

Colpensiones

OFICINA DE APOYO

JUZGADOS ADMINISTRATIVOS

BOGOTÁ D.C., Junio de 2018



2018 JUN 21 PM 4:30
 JUZGADO DIECISEIS (16) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SECCIÓN SEGUNDA CORRESPONDENCIA
 E. S. D. RECIBIDA

10 folios

Ref.: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de **MARIA CARMENZA MUÑOZ SOLIS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.
 Rad. 11001333501620170049200
 Asunto: Contestación Demanda.

DANIELA MARÍA FORERO MILLÁN mayor de edad, con domicilio en Bogotá D.C., identificada con la cédula de ciudadanía número 1.018.462.426 de Bogotá D.C., Abogada Titulada y en ejercicio, titular de la Tarjeta Profesional No. 279.783 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de Apoderada Sustituta de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, de conformidad con el poder a mi conferido, cordialmente solicito al Despacho reconocerme personería para actuar y estando dentro del término de la oportunidad procesal, de manera respetuosa me permito dar contestación a la demanda propuesta dentro del proceso de la referencia por la señora **MARIA CARMENZA MUÑOZ SOLIS** contra mi representada judicial, para que mediante Sentencia que haga tránsito a Cosa Juzgada se ABSUELVA a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones formuladas en el libelo demandatorio y en consecuencia se condene en costas a la demandante.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA ENTIDAD DEMANDADA,
REPRESENTACIÓN LEGAL Y DOMICILIO

La Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado organizada como Entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio del Trabajo, para que ejerza las funciones señaladas en el Decreto 309 del 24 de febrero de 2017 y en las disposiciones legales vigentes, con la finalidad de otorgar los derechos y beneficios establecidos por el sistema general de seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia.

De conformidad con el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007, la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, hace parte del Sistema General de Pensiones y tiene por objeto la administración estatal del Régimen de Prima Media

con Prestación Definida y la administración del Sistema de Ahorro de Beneficios Económicos Periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005 y las demás prestaciones especiales que determine la Constitución y la Ley, en su calidad de Entidad financiera de carácter especial.

La representación legal la ejerce el Doctora ADRIANA MARIA GUZMAN RODRIGUEZ, identificada con la cédula de ciudadanía 51.937.131, o quien haga sus veces.

El domicilio principal es la ciudad de Bogotá D.C., en la Carrera 10 No. 72-33 Torre B piso 11, No. Telefónico: 217-0100.

SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Me opongo a que prosperen todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda contra la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, en vista de que las mismas no están llamadas a prosperar por carecer de sustento fáctico y legal, como se demostrará en el momento procesal oportuno.

En consecuencia, respetuosamente le solicito al Despacho que se abstenga de fallar de manera condenatoria en mérito del asunto, por las razones que a continuación se esgrimen en el capítulo de la oposición, hechos y razones de la defensa y fundamentos de las excepciones que se enuncian en este escrito.

En cuanto a las Pretensiones Declarativas:

Me opongo a que prospere la pretensión de nulidad de la Resolución GNR 277745 del 19 de septiembre de 2016, mediante la cual se reliquidó la pensión de vejez a favor de la accionante, ajustando a derecho y normas aplicables al caso, así como siguiendo la línea jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional.

Asimismo presento oposición en cuanto a la declaratoria de nulidad de la Resolución VPB 3590 del 27 de enero de 2017, por medio de la cual se confirmó, en sede de apelación, la anterior decisión.

Lo anterior, en razón a que dicha reliquidación se expidió conforme a derecho teniendo en cuenta la aplicación del régimen de transición, la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003 y mejorando a liquidación ya realizada en la resolución de reconocimiento de conformidad con la normatividad plenamente aplicable a dicha prestación.

En lo referente a las Pretensiones Condenatorias:

Me opongo a que prosperen las condenas solicitadas por la parte demandante, toda vez que las resoluciones expedidas por la entidad demandada se ajustan al ordenamiento jurídico con el cual se reconoció el derecho; es decir, se tuvo en cuenta el régimen de transición, la Ley 33 de 1985 y la Ley 100 de 1993, además, fueron expedidas conforme a todos los presupuestos legales aplicables y por tanto no es procedente solicitar la nulidad de la misma.

En el presente caso, mediante **Resolución GNR 2767745 del 19 de septiembre de 2016**, Colpensiones reliquidó la pensión de la parte demandante conforme a derecho, teniendo en cuenta todos los presupuestos aplicables; en consecuencia, no es viable acceder a una nueva reliquidación de la pensión pues la misma se hizo teniendo en cuenta el régimen de transición en su totalidad.

Además, dicho régimen aplicado se extendió a la demandante por cuanto era el más favorable comoquiera que arroja un *quantum* más elevado que los otros también aplicables. Aunque se le aplicara la Ley 33 de 1985, seguirá siendo más favorable la Ley 797, pues el IBL no será el del último año de servicios, sino el de los últimos 10, conforme con la jurisprudencia constitucional.

Es preciso tener en cuenta, respecto a la liquidación de la pensión de vejez, que la honorable Corte Constitucional en la Sentencia de Unificación SU 230 de 2015 aclaró que el Ingreso Base de Liquidación¹ no forma parte del régimen de transición, ya que el legislador solo contempló la edad, tiempo y monto (entendido como tasa de reemplazo) como aspectos que se tienen en cuenta de la norma anterior. Veamos el aparte jurisprudencial:

[...] la Sala Plena 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 aquél 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. (Negrilla fuera de texto).

Con base en lo anterior, se deben aplicar las reglas expresamente señaladas en los incisos 2.º y 3.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (edad, tiempo y tasa de

¹ En adelante «IBL».



reemplazo del régimen anterior) pero el IBL (los 10 años o los que le hiciere falta) y factores taxativos (Decreto 1158 del 94), los establecidos en la Ley 100 de 1993.

Habida cuenta que no hay lugar a la prosperidad de las condenas de reliquidación pensional, presento absoluta oposición a la prosperidad de la condena en costas y agencias de derecho, toda vez que mi representada actuó de conformidad con el principio de buena fe, en forma diligente y se ha ceñido a la normatividad vigente.

Finalmente, me opongo a las demás pretensiones requeridas por la parte actora, en atención a que no existen fundamentos facticos ni jurídicos certeros para su prosperidad.

En cuanto a la condena de intereses moratorios

Me opongo a la condena de los intereses moratorios, pues la Honorable Corte Constitucional en Sentencia de Unificación 230 del 29 de abril de 2015 indicó:

“...Es importante anotar que dichos intereses se deben desde el momento que la obligación es exigible. En ese orden de ideas sólo a partir desde el momento en el que la obligación es reconocida y no existe controversia sobre la cuantía del pago de la misma tiene carácter de exigible. Es decir la condena por intereses procede una vez se determina en forma definitiva la obligación de reconocer la pensión...”

En consecuencia solo es procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios que se ha causado cuando existe mora o retardo en el pago de las respectivas mesadas pensionales ya reconocidas, de tal manera se considera que proceden los aludidos intereses, única y exclusivamente, a partir de la fecha que ha sido expedido el acto administrativo mediante el cual se ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones, obviamente en el evento en que no se cumpla lo ordenado en el mismo. Así las cosas, desde el momento que mi representada reconoció el derecho pensional a la actora y hasta la fecha ha pagado en forma puntual las mesadas pensionales.

En cuanto a la condena en costas

Me opongo a que prospere la pretensión condenatoria de condena en costas, toda vez que el Consejo de Estado,² en la Subsección A de la Sección Segunda, adoptó una postura frente a la condena en costas ordenando que ellas se deben generar luego de efectuar un análisis *objetivo valorativo*, en ese sentido dispuso:

el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los apoderados por concepto de apoderamiento dentro del proceso, **que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios**

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Expediente 13001-23 33-000-2013-00022-01, actor: José Francisco Guerrero. Demandada UGPP. Providencia de 7 de abril de 2016.

sentados en los numerales 3° y 4° del artículo 366 del CGP9, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8.º de la ley 1123 de 2007

Ahora bien, a raíz de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en anteriores oportunidades y en materia de condena en costas, la Subsección A sostuvo que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no implicaba la condena de manera “automática” u “objetiva”, frente a aquel que resultara vencido en el litigio. Ello, en consideración a que debían observarse una serie de factores, tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debía ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis mínimo en el que el juez evaluara las circunstancias para imponerla, o no¹². Sin embargo, en esta oportunidad la Subsección A varía aquella posición y acoge el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe).

Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. Las razones son las siguientes:

[...]

El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA a uno “objetivo valorativo” –CPACA–.
- b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887
- e) de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- f) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

- g) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- h) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

De lo anterior se avizora, que no basta con que una de las partes solicite la condena en costas, sino que debe sustentar su generación, pues la nueva postura de la Sección Segunda, cuya jurisprudencia es vinculante, a más de ser objetiva, es valorativa y exige la causación y respectiva prueba de las costas exigidas para que el operador de justicia pueda proceder a imponer la respectiva condena.

En síntesis, no basta con solicitar la condena en costas y con el solo hecho de la generación de las agencias en derecho el juez proceda a tal condena, pues nada obsta para que quien representó a la parte demandante lo haya ejercido de forma gratuita, de caridad o pro bono.

En razón a que la relación entre el abogado representante y la parte representada no se puede presumir como laboral por el simple acto de la representación, es necesario que por lo menos se anexe al expediente copia del contrato de prestación de servicios o el acuerdo de contraprestación al que hayan llegado las partes, para que así el juez derive una verdadera generación de agencias en derecho que concluya con una posible condena en costas.

Finalmente, me opongo a las demás pretensiones requeridas por la parte actora, en atención a que no existen fundamentos fácticos ni jurídicos certeros para su prosperidad.

A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Los hechos fundamento de las pretensiones de la demanda, los contesto de la siguiente manera:

AL PRIMERO: SI ES CIERTO, de conformidad con la historia laboral de la demandante.

AL SEGUNDO: SI ES CIERTO, se puede evidenciar su fecha de nacimiento en su cédula de ciudadanía.

AL TERCERO: SI ES CIERTO, mi representada expidió la resolución mencionada por la demandante.

AL CUARTO: SI ES CIERTO, mi representada aplicó la norma más favorable para la demandante y por tanto reliquidó la pensión de vejes de la accionante.

AL QUINTO: SI ES CIERTO, de conformidad con los documentos que obran dentro del plenario.

AL SEXTO: ES PARCIALMENTE CIERTO, es cierto en lo que se refiere al acto administrativo expedido por mi representada, en lo demás, es una apreciación subjetiva del apoderado de la parte demandante, que no me permite pronunciarme al respecto.

AL SÉPTIMO: S ES CIERTO, de conformidad con los documentos que obran dentro del plenario.

AL OCTAVO: NO ES UN HECHO, es una apreciación subjetiva del apoderado de la parte demandante, por lo tanto no me pronunciare al respecto.

AL NOVENO: NO ES UN HECHO, lo narrado en el presente numeral por el apoderado de la parte demandante es un resumen de sucesos mezclados con normas, apreciaciones subjetivas y operaciones aritméticas, que no permiten realizar un pronunciamiento claro al respecto.

FUNDAMENTOS Y RAZONES DE LA DEFENSA

Sea lo primero señalar que Colpensiones, al estudiar del caso que nos ocupa, encontró que la pensión de la señora **MARIA CARMENZA MUÑOZ SOLIS**, se ajustó plenamente a las normas y disposiciones legales previstas.

Además, Colpensiones encontró que no es posible acceder a las pretensiones, ya que al estudiar el caso dentro de los límites comprendidos en los fundamentos de la demanda, y contrastados estos con las normas y jurisprudencia que integran el ordenamiento jurídico vigente, es notable una ausencia de sustento jurídico que permita darle luz verde a las pretensiones. Lo anterior halla asidero en los siguientes postulados.

A) Aplicación del régimen de transición

El legislador creó el régimen de transición con la finalidad de proteger las expectativas de las personas que habían cotizado mínimo 15 años, o a quienes tuvieran 35 años de edad o más si son mujeres, o 40 años o más si son hombres, al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.³⁴ Observemos la norma:

³ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones

⁴ La vigencia, en términos generales, inició el 1.º de abril de 1994, salvo para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, frente a los que la vigencia empezó, como fecha límite, el 30 de junio de 1995 según el parágrafo del artículo 151 de la Ley 100 de 1993. Versa la norma:

«ARTICULO. 151.-Vigencia del sistema general de pensiones. El sistema general de pensiones previsto en la presente ley, regirá a partir del 1º de abril de 1994. No obstante, el gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente ley, a partir de la vigencia de la misma.

ARTICULO. 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 hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

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.

PARAGRAFO.- 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

PARAGRAFO.-El sistema general de pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental».

público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio (Subrayado del demandante).

El beneficio otorgado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, permitió a quienes cumplieran con los requerimientos en él establecidos, adquirir su derecho pensional de acuerdo a los requisitos (edad, tiempo de servicios/semanas cotizadas y monto) contemplados en el régimen anterior al cual se encontraran afiliados.

Se debe puntualizar que la norma precitada, en ninguno de sus apartes, regula régimen de transición para establecer el monto de la liquidación, o nos remite a la norma anterior más beneficiosa; pero, si indica claramente que las demás condiciones y requisitos aplicables serán los contenidos en su ley (Ley 100 de 1993), es decir, que la pensión correspondiente cuyo estatus se adquiera en vigencia de norma *ibidem* se debe liquidar sobre los factores de salario devengados y consagrados en el Decreto 1158 de 1994, en concordancia con el inciso 3.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al calcular la cuantía jubilatoria o ingreso base de jubilación.

B) Aplicación del Ingreso Base de Liquidación en el régimen de transición

El Ingreso Base de Liquidación de los afiliados al Instituto de Seguros Sociales beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se rige por las normas del Acuerdo 049 de 1990. El IBL se regulará, como regla general, por la nueva reglamentación contenida en la Ley 100 de 1993.

Para el caso de quienes les faltaba menos de 10 años para adquirir el derecho de la pensión al momento en que entró a regir el Sistema General de Pensiones, se les aplican, a fin de establecer el IBL, las reglas contenidas en el inciso 3.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. No obstante, para quienes les faltare más de 10 años, el IBL será el previsto en el artículo 21 de la ley *ibidem*; para cuantificar el IBL de conformidad con el artículo 21, se tomará el promedio de lo devengado y sobre lo cual hubiera cotizado el afiliado durante los 10 años que anteceden al reconocimiento de la pensión, se efectúa un conteo retrocediendo en la historia laboral o salarial, hasta completar un lapso igual a 10 años de tiempo cotizado. Dichos salarios base se actualizan a la fecha de la pensión, y se promedian.⁵

El monto de la pensión, es decir, el porcentaje al que se le tiene que aplicar el IBL, es el previsto en la norma anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. A su turno, el IBL de los beneficiarios del régimen de transición cuando les faltare

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve. Radicación: 40552. 1 de marzo de 2011.

menos de diez años para adquirir el derecho será el promedio de lo devengado en ese lapso, esto es, el comprendido entre la entrada en vigencia de la Ley 100 y el momento en que cumplan los requisitos para la pensión.⁶

El monto de una mesada pensional equivale al porcentaje, el cual es 75 %, al que se le aplica el Ingreso Base de Liquidación para obtener el valor de la mesada pensional. **Por lo tanto, el régimen de transición contempla únicamente el monto y, en consecuencia, el IBL se rige por la Ley 100.**

Con base en lo anterior, el IBL de los afiliados al Instituto de los Seguros Sociales beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no se rige por las normas anteriores, sino por la nueva reglamentación contenida en la Ley 100 de 1993; y el monto de la pensión, esto es, el porcentaje al que se le tiene que aplicar el ingreso base de liquidación, es el previsto en la norma anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

C) Jurisprudencia vinculante sobre aplicación del régimen de transición

Los precedentes sentados por las altas cortes, frente al tema que hoy nos acoge, son vinculante para todos los jueces administrativos, es por tal razón que se deberán esbozar para que el señor juez los aplique al asunto de marras.

i) Corte Constitucional

Se deben tener en cuenta los precedentes jurisprudenciales de la honorable Corte Constitucional, máximo ente encargado de velar por la constitucionalidad interpretación de las normas; en Sentencia SU-230 de 2015, comunicada el 29 de abril del mismo año, se decantó que:

[...] la Sala Plena 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 aquél 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. (Negrilla fuera de texto).

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza, Radicación 39830. 23 de marzo de 2011.

El anterior pronunciamiento unificado tuvo gran asidero en la Sentencia C-258 del 7 de mayo de 2013 donde la misma corporación en aplicación de los principios y criterios constitucionales de *solidaridad, orden justo y de sostenibilidad financiera y fiscal* del Sistema General de Participaciones (SGP) estableció que la interpretación constitucional y legal válida respecto de la aplicación del régimen de transición, es que si bien se mantienen algunos conceptos del régimen anterior (edad, tiempo y monto), en todo caso **el concepto de IBL debe entenderse conforme a las reglas señaladas por la Ley 100 de 1993** y ajustado únicamente a los factores determinados por el legislador con incidencia pensional, y sobre los cuales se hayan realizado las cotizaciones en la vida laboral.

Previamente, la misma corporación⁷ había confirmado la aplicación de las reglas de interpretación del régimen de transición previstas en la Sentencia C-258 de 2013 para los demás regímenes pensionales en el siguiente sentido:

[...] esta Corporación al estudiar [Se refiere a la sentencia C-258/13] la constitucionalidad de la norma demandada en esa oportunidad (art. 17 Ley 4 de 1992), fijó unos parámetros de interpretación para la aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100/93, especialmente en lo relacionado en su inciso 3°, que establece el modo de calcular el ingreso base de liquidación para aquellos beneficiarios del tránsito normativo; interpretación constitucional que no resulta ajena al presente caso, más aun, cuando el conflicto versa sobre la aplicación integral del régimen especial del que era beneficiario el accionante, y del régimen de transición mencionado.

ii) Consejo de Estado

Por su parte, el máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, se ha pronunciado al respecto, y en un fallo de tutela emitido por la Sección Quinta,⁸ quedó sentado que:

Así las cosas la regla que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 y que hizo extensiva en la SU- 230 de 2015 consiste en que el ingreso base de liquidación 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 de 1993. En consecuencia, **a quienes son beneficiarios del régimen de transición establecido en la mencionada ley se les calculará el IBL con base en lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los factores salariales devengados durante los últimos 10 años de servicio.** (Negrilla fuera de texto).

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-078 de 7 de febrero de 2014. M. P. Mauricio González Cuervo.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, CP. Alberto Yepes Barreiro. 25 de Febrero de 2016. Radicación 11001-03-15-000-2016-00103-00. Acción de Tutela.

Del mismo modo, la Sección Quinta del Consejo de Estado días antes se había pronunciado frente al tema de IBL y factores salariales ratificando la posición de la Corte Constitucional, en este fallo de tutela en segunda instancia⁹ se estableció que:

En ese orden, concluye la Sala que debe revocarse la decisión proferida por la Sección Cuarta y en su lugar negar las pretensiones de la demanda, atendiendo a que la decisión proferida por la autoridad judicial acusada no comporta una vulneración de los derechos fundamentales alegados por la actora, **toda vez que ante la existencia de un criterio divergente entre la Corte Constitucional y la Sección Segunda del Consejo de Estado, debía prevalecer el del Tribunal Constitucional por estar contenido en la Sentencia de Unificación 230 de 2015 cuya ratio decidendi, indica que IBL aplicable a los regímenes de transición es el del artículo 36 de la Ley 100 de 1993** (negrilla fuera de texto).

En razón a lo anterior, **se deben aplicar las reglas expresamente señaladas en los incisos 2.º y 3.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993** (edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen anterior) **pero el IBL** (los 10 años o los que le hiciera falta) **y factores taxativos** (Decreto 1158 de 1994), **los establecidos en la Ley 100 de 1993.**

Si bien hay diferentes interpretaciones sobre el tema *sub examine* entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se encuentra respuesta frente a cual adoptar en la fuerza y el carácter vinculante de la Constitución y las decisiones del tribunal constitucional, por las siguientes razones:

1. El Juez contencioso-administrativo debe acoger lo contemplado en el artículo 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y en el título VII sobre Extensión y Unificación de la Jurisprudencia, el cual manifiesta que en caso de conflictos de interpretación entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, el juez o magistrado debe aplicar de forma preferente la interpretación dada por la Corte Constitucional.

ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. CP. Alberto Yepes Barreiro. 05 de mayo de 2016. Radicación 11001-03-15-000-2016-00132-01. Acción de tutela – fallo de segunda instancia.

El pretranscrito artículo fue exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-634 de 2011, en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad

2. Las providencias que profiere la Corte Constitucional, en los términos de la sentencia C-085 de 1995,¹⁰ son un criterio vinculante de la labor judicial.

En atención a lo anterior, cuando la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o **la aplica de un determinado modo a un caso concreto**, no está generando jurisprudencia, está fijando doctrina constitucional que, por envolver la interpretación de la Constitución, **tiene un carácter vinculante y obligatorio para todos los jueces de la república** sin distingo alguno.

3. En Sentencia C-539 de 2011,¹¹ en donde la Corte Constitucional fija el alcance de una norma constitucional bajo el control abstracto de constitucionalidad o determina el alcance de un derecho constitucional fundamental, en ejercicio de su función de revisión de las acciones de tutela, determinó que **sus decisiones pasan a formar parte de las fuentes del derecho y, por ende, vinculan a todos los jueces**.

Teniendo en cuenta lo anterior es claro que se debe aplicar de manera preferente la sentencia de unificación de la Corte Constitucional sobre la sentencia de unificación del Consejo de Estado, comoquiera que los artículos 10 y 102 del CPACA fueron declarados exequibles condicionalmente, en el entendido que se debe aplicar de manera preferente las sentencias de unificación de la Corte Constitucional.

Así las cosas, me permito precisar los factores salariales aplicados por la entidad a la que represento al momento de efectuar el cálculo, artículo 1o del Decreto 1158 de 1994:

El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización". 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:

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-085 de 1993. Magistrado Ponente, doctor Carlos Gaviria Díaz.

¹¹ Corte Constitucional, MP Luis Ernesto Vargas Silva. 06 de julio de 2011. Referencia expediente D-8351.

- b) los gastos de representación;
- c) a 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.

2. ARGUMENTOS DE SOSTENIBILIDAD FISCAL Y FINANCIERA

Sentados los fundamentos de interpretación de la jurisprudencia y la vinculación del precedente judicial de las altas cortes, donde prepondera la superioridad del precedente judicial de la Corte Constitucional, por salvaguardar la supremacía constitucional, debemos entrar ahora a esbozar los fundamentos de sostenibilidad fiscal y financiera por los cuales se debe acoger el criterio constitucional, para, en tal sentido, entender que el IBL no fue un aspecto de la transición, y en consecuencia su aplicación estará sometida a lo preceptuado por la Ley 100 de 1993.

El principio de *sostenibilidad fiscal* se encuentra consagrado en el artículo 334 de la Constitución Política la cual ordena que tal mandato superior debe «orientar a las Ramas y órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica».

Mientras que por el principio de *sostenibilidad financiera del sistema pensional*, analizado el artículo 48 de la C. P., se configura una responsabilidad en cabeza del Estado por velar por el respeto de los derechos adquiridos, así como por el pago de la deuda pensional a su cargo.

En virtud de lo anterior, no es posible aplicar automáticamente el mandato de progresividad, pues las decisiones deben buscar que los principios coexistan y se desarrollen de manera armónica, teniendo en cuenta que se dispone de recursos limitados, que deben ser distribuidos de acuerdo con las necesidades de la población, buscando la efectividad de los derechos.¹²

Debido a que la variable de condiciones demográficas de población pensionable va en un crecimiento acelerado, los distintos organismos estatales –más aún las altas cortes– deben armonizar sus funciones para que el minúsculo presupuesto del sistema pensional dé abasto.

Actualmente, con la interpretación del Consejo de Estado, donde incluyen todos los factores salariales devengados en el último año para la liquidación de la pensión, se están desconociendo los artículos 18, 21, 33 inciso tercero, 34 y 35 de la Ley 100 de 1993, 1.º del Decreto 1158 de 1994, 1.º del Decreto 314 de 1994, 5.º de la Ley 797 de 2003 y párrafo 1.º del Acto Legislativo No. 1 de 2005, es decir, la

¹² Diálogos de Derecho y Política \\\ Número 13 \\\ Año 6 \\\ ISSN 2145-2734 \\\ Enero – Abril de 2014. Pág. 72.

liquidación del IBL con el promedio de los factores (taxativamente señalados en el Decreto 1158 de 1994) sobre los cuales se cotizó al sistema general de pensiones durante los diez años anteriores a la fecha de su adquisición o durante el tiempo que les hacía falta, si este es inferior.

A su turno, se desconocen las singulares diferencias entre los vocablos «percebido» y «devengado», lo que sumado a la interpretación apartada del precedente constitucional ha causado un impacto fiscal negativo a la nación (acentuado en las liquidaciones de los trabajadores de la Contraloría), en razón a que existe una descomunal desproporción entre la reserva pensional adicional generada con ocasión de las reliquidaciones judiciales que asciende a la suma de \$2.737.442.497 pesos, donde el sistema de pensiones recupera solo la irrisoria suma de \$9.748.866.¹³

Dicho lo anterior, la interpretación efectuada por el máximo tribunal de lo contencioso-administrativo, y seguido por algunos de sus inferiores jerárquicos, **desconoce en desmesurada medida los principios de sostenibilidad fiscal y financiera** puesto que, a través de una interpretación normativa errada, están ocasionando una mayor erogación de pagos del Estado en favor de terceros, a través de reliquidaciones judiciales.

Aunado a lo anterior, la interpretación del Consejo de Estado, **aislada** de la del máximo guardador de la Constitución, configura una lesión al principio de *sostenibilidad fiscal* bajo el entendido de que no se está realizando una colaboración armónica entre ambas cortes en pro de salvaguardar la economía estatal.

Traduciendo los anteriores argumentos a cifras reales, la errada e inconstitucional interpretación del máximo órgano de lo contencioso-administrativo, materializada en las reliquidaciones judiciales, genera un costo actuarial de entre \$31.3 y \$37.1 billones (a pesos de 2010), según cálculos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público;¹⁴ costos que fácilmente se podría ahorrar la nación a través de una interpretación armónica con el precedente judicial constitucional, o por medio de un apartamiento de los jueces contenciosos del precedente del Consejo de Estado, haciendo uso de su autonomía e independencia judicial.

Para reducir los desequilibrios económicos que afectan a las finanzas estatales, se torna menester respetar los principios de *sostenibilidad fiscal* y de *sostenibilidad financiera del sistema pensional*, para que de tal forma exista una estrecha relación entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado una vez pensionado.

Labrar un camino para un sistema pensional autosostenible, solo será posible en la medida en que se dé una colaboración armónica y se le otorgue mayor relevancia a la corriente jurisprudencial constitucional, puesto que lo que esta persigue no es

¹³ Datos estadísticos tomados del concepto técnico rendido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en Sentencia SU 395 de 2017.

¹⁴ Concepto del Ministerio de Trabajo en Sentencia SU 395 de 2017.

el menoscabo de derechos a una población cobijada por los beneficios de la transición, sino la protección al gran universo poblacional que se encuentra en estos momentos haciendo méritos para en un futuro alcanzar la pensión.

CASO CONCRETO

Ascendiendo al caso concreto, luego de expuestos los anteriores postulados, Colpensiones determinó que la pensión de la señora **MARIA CARMENZA MUÑOZ SOLIS** se ajustó plenamente a las normas y disposiciones legales previstas.

Como solución al problema jurídico, se concluye que **no le asiste derecho a la parte demandante a que su pensión sea reliquidada teniendo en cuenta los factores salariales del último año de servicio**, ya que al estudiar el caso dentro de los límites comprendidos en los fundamentos de la demanda, y contrastados estos con las normas y jurisprudencia que integran el ordenamiento jurídico vigente anteriormente expuesta, es notable una ausencia de sustento jurídico que permita darle luz verde a las pretensiones.

Colofón de lo anterior, ruego a su señoría que estime los argumentos esbozados, y, en consecuencia, **desestime las pretensiones de la demanda**.

EXCEPCIONES

COBRO DE LO NO DEBIDO

Colpensiones, como administrador del Régimen de Prima Media, al reconocer y pagar una pensión, lo realiza con fundamento en la normatividad vigente y de acuerdo con los principios generales de favorabilidad en edad, tiempo de servicios o semanas de cotizaciones y monto pensional, por tanto, cuando el demandante, sin asidero jurídico o fáctico, reclama una prestación distinta incurre en un cobro de lo no debido.

BUENA FE

La Administradora Colombiana de Pensiones en todas sus actuaciones tiene que someterse al imperio de la Constitución Política y de la ley, conforme lo prescriben entre otros los Artículos 121, 122 y 128 de la Carta Política, siendo esto lo que ha acatado hasta el momento.

Al respecto la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

Como principio general del derecho, (la buena fe) ha sido reconocido por la jurisprudencia colombiana 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, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la 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 los rigores del formalismo".

El principio de la buena fe es también principio del derecho laboral, ha sido incluido en el Código Sustantivo del Trabajo, artículo 55 y aparece en la jurisprudencia laboral desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo: "El principio de la buena fe, que no es nuevo sino que data de las mejores tradiciones romanas, debe presidir la ejecución de los contratos, incluido el de trabajo". Sentencia ésta proferida el 9 de febrero de 1949 y que llega hasta analizar no solo la buena fe sino 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 la 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 dishonesto del 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, en 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.

Según lo anterior, la buena fe en la labor misional de Colpensiones surge precisamente de la estricta aplicación de la Constitución, la ley y el precedente judicial que permite conceder o negar prestaciones ajustadas a derecho, y en esa medida, existiendo la presunción de legalidad del acto que garantiza seguridad jurídica en la decisión prestacional, tal circunstancia permite revestir además bajo la égida de la buena fe el reconocimiento o negación pensional, por lo que es de carga exclusiva del demandante controvertir tanto la presunción legal del acto como la buena fe en la decisión.

INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO

No ha nacido obligación contra Colpensiones toda vez que la entidad reconoció el derecho de conformidad con lo establecido en la ley. Difiere de las pretensiones de la demanda en lo que corresponde a la inclusión de todos los factores salariales

toda vez que la entidad liquidó la mesada pensional del demandante conforme con lo señalado en el artículo 1.º del Acto Legislativo 01 de 2005 el cual consagra:

Para la liquidación de las pensiones s[o]lo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia, órgano que ha sostenido que el monto de la pensión que se remite al régimen anterior es el porcentaje respectivo del ingreso base y determinar el monto de la pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales que devenguen los empleados públicos le quita el efecto útil al listado dispuesto por el legislador, pues si los factores que deben ser considerados para efectos pensionales son los señalados por la ley, sobre los cuales es imperativo los descuentos por aportes, ningún concepto diferente puede válidamente incluirse en la liquidación de la pensión, porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del sistema pensional para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión de quien se va a pensionar.

Posición que ha sido reiterada mediante sentencia de unificación SU 230 de 2015 de la Honorable Corte Constitucional.

[...] la Sala Plena 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 aquél régimen general, las que deben observarse para determinar el monto peñsional 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.

En ese sentido, la Sala Plena tiene competencia para establecer un cambio de jurisprudencia, aun en aquellos casos en que exista la denominada jurisprudencia en vigor, el anterior precedente interpretativo es de obligatoria observancia.

PRESCRIPCIÓN

La presente excepción de prescripción se propone, sin que con ello se reconozca derecho alguno al demandante. Se propone prescripción sobre cualquier derecho que eventualmente se hubiere causado a favor del demandante, de conformidad con las normas legales, sobre las reclamaciones aducidas por la parte actora.

GENÉRICA O INOMINADA

De manera respetuosa se presenta esta excepción con el fin de que se aplique cuando se demuestre cualquier medio de defensa a favor de la entidad demandada, en ese sentido se declaren las demás excepciones que resulten dentro del proceso.

MEDIOS DE PRUEBAS

1. Solicito de manera respetuosa se tengan como pruebas las siguientes:

- Expediente Administrativo de la demandante.
- Historia Laboral de la demandante.

ANEXOS

1. Poder debidamente otorgado por la entidad al Abogado JOSE OCTAVIO ZULUAGA RODRÍGUEZ.
2. Poder de sustitución debidamente otorgado por el Abogado JOSE OCTAVIO ZULUAGA RODRIGUEZ.
3. Historia laboral.
4. Expediente administrativo.

NOTIFICACIONES

Para efectos de notificaciones se pueden surtir en:

- El suscrito en la Carrera 11 No. 73-44 Edificio Monserrat, oficina 708.
- danielaf.conciliatus@gmail.com.

Atentamente,



Colpensiones

Daniela Forero Millán

DANIELA MARÍA FORERO MILLÁN

C.C. 1.018.462.426 de Bogotá D.C.

T.P. 279.783 del C.S. de la J.

