DE LA EXTENSIÓN DE JURISPRUDENCIA.

En tal sentido, se dirá que para la Entidad se torna obligatorio el reconocimiento y aplicación de la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, como quiera que sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y los particulares cuando a través de sus competencias constitucionales establecen interpretaciones vinculantes frente a los principios de la Norma Superior.

No puede perderse de vista que las normas de cualquier tipo deben estar sujetas y respetar los preceptos constitucionales, guardando la armonía del sistema jurídico, lo cual implica el respeto por la seguridad jurídica que deben tener los asociados.

Así las cosas, es válido y pertinente, por parte de mi representada tener la facultad legal al momento de decidir los casos en estudio, el de observar con preferencia los precedentes de la alta corporación constitucional, ello atendiendo la jerarquía del sistema de fuentes previsto en la Norma Superior y el principio de la supremacía constitucional, como en efecto ocurre en el presente caso; es así que las autoridades pueden apartarse de la figura de la extensión jurisprudencial por cuanto no se dan los presupuestos para su aplicación y cuando consideren que la misma es errada y sin olvidar lo manifestado por el órgano constitucional.

En sentir de la Entidad, la H. Corte Constitucional ha dado una interpretación correcta a la aplicación del régimen de transición, esto en lo atinente al IBL, que resulta aplicable para el caso concreto, de tal manera que dicho estudio resulta obligatorio y aplicable por parte de mi representada.

Ahora bien, nada obsta su señoría respetuosamente para que aplique frente al caso concreto los criterios jurisprudenciales de la alta corporación constitucional, que a continuación pasan a exponerse, ello en atención a las máximas de autonomía e independencia de los jueces prevista en los artículos 228 y 230 de la Norma Superior, tal como en efecto lo acogió en reciente pronunciamiento el H. Consejo de Estado- Sección Segunda-Subsección A, en sentencia del 12 de julio de 2017, con ponencia del Dr. William

Hernández Gómez, siendo accionado el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, en los siguientes términos:

(...)

“Obsérvese que ante la diferencia de criterios, esto es, entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, el Tribunal accionado adoptó la que consideró apropiada, en virtud a la libertad de interpretación y autonomía del juez, es decir, optó por aplicar el precedente jurisprudencial determinado por la Corte Constitucional y no la posición sentada por esta Corporación.

En efecto, la autonomía e independencia de los jueces reconocida a nivel constitucional (C.P. Artículos 228 y 230), son facultades que le otorga el Estado y cuya limitación se enmarca por la constitución y las leyes.

Desde esa perspectiva, los jueces de la República en su labor de administrar justicia pueden a través de una carga argumentativa suficiente, clara y explícita aplicar e interpretar los mandatos abstractamente definidos por el legislador; de igual forma, apartarse de los dictados de los fallos de sus superiores o adoptar una de las tesis cuando sobre el mismo asunto versen diversas posiciones.

Es precisamente de esta prerrogativa de la cual se revisten los funcionarios judiciales para optar la interpretación que según su leal saber y entender considere más apropiada y frente a la cual le está vedado al juez constitucional cualquier consideración; máxime cuando el juez natural en un legítimo ejercicio de la autonomía e independencia judicial decidió razonablemente una de las posiciones que puede asumirse sobre el tema en discusión.

En esa medida, no es cierto como el accionante lo afirma que el ad quem desconoció la posición de esta Corporación, sino que acogió su decisión con fundamento en la interpretación que consideró era la correcta respecto a los factores salariales y el IBL que debía aplicarse para las pensiones de las personas beneficiarias del régimen de transición y de la Ley 33 de 1985.

Por lo tanto, no puede afirmarse que la autoridad demandada hubiese incurrido en desconocimiento del precedente judicial del Consejo de Estado o en un defecto sustantivo, toda vez que decidió acoger una de las posiciones desarrolladas al respecto por las Altas Cortes.”

SOLICITUD DE APLICACIÓN DE LA SENTENCIA SU-230/15

EXPEDIENTE T-3.558.256 - SENTENCIA SU-230/15 (abril 29) M. P. Jorge Pretelt Chaljub.

La Sala Plena estudió la acción de tutela interpuesta por el señor Salomón Cicerón Quintero Rodríguez en contra de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Banco Popular S.A., por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital, al ordenar que la liquidación de su mesada pensional se realizara con base en el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años (Ley 100 de 1993, artículo 36), y no teniendo en cuenta el promedio de los salarios devengados en el último año (artículo 1º Ley 33 de 1985), como, según el actor, correspondía.

El actor señaló que su empleador, así como los jueces laborales, aplicaron indebidamente el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 incisos 2º y 3º, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, 1º de la Ley 62 de 1985, artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, y artículos 68 y 75 del Decreto 1848 de 1969, pues su pensión debía ser liquidada teniendo en cuenta el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio en el que se

incluyen todos los factores salariales. Alegó que el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 conservó para sus beneficiarios la aplicación de la norma anterior, en lo relativo a edad, tiempo de servicios y monto de la prestación, pero no en lo relacionado con el ingreso base de liquidación.

Dicha Corporación, encontró que la sentencia C-258 de 2013, fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en aquel régimen general, las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca. De otro lado, resaltó que mediante auto A-326 de 2014, por el cual se resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T-078 del mismo año, la Sala reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido en que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación.

Por lo tanto, concluyó que en el caso del actor no hubo vulneración de su derecho al debido proceso, pues no se estructuró el defecto sustantivo alegado, ya que si bien existía un precedente jurisprudencial que seguían las Salas de Revisión para resolver problemas jurídicos como el que ahora el actor pone a consideración de la Corte, lo cierto es que esa postura cambió a partir de los recientes pronunciamientos de la Sala Plena, que fijan un precedente interpretativo sobre el alcance de los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

H. Magistrado (a), para expresar que en la sentencia SU-230 de abril 29 de 2015, dentro del expediente T-3.558.256, MP Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. la Corte Constitucional reitera la interpretación correcta del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece el régimen de transición, y ratifica la posición que tanto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia como la misma Corte Constitucional -en sentencias C-258/13, T-892/13 y T-078/14- han tenido al respecto, y que soporta la posición asumida por la Entidad: **que las mesadas en régimen de transición se liquidan con edad, tiempo en cotizaciones y monto del régimen anterior que se aplica ultractivamente, entendiendo monto única y exclusivamente como tasa de reemplazo, pero que período de liquidación y factores, es decir, el cálculo del IBL, se hace con las reglas contenidas en la propia ley 100 de 1993**, en cuyo caso solicitamos su aplicación.

En suma, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en la sentencia en cita manifestó lo siguiente, para tal efecto me permito transcribir los apartes más importantes de la misma:

(...)

“Es importante recordar que el propósito original del legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 fue crear un régimen de transición que beneficiara a las personas que tenían una expectativa legítima de pensionarse bajo la normativa que sería derogada con la entrada en vigencia de la ley 100. En concreto, en la Sentencia C-258 de 2013² se señaló que, el beneficio derivado de pertenecer al régimen de transición se traduce en la aplicación posterior de las reglas derogadas en cuanto a los requisitos de (i) edad, tiempo de servicios o cotizaciones y (iii) tasa de reemplazo. Sin embargo, frente al ingreso base de liquidación (IBL) la Corte sostuvo que no era un aspecto a tener en cuenta en dicho régimen.

² M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Dicha voluntad del legislador, afirmó la Corte, puede evidenciarse del mismo texto del inciso tercero del artículo 36 de la ley 100. Agregó que entender lo contrario, en el caso particular del régimen especial derivado del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, desconocía el derecho a la igualdad.

Así, este Tribunal declaró inexecutable la expresión “durante el último año” señalando que el IBL debía calcularse de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Como se evidencia, la Corte, en sede de control abstracto de constitucionalidad, adoptó una interpretación sobre la aplicación integral del régimen especial de los beneficiarios del régimen de transición e interpretó la regla a seguir sobre el IBL, estableciendo que este no era un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100.

Tal como fue advertido por la Sala Plena mediante Auto No. 326 de 2014, esta Corporación no se había pronunciado de manera expresa acerca de la interpretación que debía otorgarse a las disposiciones que contemplaban lo atinente al monto y al ingreso base de liquidación en el régimen de transición. En este respecto, expuso:

*“En efecto, en un primer momento, en la Sentencia C-168 de 1995 se declaró inexecutable un aparte del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el cargo de igualdad frente al tiempo inferior a dos años para los trabajadores del sector privado y un año para el público, pero no se hizo pronunciamiento alguno sobre si el monto estaba o no ligado al concepto de base de liquidación³; en un segundo momento, en la Sentencia C-1056 de 2003, se declaró inexecutable la modificación introducida por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003 al inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y, en la Sentencia C-754 de 2004, se declaró inexecutable el artículo 4º de la Ley 860 de 2003, mediante el cual se hizo un segundo intento de modificación a la norma de la ley 100 antes referida, sin que se abordara lo referente a la interpretación de las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición. Así, pues, sobre el contenido literal de la Ley 100 de 1993, que hace referencia expresa a que en lo atinente a las demás condiciones y requisitos pensionales que no estén regulados por ése artículo, se regirán por las normas contenidas en la ley del sistema general de pensiones, la Sala Plena de este tribunal no había hecho una interpretación antes de la Sentencia C-258 de 2013⁴”.*⁵

Aunque la interpretación de las reglas del IBL establecidas en la Sentencia C-258 de 2013⁶ se enmarcan en el análisis del régimen especial consagrado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, con fundamento (i) en que dicho régimen vulneraba el derecho a la igualdad al conceder privilegios a una de las clases más favorecidas de la sociedad y (ii) en la medida en que el régimen especial de congresistas y magistrados contiene ventajas desproporcionadas frente a los demás regímenes especiales, ello no excluye la interpretación en abstracto que se realizó sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas

³ “El aparte final del inciso tercero del artículo 36, objeto de impugnación, en el que sí se consagra una discriminación, que la Corte encuentra 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.”

⁴ En el Auto 144 de 2012, por medio del cual se declaró la nulidad de la Sentencia T-022 de 2010, el magistrado Mauricio González Cuervo salvo su voto al considerar que no existía hasta ese momento un pronunciamiento de constitucionalidad expreso sobre la interpretación del monto pensional y, que la jurisprudencia de las Salas de Revisión no había sido uniforme en lo que respecta a la interpretación de los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 -referentes al monto-. De esta manera, señaló que la sentencia declarada nula, acogió válidamente una de las tesis trazadas por la jurisprudencia; lo cual, no la vicia de nulidad en tanto que, al no existir un pronunciamiento específico por parte de la Sala Plena, le era posible escoger alguna de las posturas abordadas en sede de revisión respecto de cada caso en concreto”.

⁵ M.P. Mauricio González Cuervo

⁶ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

contenidas en este las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca.

En este sentido, en la Sentencia T-078 de 2014⁷ se denegó el amparo al debido proceso invocado por un ciudadano, quien alegaba dicha vulneración, aduciendo que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y Caprecom habían desconocido el régimen especial que lo cobijaba porque su pensión se liquidó con base en el promedio de lo devengado en los diez últimos años y no en el último año como lo establecía la normativa derogada a la cual se encontraba sujeto para efectos del reconocimiento de su prestación económica.

Al respecto, afirmó la Sala Segunda de Revisión que la Sala Plena de esta Corporación mediante Sentencia C-258 de 2013⁸ estableció que la aplicación ultractiva de los beneficios del régimen de transición solo se refería a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, pero no al IBL.

Por eso, concluyó, existe un precedente a seguir en la materia, en particular cuando el conflicto versa sobre la aplicación integral del régimen especial que invoca el actor y el alcance que la Corte le otorgó al régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993 en el sentido de que el IBL no forma parte de este.

En consecuencia, indicó, no se configuró el defecto sustantivo alegado porque la decisión de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no es contraria a la interpretación fijada por la Corte Constitucional sobre el punto en discusión.

Contra el anterior fallo, el ciudadano presentó solicitud de nulidad por considerar que la Sala de Revisión no aplicó la jurisprudencia en vigor sobre el alcance del artículo 36 de la ley 100 y, con ello, desconoció el principio de integralidad del régimen especial.

Frente a la anterior petición, la **Sala Plena de la Corte Constitucional**, señaló que, en efecto, la interpretación fijada por la Corte sobre la exclusión del IBL como un aspecto del régimen de transición “constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no puede ser desconocido en forma alguna”⁹.

Agregó que la interpretación que realizó la Sala Segunda de Revisión de Tutelas sobre el alcance de los incisos segundo y tercero del artículo 36 al que se viene haciendo referencia se enmarca en el seguimiento -en estricto rigor- de la interpretación fijada por la Corte en Sentencia C-258 de 2013¹⁰.

De este modo, puede concluirse que aunque existía una línea jurisprudencial reiterada por las distintas Salas de Revisión de Tutelas en el sentido de que debía aplicarse el principio de integralidad del régimen especial que incluía el IBL, también lo es que no existía un pronunciamiento en sede de control abstracto de constitucionalidad que definiera la interpretación de esta disposición.

En este punto, cabe anotar que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional los pronunciamientos de la Corte, en particular, los que se emiten en sede de control abstracto, son obligatorios en razón a sus efectos erga omnes y de cosa juzgada constitucional y que basta tan solo una sentencia para que exista un precedente a seguir.

⁷ M.P. Mauricio González Cuervo

⁸ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

⁹ Auto 326 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo

¹⁰ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Ahondando en lo anterior, una de las formas de desconocer el precedente constitucional se da cuando “se contraría la ratio decidendi de sentencias de control de constitucionalidad, especialmente la interpretación de un precepto que la Corte ha señalado es la que debe acogerse a la luz del texto superior.”¹¹

Como lo ha expuesto esta Corporación, la jurisprudencia en vigor entendida como el precedente constitucional establecido de forma permanente para resolver problemas jurídicos con identidad fáctica no obsta para que la Sala Plena de la Corte, en ejercicio de su facultad interpretativa la modifique. Además, constituye un precedente obligatorio para las Salas de Revisión, quienes no tienen la facultad de variarlo en la aplicación concreta de los asuntos sometidos a su consideración.¹²¹³

Aunado a lo anterior, no debe perderse de vista que en atención a las sentencias proferidas por la Alta Corporación Constitucional anteriormente referidas, **la Sección Quinta del H. Consejo de Estado a través de fallo de tutela del 25 de febrero de 2016**¹⁴, revocó una providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y ordenó acatar a dicha instancia lo previsto por las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

A la par, vale la pena referir que la H. Corte Constitucional en sentencia **SU-395 del 22 de junio de 2017**, al pronunciarse en relación con unas acciones de tutela promovidas por la Caja Nacional de Previsión Social -Cajanal E.I.C.E liquidada, y otros, en contra del H. Consejo de Estado, -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-, a propósito de las decisiones adoptadas por esa corporación judicial, en el marco de procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, de ordenar que, para efectos de determinar la base de liquidación en el régimen de transición de las pensiones de vejez y de jubilación, debía tomarse en cuenta el promedio de la totalidad de factores constitutivos de salario devengados durante el último año de servicios, previstos en regímenes especiales anteriores a la Ley 100 de 1993.

En ese contexto, se planteó la existencia de tres problemas jurídicos relevantes que debían dilucidarse conforme a las especificidades ofrecidas en cada uno de los casos concretos. En primer lugar, le correspondió precisar si la bonificación especial o quinquenio como factor salarial para funcionarios de la Contraloría General de la República debía computarse en su totalidad o de forma proporcional como base integrante del monto pensional. En segundo término, identificó la necesidad de referirse al ingreso base de liquidación (IBL) y si tal concepto debía incluirse o no dentro de los parámetros aplicables al reconocimiento de las pensiones regidas por normas anteriores a la Ley 100 de 1993 en virtud del régimen de transición. En tercer y último lugar, debió establecer si el régimen de transición pensional permitía la aplicación del concepto de monto pensional del régimen especial anterior con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Examinadas estas aproximaciones en contraste con la jurisprudencia constitucional elaborada en la materia, la Sala Plena consideró en términos generales que, de conformidad con lo decidido en las Sentencias C-168 de 1995 y C-258 de 2013, a los beneficiarios del régimen de transición se les debe aplicar el ingreso base de liquidación (IBL) establecido en el artículo 21 y el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el que corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento pensional, debido a que es la

¹¹ T-1092 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-656 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹² Auto 022 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹³ Artículo 34 del Decreto 2591 de 1991: “Los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte”.

¹⁴ Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro, expediente: 11001-03-15-000-2016-00103-00.

interpretación normativa que mejor se ajusta a los principios constitucionales de equidad, eficiencia y solidaridad del artículo 48 Superior, a la cláusula de Estado Social de Derecho, y que evita los posibles casos de evasión y fraude al sistema.

En ese contexto, resaltó que la liquidación de pensiones de regímenes especiales no puede incluir todos los factores salariales, en tanto solo deben incorporarse aquellos que sean directamente remunerativos del servicio sobre los cuales los beneficiarios hayan realizado los correspondientes aportes. Interpretación que, según pudo constatar, ha sido reafirmada por la propia Corte Constitucional en las providencias T-078 de 2014, A-326 de 2014, SU-230 de 2015, T-060 de 2016, SU-427 de 2016 y SU-210 de 2017, en las que se ha dejado en claro que el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el ingreso base de liquidación.

De manera pues que, con base en tales reglas, concluyó que la autoridad judicial accionada, por medio de las providencias objeto de reproche, había incurrido en un defecto sustantivo y en vulneración directa de la Constitución, no solo por cuanto la bonificación especial o quinquenio debía calcularse proporcionalmente para efectos de determinar la base de liquidación pensional (expedientes T-3358903 y T-3364917), sino porque el ingreso base de liquidación no podía ser incluido junto con la edad, el tiempo de servicios cotizados ni la tasa de reemplazo, como parte de los beneficios ofrecidos por el régimen especial aplicable (T-3358979), así como tampoco podía entenderse que los conceptos monto pensional o tasa de reemplazo fuesen equivalentes al ingreso base de liquidación, pues éste último corresponde a los salarios devengados por el trabajador o a la base sobre la cual ha efectuado sus aportes al sistema, además de que el periodo por liquidar es el tiempo faltante al afiliado para adquirir el derecho, esto es, el transcurrido entre la fecha de vigencia de la Ley 100 de 1993 y la fecha en que se adquirió el derecho a la pensión, o el promedio de los 10 años anteriores a la fecha de su adquisición, actualizado anualmente con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE (expediente T-3364831).

Sumado a lo anterior, es relevante citar algunos de los pronunciamientos expuestos por la H. Corte Constitucional, a través de los cuales se estudió el alcance del régimen de transición y la configuración del abuso del derecho.

-SU 631 DE 12 DE OCTUBRE DE 2017:

“Para la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es claro que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, “estatuyó en forma expresa los cuatro elementos estructurales esenciales del derecho a la pensión de vejez, dos relacionados con el acceso a la prestación, y dos con la cuantificación del derecho económico”. Mientras la edad del afiliado y el tiempo de servicio o las semanas de cotización son elementos ligados al acceso al derecho, el monto de la prestación y el índice base de liquidación, son útiles para cuantificarlo.

Los elementos propios de la cuantificación de la prestación pensional -señaló dicha Alta Corporación en la sentencia en cita- son distintos entre sí. El índice base de liquidación – IBL-, por un lado, refiere el ingreso salarial que se tendrá en cuenta para aplicar la tasa de reemplazo y liquidar la mesada. Ese salario, bien puede ser igual a una única asignación (como en el caso del Decreto 546 de 1971) o a un promedio de lo devengado, ambas opciones en un marco temporal definido por el Legislador. En esa medida el IBL “depende de los ingresos del afiliado durante un lapso determinado por la ley”. Entre tanto, el monto

pensional o la tasa de reemplazo, alude al porcentaje del IBL que establece la ley. Aplicada la tasa de reemplazo al IBL, se estima la mesada pensional a devengar.

Así las cosas, a modo de ejemplo, el artículo 6° del Decreto 546 de 1971 al establecer que “los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho (...) a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas”, establece como IBL la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio el funcionario y, como monto pensional, el 75% de ese ingreso.

La jurisprudencia de esa Corporación, como la de la Corte Constitucional ha señalado que el régimen de transición excluyó deliberadamente el IBL. De tal modo a las personas beneficiarias del mismo, si bien le son aplicables los requisitos de acceso a la pensión del régimen anterior, cuales son la edad y el tiempo de servicio o las semanas cotizadas, para efecto de cuantificar la prestación, deben conciliar el monto de la pensión fijado en el régimen especial, y el IBL del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En esa medida cualquier pensión que en marco del régimen de transición, haya sido cuantificada exclusivamente con arreglo al régimen anterior y sin armonizarlo con las reglas sobre el IBL del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conlleva “la concesión de una ventaja a los beneficiarios del régimen especial cobijados por la transición, que no fue prevista originalmente por el Legislador al expedir la Ley 100 y que, por tanto, carece de justificación” y puede llegar a afectar patrimonialmente al sistema de pensiones, en desconocimiento de los principios de solidaridad e igualdad.

Todo ello para decir que el primero de los criterios para identificar la existencia de un posible abuso del derecho ocurrido en forma palmaria, es el reconocimiento y aplicación de un IBL distinto a aquel fijado en la Ley 100 de 1993, siempre que el derecho se haya adquirido durante su vigencia.

(...)

30. Dicho lo anterior un abuso del derecho que se verifica con un carácter palmario, puede ser verificable en los eventos en los cuales (i) con ocasión de una vinculación precaria del servidor público en la Rama Judicial, en un cargo de más elevada jerarquía y remuneración respecto de aquel en el que se desempeñaba con anterioridad, (ii) se declaró judicialmente en su favor un incremento porcentual trascendental desde el punto de vista particular.

Ello con independencia de que la vinculación precaria tenga origen en la aplicación ultractiva e infundada del IBL de un régimen especial, en los términos anotados en el fundamento jurídico anterior.

31. A continuación cada uno de los elementos de la relación plasmada en el numeral 30, será analizado para efecto de consolidar los criterios a tener en cuenta para valorar la existencia de un abuso del derecho en forma palmaria.

(i) De la vinculación precaria.

31.1. En la medida en que el índice base de liquidación se refiere al periodo a tener en cuenta para establecer el promedio o el valor de lo devengado que será determinante al momento de cuantificar la prestación, en los eventos en los que se haya aplicado un IBL distinto al de la Ley 100 y consagrado en un régimen especial, cuanto más reducido sea el lapso que puede afectar la cuantía de la mesada pensional, cobra mayor relevancia el concepto de vinculación precaria. Sin embargo, como se ha anotado sus efectos pueden darse por la mera aplicación del régimen especial anterior a la Ley 100.

31.2. La vinculación precaria ha sido entendida como la relación entre un empleado o funcionario público y el Estado, que tiene una duración reducida en el tiempo. El elemento que define la precariedad del vínculo laboral es por lo tanto su fugacidad.

En muchos casos el carácter fugaz de la relación laboral obedece a la satisfacción de un encargo o una provisionalidad (temporales por definición) por parte de un servidor que desempeña funciones en propiedad o de un particular, para desempeñarse en un cargo de mayor jerarquía y remuneración.

La brevedad en el desempeño de las funciones de mayor remuneración puede llegar a menoscabar en casos concretos los cimientos del sistema de seguridad social, cuando propicia la consolidación de derechos pensionales con fundamento único en la remuneración percibida durante la vinculación precaria.

En este caso, el Decreto 546 de 1971 en su artículo 6° estableció que “los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas”.

Del tenor literal de esa norma se desprende que, incluso con un mes de servicio en un cargo de mayor remuneración, el empleado o el funcionario de la Rama Judicial, beneficiario de ese régimen, podría causar una pensión con apoyo en el salario devengado durante aquel corto periodo de vinculación. Lo anterior, a condición de que dicho salario sea el más alto del último año de servicios. Entonces, incluso con apenas un mes cotizado con arreglo a ese salario, tendría la posibilidad de percibir, durante el resto de su vida, una pensión con fundamento en esa mínima cotización, lo que a primera vista aparece carente de razonabilidad desde la lógica solidaria del sistema.

Por ejemplo, si una persona ocupó un cargo de mínima remuneración, como empleado de la Rama Judicial, durante toda su vida y con fundamento en ese ingreso cotizó, no tiene sentido que, si durante el último año de servicios trabajó como Magistrado de una Alta Corporación, y solo lo hizo durante un mes, su mesada pensional sea tan alta como el sueldo percibido durante esa mensualidad. No lo tiene porque lo que habrá aportado a pensiones dicho trabajador, no guardará relación con los beneficios que obtendrá del sistema.

31.3. Desde esta óptica, es cuestionable que las vinculaciones precarias tengan un papel decisivo para establecer, con fundamento exclusivo en ella, la cuantía de la mesada pensional. Ello materialmente socava la sostenibilidad del sistema pensional y lo hace disfuncional. Admite situaciones en las cuales la prestación pensional, en su cuantía y en virtud de esas vinculaciones precarias, se torna incompatible con la historia laboral del pensionado. En ese escenario, los fondos pensionales se ven forzados a subsidiar mensualmente mesadas pensionales de personas sobre las que es difícil predicar una vulnerabilidad económica, con lo cual se subvierte el fin que inspira el principio de solidaridad. Conferir a una vinculación precaria la vocación para cambiar una historia de cotización, en virtud de un nombramiento temporal, impactaría en forma desproporcionada los derechos de las generaciones futuras a tener un sistema de pensiones estable y sostenible.

31.4. Ahora bien, queda claro que se presentan vinculaciones precarias cuando un servidor durante la mayor parte de su vida laboral aportó con una base de cotización y luego (tal y como se presenta en los casos analizados), en el transcurso del último año de servicios, es nombrado para un cargo de mayor remuneración por un tiempo corto. Con fundamento en esa vinculación obtiene un ingreso más alto que, conforme el artículo 6° del Decreto 546 de 1971, sirve para calcular su IBL y estimar su mesada pensional que, así, no responderá a la cotización histórica efectuada.

En casos como los que se analizan en los que el marco temporal que sirve para liquidar la prestación es el último año de servicios, se considerará una vinculación precaria el ejercicio de una función en la Rama Judicial o en el Ministerio Público que, conforme las particularidades del caso, sea minúsculo para un periodo anual.

31.5. Ahora bien, si el elemento que define la precariedad del servicio público prestado es la fugacidad, como ha quedado claro, no es admisible predicarlo en relación con el desempeño

en cargos de mayor jerarquía y remuneración con origen en un concurso de méritos. El funcionario que durante el último año de servicios haya fungido en un cargo de mayor remuneración porque, al haber ocupado el primer puesto de la lista de elegibles correspondiente, tuvo el derecho irrefutable de acceder a él, está beneficiado con la estabilidad en el ejercicio de sus funciones y ésta impide entender que, cualquiera que haya sido su duración, haya una vinculación precaria. La vocación de permanencia que tiene el desempeño de un cargo en propiedad, sustrae el carácter fugaz del vínculo e impedirá la configuración de una vinculación precaria.

Por contraste, respecto del ejercicio de cargos por nombramiento en encargo o provisionalidad, lo cierto es que es de su naturaleza ser un mecanismo transitorio para cubrir vacantes, responder a las necesidades del servicio y evitar su parálisis, en seguimiento de los principios de eficiencia y celeridad. Dada la fragilidad del vínculo entre el funcionario y el servicio público, es difícil predicar un nivel de estabilidad tal que permita llegar a las mismas conclusiones que para los cargos desempeñados en propiedad.

(...)

31.8. El abuso del derecho surgirá de modo palmario cuando además de una vinculación precaria, se presente un incremento excesivo de la mesada pensional y con él una ventaja ilegítima, que comprometa los principios de igualdad y solidaridad en el caso concreto. La mesada pensional debe haberse incrementado de tal forma que implica un tratamiento diferenciado para quien la obtuvo. Tal incremento ha de ser verificado en cada caso concreto y dejará al descubierto el resultado del abuso del derecho desde el punto de vista del pensionado. La importancia de esta verificación es que tiene la virtualidad de revelar al juez constitucional la dimensión material de las ventajas ilegítimas, desde el punto de vista legal o constitucional, en favor del pensionado.

(...)

En esa medida, haber reliquidado la pensión de las señoras Santander y Aya sin tener en cuenta que la vinculación precaria de la que fueron beneficiarias, le otorgó una ventaja irrazonable que no encuentra correspondencia con su historia laboral, implica sin lugar a dudas que la interpretación de las disposiciones aplicables al caso concreto, contenidas en el Decreto 546 de 1971, se hizo sin tener en cuenta otras normas aplicables que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática de ella; con lo que se subsume la conducta de las autoridades judiciales denunciadas en un defecto sustantivo, conforme lo mencionado sobre él en esta providencia.

SU-023 del 5 de abril de 2018:

(...)1. En la jurisprudencia constitucional pueden diferenciarse dos etapas. Una, antes de la expedición de las sentencias C-253 de 2013 y SU-230 de 2015 (periodo en el cual se profirió la Sentencia T-022 de 2010 y el Auto 144 de 2012) y otra después de estas decisiones. En la primera etapa, de la que son ejemplo las sentencias T-1122 de 2000, T-1000 de 2002, T-830 de 2004, T-1087 de 2006, T-143 de 2008 y T-610 de 2009, las Salas de Revisión de la Corte Constitucional señalaron que se vulneraban los derechos pensionales cuando no se aplicaba en su integridad el régimen especial en el que se encontraban amparados los beneficiarios del régimen de transición. Lo anterior, con fundamento en el principio de favorabilidad en material laboral y la interpretación constitucional que del mismo, hasta ese momento, había hecho la Sala Plena, en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, en especial, en las sentencias C-168 de 1995 y C-279 de 1996.

2. La segunda etapa inició con la expedición de la Sentencia C-258 de 2013, la cual se ha consolidado hasta la actualidad. En dicha sentencia, la Corte estableció unos parámetros de interpretación del régimen especial que se contenía en la Ley 4ª de 1992. Estableció, entre otras cosas, que no había fundamento alguno para extender un tratamiento diferenciado y ventajoso en materia de IBL a los beneficiarios del régimen especial que consagraba dicha normativa, pues ello daría lugar a la concesión de una ventaja que, según se indicó, no había sido prevista originalmente por el legislador al expedir la Ley 100 de 1993. Frente a este aspecto, la Sala resaltó que, “el propósito original del Legislador al introducir el artículo 36

Corte Constitucional (numeral 5.1.2.3 supra)	Rég. de transición.	Rég. de transición.	A la tasa de reemplazo	Ley 100 de 1993
---	------------------------	------------------------	---------------------------	--------------------

2. *Dos conclusiones se derivan del estudio contenido en los numerales anteriores: primero, que, en la actualidad, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional tienen una interpretación similar del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y, segundo, que el Consejo de Estado difiere de la interpretación de las otras Altas Cortes, básicamente, porque considera: (i) que el artículo 36 da lugar a varias interpretaciones y que, ante esa situación, debe acudirse a la interpretación más favorable para quien se pretende pensionar, es decir, la que resulte más conveniente en cada caso; (ii) que el concepto de “monto”, desde una perspectiva gramatical, no excluye per se, la noción de IBL; y (iii) que aplicar de forma “fraccionada” el régimen de transición, esto es, determinando la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el “monto” con la norma derogada, y el IBL con la norma vigente, implica el desconocimiento de los principios de inescindibilidad normativa y de seguridad jurídica. Estos argumentos, sin embargo, no son compatibles con la jurisprudencia constitucional de unificación de la Sala Plena de la Corte Constitucional, por las siguientes razones:*
3. *(i) Según los criterios expuestos en la sentencia C-168 del año 1995, en la que la Corte analizó la constitucionalidad de los incisos 2º y 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993, la favorabilidad en materia laboral opera cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal o entre dos normas de idéntica fuente y, adicionalmente, cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones¹⁷. A juicio de la Sala, ninguno de los dos eventos se presenta en el caso concreto, primero, porque las normas que se aplican de forma ultractiva en virtud del régimen de transición no están vigentes y, por ende, en estricto sentido no puede predicarse un conflicto entre dos normas válidas¹⁸ y, segundo, porque el mencionado artículo 36, de todas formas, no tiene varias interpretaciones; tiene una que fue fijada, en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, por la Sala Plena en la Sentencia C-258 de 2013, en los términos del numeral 5.1.2.3 supra¹⁹*
4. *(ii) Más allá del alcance gramatical de la palabra “monto”, lo cierto es que, al analizar los antecedentes legislativos de la Ley 100 de 1993 y la literalidad del inciso 3º del artículo 36 ibídem, puede concluirse que el legislador excluyó del régimen de transición lo relacionado con el IBL, toda vez que, en el mencionado numeral, dispuso: “[e]l ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior [numeral 2º]” debe ser el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para adquirir el derecho, si es que para ello faltasen menos de diez años, o el cotizado durante “todo el tiempo” cuando faltaren menos de diez años para adquirir ese derecho.*
5. *(iii) No es cierto que se vulnere la seguridad jurídica, pues, precisamente, lo que se busca con la implementación de un régimen de transición es beneficiar a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas, esto es, adoptar medidas tendientes a darles certeza sobre el régimen jurídico aplicable y los instrumentos y mecanismos necesarios para garantizar la vigencia de sus derechos e intereses pensionales*
6. *(iv) Tampoco es cierto que la aplicación del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de lugar, per se, al desconocimiento del principio de “inescindibilidad” o “conglobamento”, en los términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Si bien es cierto que las disposiciones deben “aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido”²⁰, también lo es que aquel principio no es absoluto, pues el propio legislador puede determinar la forma en la que se debe aplicar una disposición, como, de manera expresa, lo hizo en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.*

De no ser así, incluso, no tendría razón de ser la aplicación del régimen de transición en materia pensional. De otra parte, advierte la Sala que, de todas formas, dicho principio admite diversas limitaciones por parte del juez, las cuales, en todo caso, tienen que ser valoradas atendiendo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

7. *Por lo demás, advierte la Sala que fue el legislador el que estableció que el IBL debía regularse de esa forma, es decir, que no se trata del fraccionamiento de un régimen sino de la aplicación del mismo según los postulados legislativos, incluso, así lo entendió el Consejo de Estado antes de noviembre del año 2000, como tuvo oportunidad de precisarse en el numeral 5.1.2.1 supra.*

Reglas de la jurisprudencia constitucional aplicables al régimen de transición y, en particular, al IBL

8. *Como conclusión del análisis que antecede, las principales reglas jurisprudenciales, en cuanto al alcance del régimen de transición que estatuyó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, derivadas del ejercicio del control abstracto de constitucionalidad (Sentencia C-258 de 2013) y del alcance de los derechos fundamentales que involucra, decantadas en las sentencias de unificación antes citadas, son las siguientes:*
9. *(i) El régimen de transición no puede caracterizarse como una especie de derecho adquirido sino de expectativa.*
10. *(ii) El régimen de transición tenía como fecha final el 31 de julio de 2010, excepto para quienes hubiesen cotizado, al menos, 750 semanas al 25 de julio de 2005, momento en el cual entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005; para estas personas, dicho régimen se mantuvo hasta el 31 de diciembre de 2014, con el fin de que pudieran reunir los requisitos para ser acreedores a la pensión de vejez. Para estos últimos efectos, el derecho debía consolidarse hasta el 31 de diciembre de 2014.*
11. *(iii) El régimen de transición está restringido a tres categorías de trabajadores: (i) mujeres que al 1 de abril de 1994 tuvieran 35 años de edad o más; (ii) hombres que al 1 de abril de 1994 tuvieran 40 años de edad o más; y (iii) trabajadores que hubieren acreditado 15 o más años de servicios cotizados al 1 de abril de 1994 (750 semanas) sin consideración de su edad.*
12. *(iv) A los beneficiarios del régimen de transición les son aplicables las reglas previstas en las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 sobre: (i) edad para consolidar el derecho; (ii) tiempo de servicios o semanas cotizadas; y (iii) monto de la pensión.*
13. *(v) El monto corresponde a la tasa de reemplazo o, en términos de la Corte Suprema de Justicia, al porcentaje que se aplica al calcular la pensión.*
14. *(vi) El Ingreso Base de Liquidación (IBL), para el caso de las personas a las que se refiere el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 del año 1993 (regla iii supra), es el que regula el inciso 3º del referido artículo 36, en concordancia con el artículo 21 ibídem y otras normas especiales en la materia.*
15. *(vii) Los factores constitutivos de salario, que deben tenerse en cuenta para calcular el monto de la pensión de jubilación, por un lado, deben valorarse según las consideraciones de la sentencia SU-395 de 2017 y, por el otro, tienen que ser específicamente calculados para cada caso en concreto.*
16. *(viii) La acreditación del carácter subsidiario de la acción de tutela, en los términos de las sentencias SU-427 de 2016 y SU-631 de 2017, a pesar de que se cuente con la posibilidad de agotar los recursos ordinarios y, eventualmente, el recurso extraordinario de revisión que regulan los artículos 19 y 20 de la Ley 797 de 2003²¹, está supeditada, a que se trate de un supuesto de “abuso palmario del derecho”. Este se configura, si se constata (i) un caso de “vinculación precaria” en “un cargo de mayor jerarquía y remuneración” y, (ii) que hubiese conllevado a un “incremento excesivo en la mesada pensional”.*

Los anteriores precedentes jurisprudenciales, igualmente han sido aplicados, entre otras, en las sentencias de tutela T-078 de 2014, 060 del 15 de febrero de 2017, 661 de 2017,

Sentencia T-497 de 2017, 039 de 2018, 034 de 2018, 212 de 2018 y 018 de 2018, así como en los autos de Sala Plena A-326 de 2014 y A-229 de 10 de junio de 2017.

Aunado a lo anterior, proceder a una reliquidación pensional como la que se está solicitando afecta el PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y SOSTENIBILIDAD PRESUPUESTAL.

En lo que respecta a dicho principio, es importante señalar desde ya que en caso de accederse a las pretensiones de la demanda se quebrantaría el principio de solidaridad de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005 y que además se incorporó en la Constitución en los siguientes términos:

“ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.”

En efecto, bajo dicho principio los aportes al régimen general de pensiones constituyen un sistema en el cual las contribuciones que realiza el afiliado constituyen los mismos sobre los que se debe liquidar la pensión; pues en caso contrario, implicaría un desequilibrio en el sistema financiero del Régimen General de Pensiones, ocasionando un detrimento incluso para aquellos afiliados que al realizar sus aportes mantienen una expectativa de alcanzar el derecho a la pensión.

Por su parte, el principio de sostenibilidad presupuestal implica un equilibrio económico que debe mantenerse a fin de garantizar el reconocimiento del derecho de todos los afiliados que alcancen los requisitos para ello; lo contrario generaría una inseguridad jurídica para quienes tienen la expectativa de alcanzar la pensión pues pondría en riesgo la posibilidad de reconocer las prestaciones económicas de que se trate.

Sumado a lo anterior, no puede perderse de vista que otro de los propósitos de la Corte Constitucional al fijar las reglas para la aplicación del IBL, en consonancia con el acto legislativo referido lo fue con el propósito de crear reglas uniformes que eliminen privilegios injustificados que permitan diseñar mecanismos que aseguren la sostenibilidad del sistema.

Así las cosas, concluimos que en el caso concreto la pensión del actor fue liquidada en forma correcta, toda vez que se realizó conforme a lo estipulado en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con un IBL del 75%, tomando los factores salariales detallados en el Decreto 1158 de 1994. Por lo tanto, resulta improcedente la reliquidación de la pensión por cuanto la sentencia SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional y la misma sentencia del Honorable Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2018 fijó reglas de interpretación del régimen de transición estipulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando que el ingreso base de liquidación no fue sometido al tránsito legislativo y por tanto si al pensionado le faltan menos de 10 años para adquirir el derecho, se efectuará con el promedio de lo devengado en dicho tiempo.

Así mismo, acceder a las pretensiones sería una transgresión al principio de sostenibilidad presupuestal consagrada en el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005.

EXCEPCIONES

1. **INEXISTENCIA DEL DERECHO:** en términos generales, la declaración o reconocimiento de un derecho se hace con base en unas pruebas conducentes y capaces de revelar la verdad jurídica y al no encontrarse probado en este proceso todos los elementos que conllevan a una nueva reliquidación de pensión de vejez, las mismas no tienen vocación de prosperidad.
2. **BUENA FE DE LA ENTIDAD DEMANDADA:** La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, en desarrollo de sus actos, se desempeña dentro de los parámetros legales, siendo responsable y procediendo con lealtad.

Es importante resaltar que la buena fe en la labor misional de la UGPP, surge precisamente de la estricta aplicación de la Constitución, la Ley y el precedente jurisprudencial que permite conceder o negar prestaciones ajustadas a derecho.

Al respecto la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente: Como principio general del derecho, (la buena fe) ha sido reconocido por la jurisprudencia Colombina especialmente desde 1935, citándose la Jurisprudencia y doctrina francesa y sobre todo el artículo 1603 del Código Civil Colombiano:

“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, si no a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por Ley pertenecen a ella”. Norma que tiene su correspondencia en numerosos artículos del Código Civil y que en la década del treinta también tendrá en Colombia importante tratamiento doctrinal: “De ahí que se hable de la buena fe como de un criterio primordial en la interpretación de las convenciones, gracias al cual el Juez puede sacar triunfante la equidad sobre rigores del formalismo”. “El principio de buena fe es también principio del derecho laboral ha sido incluido en el Código Sustantivo de Trabajo, artículo 55 y aparece en la jurisprudencia laboral desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo: “El principio de buena fe, que no es nuevo si no que data de las mejores tradiciones romanas, debe presidir la ejecución de los contratos, incluido el trabajo”. Sentencia ésta proferida el 9 de febrero de 1949 y que llega hasta analizar no solo la buena fe si no la mala fe, en los siguientes términos:”

“La mala fe- ha dicho la Corte Suprema de Justicia- debe ser la deducción acertada hecha sobre la plena comprobación de hechos precisos de naturaleza incompatible con bona fide, como lo sería, en tratándose de la buena fe contractual, la demostración evidente de una visible ventaja pecuniaria en una negociación celebrada con un incapaz que mostrara un aprovechamiento inhonesto des estado de inferioridad en que ocurrió una de las partes a su celebración, es decir, la prueba de que se abusó de un estado de debilidad para obtener un indebido e injusto provecho, apreciable en el desequilibrio de los valores. Sin olvidar tampoco que la calificación de la fe jurídica, el rigor con que se exige o es exigible buena fe en los negocios de hecho, conformada probatoriamente y adoptada en las situaciones de cada caso”.

3. **PRESCRIPCIÓN:** De acuerdo a lo establecido en el Decreto 1848 de 1969 art. 102 las prestaciones sociales prescriben en el término de tres años contados a partir de la última petición. La jurisprudencia ha expresado que la pensión de jubilación y el derecho a los reajustes no prescriben, pero las mesadas **SI**, razón por la cual, están prescritas todas las obligaciones pensionales, intereses corrientes y/o moratorios,

indexación, que se hubieren causado con anterioridad a los tres años contados desde la fecha de la presentación de la demanda.

Respecto de la figura de la prescripción trienal, ha dicho la Honorable Corte Constitucional SENTENCIA C- 072 DE 23 DE FEBRERO 1994 EXPEDIENTE D-383 MAGISTRADO PONENTE DOCTOR VLADIMIRO NARANJO MESA:

“No se lesiona al trabajador por el hecho de que la ley fije términos para el ejercicio de la acción Laboral. El derecho de los trabajadores se respeta, simplemente se limita el ejercicio de la acción, y se le da un término razonable para ello. El núcleo esencial del derecho al trabajo no sólo está incólume, sino protegido, ya que la prescripción de corto plazo, en estos eventos, busca mayor prontitud en el ejercicio de la acción, dada la supremacía del derecho fundamental, el cual comporta la exigencia de acción y protección oportunas. Así, pues, el legislador no hizo cosa distinta a hacer oportuna la acción; de ahí lo que, en estricto sentido, prescribe es la viabilidad de una acción concreta derivada de la relación laboral, pero nunca derecho-deber del trabajo.

La prescripción trienal acusada, no contradice los principios mínimos fundamentales establecidos por el Estatuto superior, porque la finalidad que persigue es adecuar a la realidad el sentido mismo de la oportunidad, con lo cual logra que no se desvanezca el principio de la inmediatez, que, obviamente, favorece al trabajador, por ser la parte más necesitada en la relación laboral. El derecho de los trabajadores no puede menoscabarse (art. 53 C.P.), Y es en virtud de ello que la prescripción de corto plazo garantiza la oportunidad a que tienen derecho los que viven de su trabajo.”

4. **INNOMINADA:** De manera comedida ruego a usted señor Juez, declarar probadas las excepciones que puedan llegar a configurarse durante este proceso y que no hayan sido alegadas como tales en este escrito.

PRUEBAS

DOCUMENTALES:

Se tiene como prueba el expediente pensional del señor JUAN DE JESUS MONTENEGRO, identificado con el número de cédula 19225769.

PETICIÓN

De conformidad con los argumentos expuestos por la por LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, solicito respetuosamente se sirva resolver favorablemente cualquier condena en contra de la Entidad.

ANEXOS

1. Poder General otorgado mediante escritura pública No. 803 de fecha 16 de mayo de 2023, número de folios 18.

NOTIFICACIONES

La suscrita las recibirá en la calle 93B # 11A-44 Edificio parque 93 oficina 404 E-mail info@vencesalamanca.co teléfono 6226121 -317 2577654.

Entidad demandada COLPENSIONES notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co

Del señor Juez,



KARINA VENCE PELAEZ
C.C. 42.403.532 de San Diego
T.P. 81621del C.S. de la Judicatura