



JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

Sección Segunda

Carrera 57 N° 43-91, Edificio Sede de Despachos Judiciales CAN, piso 4°
Juez, CATALINA DÍAZ VARGAS

Bogotá D.C., 2 de agosto de 2018

Sentencia N° 124 de 2018
(Artículo 183, Ley 1437 de 2011)

Expediente: 11001-33-35-016-2016-00477-00
Demandante: CARLOS ARTURO PIEDRAHITA PAZMIÑO
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

Reliquidación pensión - Ley 33 de 1985

ASUNTO

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la siguiente sentencia que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 y conforme la siguiente motivación:

1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

El demandante CARLOS ARTURO PIEDRAHITA PAZMIÑO, solicita a esta Jurisdicción que anule los actos administrativos contenidos en las Resoluciones N° GNR 357938 del 16 de diciembre de 2013, N° GNR 270367 del 20 de julio de 2014 y VPB N° 33888 del 16 de abril de 2015, a través de las cuales la entidad demandada reconoció la pensión de vejez al demandante y negó la reliquidación de la misma con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985 en aplicación del principio de favorabilidad de la norma y por remisión del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se ordena a la COLPENSIONES a pagar al actor de manera indexada una pensión mensual vitalicia de vejez, equivalente al 75% por ciento de la totalidad de los factores de salario devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio oficial, como lo contempla la Ley 33 de 1985, así como que se tengan en cuenta la totalidad de cotizaciones simultaneas efectuadas por el demandante durante su vida laboral, conforme al artículo 18 de la Ley 100 de 1993, que se ordene el pago de los interés moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que se hagan extensivos los efectos de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado y se condene en costas y agencias en derecho, (fls. 256-258).

2. HECHOS DE LA DEMANDA

La demandante sostiene que nació el 25 de febrero de 1950 y prestó sus servicios profesionales en condición de empleado público en la DIAN desde el 25 de junio de 1992 hasta el 22 de febrero de 2013 y ejerció la docencia universitaria en un centro educativo privado desde el año 2004 hasta el mes de septiembre de 2012.

Indica que durante su vinculación laboral con el Estado y con la institución de educación superior privada realizó en forma proporcional aportes con destino a salud y pensión, sin embargo, la entidad no tuvo en cuenta dicha simultaneidad de cotizaciones, ni la totalidad de factores salariales percibidos en el último año de servicios para el reconocimiento de la pensión de jubilación, pese a que reconoció su omisión al momento de liquidar la prestación reclamada, (fls. 258-262).

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

La parte demandante invoca como normas violadas de rango constitucional los artículos 6, 25, 48, 53 y 230, así como el inciso 2º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005 y de orden legal los artículos 11, 21, 36 y 288 de la Ley 100 de 1993, artículo 1º de la Ley 33 de 1985, artículos 21 y 127 del Código Sustantivo de Trabajo y artículos 3 a 9 y 45 y 49 de la Ley 1437 de 2011.

Señala que la entidad accionada vulnera los postulados constitucionales porque desconoce el derecho a la parte actora de recibir una mesada equivalente a la mesada que devengaba, lo cual a su vez implica también la vulneración a los valores fundamentales de justicia, igualdad y derecho al trabajo; así mismo, se desconoce o infringe el postulado del artículo 48 de la Constitución que contiene una clara previsión frente al carácter dinámico de la mesada pensional, pues en ella se establece que la ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante, en otras palabras, el Estado debe garantizar una mesada pensional dinámica de acuerdo con el índice de precios al consumidor

Estima que la entidad demandada desconoció el derecho fundamental de igualdad, y los principios de prevalencia del derecho sustancial, justicia, equidad e inescindibilidad de la norma, pues a los beneficiarios del régimen de transición se les debe aplicar en su integridad la norma pensional anterior, que para el caso del demandante son las leyes 33 y 62 de 1985, por lo tanto se debe reliquidar la pensión de vejez en cuantía del 75% con base en la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios. Estima que debe aplicarse la sentencia del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, (fls. 262-281).

4. Oposición a la demanda por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES

La entidad demandada contestó de manera oportuna mediante memorial visible a folios 308-317, en el que manifestó que se opone a todas y cada de una de las pretensiones de la demanda en consideración a que los actos administrativos objeto de litigio se expidieron conforme a derecho teniendo en cuenta la aplicación del régimen de transición, principio de favorabilidad y la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, razón por la cual se liquidó correctamente la pensión al demandante.

Considera que debe aplicarse el precedente establecido en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

Señala que para el reconocimiento pensional se deben aplicar las reglas expresamente señaladas en los incisos 2º y 3º del artículo 36 de la Ley 1007 1993 (edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen anterior) pero el IBL (los 10 años o los que le hicieren falta para obtener la pensión) y los factores taxativos (Decreto 1158/1994), los establecidos en la Ley 100 de 1993.

Sostiene que el demandante es beneficiario de la Ley 33 de 1985, pero por favorabilidad y mayor monto pensional le aplicó el régimen establecido en el Decreto 758 de 1990, es decir, con una tasa de reemplazo del 90%.

Por lo anterior, solicita denegar las pretensiones de la demanda.

5. PRUEBAS RELEVANTES QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE

Obran en el expediente las siguientes pruebas relevantes documentales:

1. La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES le reconoció pensión mensual vitalicia de vejez al señor CARLOS ARTURO PEDRAHITA PAZMIÑO, mediante Resolución GNR N° 357938 del 16 de diciembre de 2013 -*acto acusado*-, a partir del 7 de febrero de 2013 y para dicho reconocimiento le tomó como IBL el 90% del promedio de los salarios sobre los cuales cotizó durante los últimos 10 años de servicios, conforme a los artículos 13, 34 y 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, (fls. 4-9).
2. Contra la decisión anterior, la parte demandante, mediante apoderado, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación mediante memorial radicado en COLPENSIONES el 9 de enero de 2014 bajo el radicado N° 2014-168376, en el que solicitó el reconocimiento de la pensión por aportes con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, conforme a las Leyes 33 y 62 de 1985 y la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, (fls. 287-291).
3. Mediante memorial complementario radicado en COLPENSIONES el 9 de enero de 2014, el demandante, a través de apoderado, reiteró el recurso de apelación contra la Resolución GNR N° 357938 del 16 de diciembre de 2013, en el que solicitó la revocatoria parcial del acto acusado y en su lugar la entidad procediera a reliquidar la pensión de vejez tomando como IBL además del salario los incentivos propios del régimen de los empleados de la DIAN, en cuantía del 75% de lo percibido durante el último año de servicios, conforme al artículo 1º de la Ley 33 de 1985 y la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, (fls. 10-12).
4. El recurso de reposición fue resuelto de forma negativa por COLPENSIONES, a través de la Resolución GNR N° 270367 del 29 de julio de 2014 -*acto acusado*-, en el que consideró que al demandante le es aplicable el régimen pensional

establecido en el Decreto 758 de 1990 por remisión expresa del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, el IBL lo calculó conforme lo indicado en los artículos 13, 34 y 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales relacionados en el Decreto 1158 de 1994, conforme el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013, por ser más favorable en atención que la tasa de reemplazo aplicada en virtud de los tiempos públicos y privados laborados por el demandante, (fls. 13-17).

5. El recurso de apelación fue resuelto a través de la Resolución VPB N° 33888 del 16 de abril de 2015 –*acto acusado*–, en el sentido de reliquidar la pensión con un ingreso base de liquidación del 90%, a partir del 1º de octubre de 2012, al considerar que al demandante le es aplicable el régimen pensional establecido en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 por remisión expresa del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, el IBL lo calculó conforme lo indicado en los artículo 21 de la Ley 100 de 1993. Respecto de reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios teniendo en cuenta el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, le indicó que no accedía a tal pretensión, por cuanto solo acreditó 7 años de servicios en la DIAN, razón por la cual no cumplió el requisito de haber laborado por 20 años o más en entidades públicas. Finalmente, le citó como normas aplicables las Ley 100 de 1993, 797 de 2003, el Acto Legislativo 01 de 2005 y la Ley 1437 de 2011, (fls. 19-22). El anterior acto administrativo fue notificado al accionante el 28 de abril de 2018, como se verifica en la constancia de notificación, cuya fotocopia informal reposa a folio 18 del expediente.
6. Certificación laboral expedida el 20 de febrero de 2015 por la Subdirectora de Gestión de Personal de la DIAN en el que consta que el señor CARLOS ARTURO PIEDRAHITA PAZMIÑO laboró con desde el 25 de junio de 1992 al 22 de febrero de 2013 en el cargo de GESTOR III código 303 y grado 03 de la División de Gestión de Cobranzas de la DIAN – Seccional Bogotá, (fl. 38). Significa lo anterior que el último año de servicios del demandante en el sector público estuvo comprendido entre el 22 de febrero de 2012 y el 23 de febrero de 2013.
7. Conforme se extrae de Resolución GNR N° 357938 del 16 de diciembre de 2013 (fls. 4-9), el demandante nació el 25 de febrero de 1950, es decir que para entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, contaba con más de 44 años de edad (44 años. 1 mes y 6 días de edad). Cumplió los 60 años de edad el 25 de febrero de 2010.
8. Certificación salarial expedida el 18 de marzo de 2015 por el Jefe de Coordinación de Tesorería de la DIAN, en la que constan los emolumentos devengados por el demandante entre el 26 de enero de 2010 y el 30 de noviembre de 2013, entre los que se destaca el *sueldo, incentivo de desempeño grupal, factor nacional, prima de vacaciones, bonificación por recreación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incentivo de desempeño por gestión, vacaciones y prima de navidad*, (fls. 23-29). Similar información contienen las certificaciones laborales que obran a folio 65-71 del expediente.
9. Resumen de las semanas cotizadas por el accionante expedido el 25 de abril de 2014 y el 1º de diciembre de 2017 por COLPENSIONES donde se observa que

entre el 1º de junio de 1978 y el 30 de septiembre de 2012 realizó aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones como empleado tanto del sector público como del privado, (fls. 32-52 y 323-334).

10. Certificación expedida el 10 de junio de 2016 por el Jefe de la Unidad de Talento Humano de la Universidad Autónoma de Colombia, en la que consta que el señor Piedrahita Pazmiño está vinculado a dicha institución de educación superior como profesor de hora catedra, adscrito al programa de ingeniería industrial, desde el 25 de mayo al 29 de junio de 1991 mediante contrato de trabajo a término fijo y a partir del 12 de agosto de 1991, a través de contrato de trabajo a término indefinido, (fls. 72-73). Así mismo figuran a folios 74 a 222 las cotizaciones que realizó por concepto de aportes al Sistema General de Seguridad Social.

Se tienen en cuenta las demás pruebas aportadas con la demanda y en la contestación.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Fueron rendidos por las partes de manera oral en la audiencia inicial del 16 de mayo de 2018 tal como quedaron consignados en el CD el cual obra a folio 350 del expediente, en el los que fueron reiterados los argumentos expuestos en la demanda y su correspondiente contestación

7. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

7.1. Problema jurídico: Debe resolver el Juzgado si el señor CARLOS ARTURO PIEDRAHITA PAZMIÑO, por encontrarse en el régimen de transición dispuesto en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tiene derecho a que su pensión de jubilación se reliquide con el 75% de todo lo devengado en el último año de servicios, en aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985 o si por el contrario, la pensión debe ser liquidada con los factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994, con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hacía falta para cumplir su estatus pensional o los últimos diez años, el que le resulte más favorable.

Para resolverlo tendremos en cuenta las premisas fácticas, las premisas normativas, las pruebas, las alegaciones de los apoderados y lo que al respecto ha señalado el precedente jurisprudencial.

7.2. NORMAS APLICABLES, PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

7.2.1.- Seguridad social en pensiones con anterioridad y posterioridad de la Ley 100 de 1993

Por primera vez el concepto de seguridad social fue introducido en Colombia en 1936 en la Constitución de la época, en estos términos: *“La asistencia pública es función social del Estado. Se deberá prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitados para trabajar.”* Desde entonces la seguridad social se previó como garantía constitucional y deber del Estado frente a sus ciudadanos y se ordenó al legislador reglamentar la forma cómo se prestaría la asistencia por parte de los particulares y del Estado directamente.

De igual forma, a partir de la ratificación de algunos instrumentos internacionales¹ se debían implementar medidas tendientes a asegurar a todas las personas la protección frente a las contingencias que les afectaran en materia de seguridad social en pensiones, al considerarlas como un derecho humano. Así mismo, el Estado se comprometió a desarrollar una legislación interna que promoviera las condiciones mínimas de previsión social.

Para dar cumplimiento a los compromisos adquiridos se expidieron diversas disposiciones que reglamentaron las relaciones de los empleadores con los trabajadores en materia pensional tanto del sector público como del privado a través de la Ley 6ª de 1945,² Ley 4ª de 1966,³ Decreto 3135 de 1968,⁴ Ley 33 de 1985,⁵ Decreto 2701 de 1988,⁶ Ley 71 de 1988,⁷ y artículo 260⁸ del Código Sustantivo del Trabajo.

La atención en seguridad social comenzó en los años 1945 y 1946, con la creación de Caja Nacional de Previsión (CAJANAL), las cajas de previsión del orden departamental y municipal; se creó el seguro social obligatorio⁹ y el Instituto de Seguros Sociales, entidad que, a partir del año de 1967, asumió el reconocimiento del riesgo de vejez y la sustitución de las pensiones de jubilación que estaban a cargo de los empleadores.

Particularmente, el régimen pensional general de los empleados públicos estaba consagrado en la Ley 33 de 1985,¹⁰ la cual dispuso que los empleados públicos que hayan laborado por más de 20 años continuos o discontinuos y que cumplan 55 años de edad, tienen derecho a que les sea reconocida una pensión vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que devengó durante el año anterior al retiro del servicio. El artículo 3º de esta norma determinó que la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estaba constituida por los siguientes factores: *“asignación básica, gastos de representación, prima de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de*

¹ Los instrumentos internacionales que consagran el derecho a la seguridad social y que crean obligaciones sobre la materia al Estado colombiano, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, los Convenios No. 102 y 128 sobre la Seguridad Social, adoptados en 1952 por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aprobada por Colombia mediante la Ley 22 de 1981, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, aprobada por Colombia mediante la Ley 146 de 1994, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- "Protocolo de San Salvador"-, aprobado por Colombia mediante la Ley 1319 de 1996.

² Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo. Este cuerpo normativo es considerado como el primer Estatuto Orgánico del Trabajo con el fin de reglamentar las relaciones de los empleadores con los trabajadores.

³ Por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones.

⁴ Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

⁵ Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.

⁶ Por el cual se reforma el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del estado, adseritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional.

⁷ Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones.

⁸ ARTÍCULO 260. DERECHO A PENSIÓN. 1. Todo trabajador que preste servicios a una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$ 800.000) o superior, que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código, tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio. 2. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad expresada tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de los veinte (20) años de servicio.

⁹ Mediante la Ley 90 de 1946.

¹⁰ Modificada por la Ley 62 de 1985.

*cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aporte*¹¹.

Ahora, con posterioridad a la vigencia de la Ley 33 de 1985 y antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, fue proferido el Decreto 758 de 1990¹², el cual dispuso en su artículo 7º que tendrán derecho a la pensión de vejez los varones que lleguen a la edad de 60 años y las mujeres que acrediten 55, los cuales en todo caso deben contar con un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo.

Por su parte, el artículo 20 de la misma normatividad estableció que el monto de la mesada pensional sería el equivalente al 45% del salario base mensual y que este se aumentaría en proporciones equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización y que el valor total de la pensión no podría superar el 90% del salario mensual de base ni inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario.

La función social del aseguramiento que introdujo la Constitución de 1936, también se vio plasmada Constitución Política de 1991, a partir del artículo 48 garantiza el derecho irrenunciable de todos los habitantes a la seguridad social, disposición que a su vez, le otorga a la seguridad social la condición de servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia,¹³ universalidad,¹⁴ solidaridad¹⁵ y sostenibilidad fiscal que permita la “ampliación de la cobertura, que hace referencia al deber del Estado de extender el sistema para cubrir a un mayor número de personas y brindar más y mejores prestaciones para proteger a la población frente a las contingencias previstas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”¹⁶

La seguridad social, por mandato constitucional, reconoce el derecho a la pensión¹⁷ mediante el amparo de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte. Aunado a lo anterior, el constituyente le otorgó al legislador la potestad de 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”. Adicionalmente, el artículo 53 le impone al Estado la obligación de garantizar “el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.”

¹¹ Artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de 1985.

¹² Por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios.

¹³ Demanda el mejor uso de los recursos disponibles con miras a lograr los fines del sistema y elevar el bienestar de los afiliados y la población en general. Sentencia C-258 de 2013.

¹⁴ Se refiere al deber del Estado de garantizar el derecho y servicio de seguridad social a todas las personas sin discriminación. *Ibid.*

¹⁵ Además de aludir a la obligación de contribuir a la financiación del sistema de acuerdo con las propias capacidades, guarda relación con la obligación de socorrer a los sectores más débiles y vulnerables, lo que en el sistema de pensiones se manifiesta, por ejemplo, en la existencia de mecanismos que permiten a las personas de más bajos ingresos –tanto de la generación actual como de otras generaciones– acceder a una pensión mínima. *Ibid.*

¹⁶ Sentencia C-258 de 2013.

¹⁷ Otras normas constitucionales con incidencia directa sobre las pensiones son el artículo 46, referido a la protección de las personas de la tercera edad; el artículo 47, que trata de la protección especial a los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, y los artículos 43 y 53, que consagran la protección especial de la mujer y de la maternidad. Indirectamente, el derecho humano a la pensión se relaciona con otras garantías constitucionales, como ocurre con el derecho a la vida digna (art. 11 CP), a la igualdad material (art. 13 CP), a presentar peticiones respetuosas (art. 23 CP) y al debido proceso (art. 29 CP). Por último, el artículo 334 de la Constitución Política establece que el Estado intervendrá en la economía, en aras de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y de asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos.

Posterior a la nueva Carta Política, se profirió la Ley 100 de 1993¹⁸, el cual tiene por objeto garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones consagradas en la ley. En la exposición de motivos de la citada ley, se destaca que se requería una reforma estructural al sistema, principalmente, por cuanto era necesario eliminar la disparidad existente entre los regímenes pensionales, buscando resolver el problema más serio del régimen de pensiones de Colombia, que consistía en sus altos niveles de desprotección de la vejez dada la baja cobertura de las pensiones, que para ese año era de tan solo el 20,2%. Bajo tales circunstancias, con el nuevo modelo de aseguramiento se daría inicio a un *proceso que permitirá extender la protección pensional a la tercera edad que no ha podido acceder a los sistemas pensionales basados en contribuciones obligatorias de asalariados y sus empleadores, mediante la creación de un auxilio monetario de hasta medio salario mínimo mensual para los pobres que tengan edad superior o igual a los 70 años*. En síntesis, la exposición de motivos de la Ley 100 de 1993 determinó que el sistema de seguridad social era deficiente en razón a que el modelo¹⁹ que imperaba era inequitativo, tenía baja cobertura, era inviable financieramente y estaba desequilibrado.

A partir de la Ley 100 de 1993 se propuso adelantar un aseguramiento de toda la población en general, para lo cual se debe aplicar los principios constitucionales de eficiencia, universalidad, solidaridad y sostenibilidad fiscal, sin desconocer algunos derechos de quienes estaban próximos a cumplir con los requisitos para acceder a la pensión con los regímenes anteriores a la vigencia del Sistema General de Seguridad Social, para ello el artículo 36²⁰ reguló el régimen de transición.

De tal forma que, los funcionarios y empleados públicos que cumplieran dichos requisitos les respetaría la edad el tiempo y el monto del régimen que le fuera aplicable. La pensión se calcularía con aquellos factores que taxativamente se encontraban enlistados en las normas que regulaban la materia, sobre los cuales hubiere cotizado el empleado, en los últimos 10 años de servicio o en el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho. Con tal información, al momento de efectuarse el reconocimiento pensional se debía promediar los emolumentos percibidos y reconocer una pensión

¹⁸ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

¹⁹ 1. El sistema vigente, en sus actuales condiciones, no es financieramente viable y produce un impacto económico desfavorable, es fundamentalmente inequitativo, y de imposible expansión para ampliar cobertura. Las deficiencias son estructurales, y no se superan con ajustes administrativos, o de las cotizaciones y beneficios, y por lo tanto se requiere un régimen enteramente distinto. 2. La sustitución del régimen pensional vigente por el basado en la capitalización individual conlleva un proceso de transición en el cual se mantiene un subsistema totalmente público, que requiere reformas sustanciales para ser financiable y para ser equilibrado con respecto al nuevo. Con ello se respetan derechos adquiridos y se gradúan las modificaciones, dado el carácter de largo plazo de las obligaciones y reglas del juego de los sistemas pensionales.

Aun cuando la transición tome un largo plazo, el proceso, debe iniciarse inmediatamente, para minimizar el costo económico y fiscal de la reforma, y los efectos redistributivos desfavorables del aplazamiento.

3. Las pensiones actualmente garantizadas no son sostenibles a las tasas vigentes de cotización. Lo que ha venido ocurriendo es la acumulación de una gigantesca deuda que ya no sería pagable subiendo indefinidamente las cotizaciones en un sistema sin reservas, porque en unos años se excedería el costo de las prestaciones, y se generaría pérdida de competitividad, desempleo, informalización del empleo, y evasión. Es necesario por lo tanto, elevar las cotizaciones, pero ello sólo hasta el nivel del costo de largo plazo de las prestaciones, lo cual no es sin embargo suficiente para pagar la deuda acumulada.

²⁰ "La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos. El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-168 de 1995."

desde el 75% y hasta el 85%, dependiendo del tiempo que tuviera el individuo laborando al servicio del Estado.

El término “Ingreso Base de Liquidación (IBL)”, se menciona por primera vez en el artículo 21²¹ de la Ley 100 de 1993 y se entiende como el cálculo del promedio de los factores sobre los que debe efectuarse las cotizaciones de los servidores públicos. En concreto el artículo 6 del Decreto 691 de 1994 (modificado por el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994) estableció los factores sobre los cuales estaba constituido el IBL²².

Frente al nuevo régimen de transición la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sostienen criterios interpretativos radicalmente ambivalentes, pues, no han unificado las condiciones que debían tenerse en cuenta en el régimen de transición, en relación con los factores salariales y el tiempo que será tenido en cuenta para liquidar la pensión, como veremos a continuación.

La Corte Constitucional por aplicación de los principios y criterios constitucionales de solidaridad, orden justo y de sostenibilidad financiera y fiscal del Sistema General de Participaciones, en sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016 y recientemente la SU-395 de 2017, fijó el precedente que debe ser aplicado a todos los beneficiarios de regímenes especiales, en cuanto al monto y el ingreso base de liquidación en el marco del régimen de transición, y por ende, se sentaron las bases de interpretación del régimen de transición contenido artículo 36 de la Ley 100/93, que mantiene algunos conceptos del régimen anterior (edad, tiempo y monto). En términos generales sostiene la jurisprudencia constitucional que 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, 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 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. Además, sostiene el alto Tribunal 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.

Concretamente, en la sentencia C-258 de 2013, la Sala Plena del Tribunal constitucional encontró, entre otros asuntos, que el 81% de los subsidios estatales se dirigen a atender el pasivo pensional del 20% en mejor condición socio-económica, mientras que al 40% más pobre no le llega ni al 2%; la regla que se viene aplicando de Ingreso Base de Liquidación conduce a la concesión de beneficios manifiestamente desproporcionados, pues condujo a pensiones de una cuantía muy elevada que sólo

²¹ ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

²² “ARTÍCULO 6: 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; b) Los gastos de representación; c) La prima técnica, cuando sea factor de salario; d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario; e) La remuneración por trabajo dominical o festivo; f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna; g) La bonificación por servicios prestados (...)”

podían ser financiadas con subsidios públicos más altos, también impone un sacrificio claramente desproporcionado de los principios y finalidades de la seguridad social.

Por su parte, en sus pronunciamientos la jurisprudencia del Consejo de Estado inicialmente, consideró que para liquidar las pensiones de los beneficiarios de las Leyes 33 y 62 de 1985, en virtud del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, debía tenerse en cuenta tan solo los factores taxativamente enlistados en la ley, y si se hubiesen realizado descuentos a otros factores no indicados en la normatividad, debía devolverse los aportes al pensionado.

El Consejo de Estado, en Sala Plena de la Sección Segunda, mediante Sentencia del 04 de agosto de 2010, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, consolidó su interpretación sobre el tema de los beneficiarios del régimen de transición, precisando que cuando se aplica tal régimen *“es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación”*.

En la sentencia de tutela proferida el 25 de febrero de 2016 de la Sección Quinta del Consejo de Estado²³ mediante la cual revocó la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia argumentando que el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, excluye el ingreso base de liquidación – IBL, por ser un ítem que no está cobijado por este régimen. Al efecto sostuvo que: *“... la Sección debe indicar que cambia así su postura sobre la materia y entiende que frente a criterios o posturas divergentes entre la Corte Constitucional y otra Alta Corporación, han de prevalecer los del Tribunal Constitucional, contenidos únicamente en sentencias de constitucionalidad y de unificación en tutela, siempre que la ratio decidendi se aplique al caso concreto y, por tanto, su desconocimiento configura el defecto de violación del precedente (...)”*.

La anterior decisión fue revocada en fallo de tutela del 15 de diciembre de 2016 proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado en amparo a los derechos invocados por la UGPP y ordenó a la Sección Segunda de dicha Corporación, proferir en un término de 10 días una nueva decisión de acuerdo a los lineamientos trazados en la misma, al concluir que la sentencia de unificación del 25 de febrero de 2016²⁴ *“(...) dictada por la autoridad judicial accionada - Sección Segunda de esta Corporación, desconoció las reglas que respecto el tema bajo estudio, fijó la Corte Constitucional en la sentencia SU 230 de 2015; jurisprudencia que conforme a los argumentos expuestos en párrafos precedentes, era de obligatorio cumplimiento por el la Sección Segunda del Consejo de Estado y la cual estaba vigente para fecha en que se profirió el fallo acusado (...)”*. Esta decisión deja sin efectos el referido pronunciamiento del Consejo de Estado, demostrando su posición respecto a la obligatoriedad de acatar el precedente de la jurisdicción constitucional.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00103-00(AC), Consejero Ponente ALBERTO YEPES BARREIRO.

²⁴ La cual fue reemplazada con la sentencia del 9 de febrero de 2017, en virtud de una sentencia de tutela proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 15 de diciembre de 2016 (rad. 11001-03-15-000-2016-01334-01), que amparó el derecho al debido proceso de la UGPP y ordenó a la sección segunda proferir una nueva sentencia en reemplazo de la de unificación, de fecha 25 de febrero de 2016, por haber desconocido el precedente fijado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 2015.

Adicionalmente, cabe precisar que en cumplimiento de dicha sentencia de tutela, la Sección Segunda del Consejo de Estado el día 9 de febrero de 2017²⁵, dictó sentencia de reemplazo de la de unificación proferida el 25 de febrero de 2016, dando aplicación al criterio interpretativo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, fijado por la Corte Constitucional.

Ahora, resulta pertinente mencionar que si bien la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia de tutela de fecha 6 de abril de 2017²⁶, en un caso donde se estudiaba el desconocimiento del precedente sentado por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, adoptó como sub-regla jurisprudencial aplicable a ese caso, el argumento expuesto por la Corte en la sentencia T-615 de 2016, consistente en que las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 no son aplicables a las personas que consolidaron su status pensional antes de que estas fueran expedidas. Lo cierto es que la misma Corte en auto N° 229 del 10 de mayo de 2017, declaró la nulidad del anterior fallo de tutela, al considerar que en esta no se tuvo en cuenta el precedente jurisprudencial trazado en las sentencias C-258/13, SU 230/15 y SU-405/16, según las cuales el IBL de los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede ser el estipulado en el sistema pensional anterior al cual se encontraban afiliados, sino el previsto en el inciso tercero de esa norma y, advirtió sobre la obligación de acatar la línea jurisprudencial de las decisiones emitidas por la Sala Plena, cuando se analizan asuntos similares a los decididos con anterioridad, debido a que no hacerlo así, quebranta la confianza legítima puesto que se sorprende a los ciudadanos con providencias inesperadas e imprevistas.

En razón de lo anterior, si bien este Despacho en anteriores casos similares al presente venía acogiendo la tesis del Consejo de Estado de aplicar en forma integral el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por considerar aplicable el inciso segundo de dicha norma, para lo cual se apoyaba en el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, lo cierto es que se modifica dicho criterio conforme a lo interpretado por la Corte Constitucional en las referidas sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016 y recientemente la SU-395 de 2017, las cuales se hacen obligatorias para esta Dependencia Judicial, pues de lo contrario, no solo se desconocería las órdenes impartidas a los jueces por dicho órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, sino la constitucionalización que ha revestido el derecho Colombiano desde el año 1991 y la naturaleza superior que ostenta dicha Corporación como intérprete autorizado de la Constitución.

Conclusiones del modelo de seguridad social en Colombia

Después de 25 años de promulgada la Carta Política, es evidente que el sistema de seguridad social fracasó en el aseguramiento universal, de esta forma se evidenció en el estudio 'Misión Colombia Envejece'²⁷, elaborado por Fedesarrollo y la Fundación Saldarriaga Concha, en el que se indica que el acceso a una pensión en Colombia es un asunto cada vez más difícil, pues las posibilidades de acceder a esta prestación

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Radicado N° 25000234200020130154101. Consejero Ponente: Cesar Palomino Cortés. Más allá de las elucubraciones expuestas en esa sentencia, en las cuales el Consejo de Estado manifestó, en síntesis, que el sentido de esa decisión era solo en cumplimiento de la sentencia de tutela proferida por la Sección Quinta de esa Corporación, pero que su tesis quedaba inalterada, en el sentido de reafirmar lo expuesto en la sentencia de unificación de fecha 4 de agosto de 2010.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, radicación N° 11001-03-15-000-2016-03241-01(AC). Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

²⁷ <http://saldarriagaconcha.org/mce/pdf/MCE-C3.pdf>

comienzan a ser inalcanzables para un significativo sector de la población. El estudio²⁸ concluye que, de no emprenderse acciones efectivas, en el año 2050 el 85 por ciento de las personas mayores de 65 años no tendrá pensión de jubilación.

En reciente investigación adelantada por la Universidad Externado, titulada “Participación de los adultos mayores en las economías de mercado y del hogar en Colombia”²⁹ encontró que los adultos mayores permanecen laboralmente activos debido a los bajos ingresos personales sus trabajos son predominantemente informales (85%) y mayoritariamente independientes (76%) en actividades agrícolas (29%) y comerciales (25%). La investigación da cuenta que apenas el 25% de las personas de la tercera edad gozan de una pensión y que el 47% tiene ingresos propios, laborales y no laborales. También se concluyó el estudio que en el 2050 el 85 % de los adultos mayores no tendrán pensión.

La Procuraduría General de la Nación en 2012 financió al (CID) de la Universidad Nacional, un estudio que evidencia la inequidad del sistema pensional que da cuenta de que se destinaron 29 billones de pesos presupuesto nacional al pago de pensiones del régimen de prima media. El estudio³⁰ da cuenta que más de la mitad de los pensionados que están en el régimen de prima media, es decir unos 749.000 de un total de 1,2 millones de personas, no llegan a recibir dos salarios mínimos al mes. Mientras tanto, solo una minoría, el 0,14 por ciento (1.795 personas) ganan en promedio 25 salarios mínimos, estos que están en la parte alta de la pirámide pensional, reciben cada año, en promedio, 167,1 millones de pesos (14 millones mensuales), mientras que 748.208 de sus similares, situados en el otro extremo de la pirámide, solo reciben 6,8 millones (unos 600.000 pesos mensuales). De los 1.795 pensionados ‘privilegiados’ unos 1.016 reciben mesadas superiores a 25 salarios mínimos (14'167.500). Este segmento es exclusivo del sector público y está fuertemente concentrado en el Congreso (652, es decir, tiene el 0,2 por ciento de los pensionados pero administra el uno por ciento del presupuesto) y CAJANAL (307). De tal forma que, las ayudas estatales les llegan en mayor proporción a los más pudientes: “El 86,3% de los subsidios va a manos del 20 por ciento más rico de la población.”

Partiendo de las circunstancias fácticas en las que está inmersa la sociedad colombiana, hay que tener claro que las normas siempre tienen efectos distributivos respecto a las partes en litigio, estas pueden ser Progresivas entendidas como aquellas que avanzan a partir de una agenda igualitaria o No Regresivas entendidas como aquellas que frenan la agenda que busca achicar la brecha entre ricos y pobres. De ahí, que es necesario adoptar la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho respecto al régimen de transición como el mecanismo que permite avanzar hacia una agenda pública que garantice el acceso a una pensión para todos los mayores de 70 años, que se erige como un deber del Estado frente a sus ciudadanos, tarea que le corresponde a todos los ciudadanos y con mayor responsabilidad a quienes administran justicia.

Desde una perspectiva progresista, se concluye que a los beneficiarios de la transición normativa del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se les respeta el régimen pensional

²⁸ Dice el estudio que esta situación ha sido propiciada por el sistema pensional y la alta informalidad en el mercado laboral, situación que tiende a salirse de control por cuenta de la falta de cobertura y de equidad en los subsidios, lo que, a la postre, genera más desigualdad y va en contra del bienestar de los adultos mayores. Ello sumado a que en Colombia las pensiones se van para las personas con los ingresos más altos. Hay que ayudar a los que ganan menos.

²⁹ <https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/01/Cuaderno-16.pdf>

³⁰ “Pensiones el costo de las demandas” – Autor Procuraduría Delegada para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social - Editorial IEMP Ediciones.

anterior al que estaban sometidos, cualquiera que fuera su naturaleza, en cuanto a la edad, tiempo de servicios y monto o tasa de reemplazo, entendida ésta como el porcentaje aplicable; es decir, que para calcular el ingreso base de liquidación de las pensiones, a quienes les faltase menos de 10 años para adquirir el status pensional, se les debe tener en cuenta el inciso 3º del citado artículo 36, correspondiente al promedio del tiempo que les hiciera falta; mientras que quienes hubiesen cotizado 10 o más años, se les aplicará el artículo 21 *ibidem*, es decir, todo el tiempo; y en todo caso, para calcular el IBL siempre se les tendrían en cuenta los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Este criterio respeta de los cometidos estatales respecto a la seguridad social que debe prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad y sostenibilidad fiscal que permita la ampliación de la cobertura, y brindar más y mejores prestaciones que verdaderamente protejan a la población frente a las contingencias previstas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

7.2.2.- De la obligatoriedad del precedente constitucional

Aunque la Constitución Política (artículos 228 y 230) permiten que la función judicial se ejerza con independencia y autonomía, también considera a la jurisprudencia como un criterio auxiliar, pero la Corte Constitucional (artículo 241 CP) como intérprete autorizado de la Carta, le otorga un efecto vinculante a la jurisprudencia constitucional en virtud de la garantía de la seguridad jurídica, la coherencia y razonabilidad del sistema normativo, la protección del derecho a la igualdad, la salvaguarda de la buena fe y la materialización de la confianza legítima³¹.

En reiteradas oportunidades, el Tribunal Constitucional define el precedente judicial como *“la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”*³². Asimismo, la doctrina precisa que es un mecanismo jurisdiccional que tiene su origen en el principio *stare decisis* o estar a lo decidido, el cual consiste en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores a casos que se presenten en situaciones posteriores y con circunstancias similares.³³

El sometimiento de los jueces al precedente no les permite apartarse del mismo, salvo que exista una carga mínima de argumentación³⁴ que explique las razones para no aplicarlo en el caso bajo estudio. Sobre la obligatoriedad de observar el precedente, la

³¹ Consultar, entre otras, las Sentencias T-123 de 1995, T-566 de 1998, T-522 de 2001, T-468 de 2003, T-838 de 2007, T-109 de 2009, C-539 de 2011 y C-634 de 2011.

³² Entre otras ver sentencia SU-053 de 2015.

³³ “El Precedente Constitucional teoría y praxis”, Editorial Ibáñez S.A.S, 2013. Definición citada en la sentencia T-460 de 2016.

³⁴ T-468 de 2003. Precisamente, en la última de las citadas sentencias, se dispuso que: “En este contexto, surge como elemento preponderante que todo cambio o inaplicación de un precedente judicial de tipo vertical a partir de la presencia de diversos supuestos fácticos o en razón del cambio de legislación debe estar plenamente motivado, en aras de salvaguardar el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, convirtiéndose el conocimiento de los argumentos judiciales, en una herramienta ciudadana de control sobre la legitimidad de las decisiones proferidas por el juzgador. // La motivación requiere entonces el cumplimiento de varias condiciones que le dotan de plena legitimidad. En efecto, ella debe ser: (i) completa, (ii) pertinente, (iii) suficiente y (iv) conexas. Es completa cuando se invocan todos los fundamentos de hecho y de derecho que amparan la decisión; es pertinente si resulta jurídicamente observable; es suficiente cuando por sí misma es apta e idónea para decidir un asunto sometido a controversia y; es conexas si se relaciona directamente con el objeto cuestionado. // Por consiguiente, si un juez de tutela pretende inaplicar la doctrina constitucional que sobre una materia en específico ha establecido esta Corporación, no sólo debe motivar la decisión de manera completa, pertinente, suficiente y conexas, sino que también tiene que probar la diversidad de los supuestos fácticos o de las circunstancias de hecho que conlleven a otorgar un tratamiento desigual y/o la existencia de una nueva legislación que modifique las consecuencias jurídicas aplicables al caso controvertido.”

Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015 se pronunció en ese sentido³⁵, argumentando que este tiene como objetivo principal garantizar la confianza en las decisiones de los jueces a la luz de los principios de seguridad jurídica, igualdad, buena fe y confianza legítima que rigen el ordenamiento constitucional. En otras palabras, la independencia interpretativa es un principio relevante, pero se encuentra vinculado con el respeto a la igualdad en la aplicación de la ley y por otras prescripciones constitucionales.

De igual manera, es clara la obligatoriedad que tienen los operadores jurídicos de observar el precedente en los términos que señala el artículo 7° de la Ley 1564 de 2012, así: *“Legalidad. Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Pero Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos.”*

Partiendo de la estructura orgánica del poder judicial, la jurisprudencia³⁶ distingue entre *precedente horizontal* y *precedente vertical* el primero supone que, en principio, un juez –individual o colegiado– no puede separarse del precedente fijado en sus propias sentencias y de hacerlo deberá demostrar que el criterio anterior no resulta válido para resolver un nuevo caso sometido a decisión, el *precedente vertical* implica, en principio, que los jueces no se pueden apartar de la regla o subreglas de derecho establecida por las autoridades judiciales con atribuciones superiores, particularmente las altas cortes, dada su potestad constitucional y legal de unificar o revisar los asuntos de su conocimiento.

Bajo las circunstancias descritas, la Corte Constitucional, como intérprete autorizado de la Carta Política lleva a que, excepcionalmente, los jueces se pueden apartar de su carácter vinculante, preservando la igualdad, la confianza legítima y la seguridad jurídica³⁷, para lo cual deberá tener en cuenta que:

“... (i) no sólo debe hacer explícitas las razones por las cuales se abstiene de seguir la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial y (ii) sino que también debe demostrar que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla y amplía de mejor manera el contenido de los derechos, principios y valores constitucionales objeto de protección. Siendo así las cosas, *prima facie*, resultan totalmente contrarias al debido proceso, (a) el incumplimiento de una carga mínima

³⁵ “(...) La fuerza vinculante del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano, se explica entonces, al menos, por cuatro razones principales: (i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 13 C.P.), que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales debe ser ‘razonablemente previsibles’; (iii) en atención a los principios de buena fe y de confianza legítima (artículo 84 C.P.), que demandan respetar las expectativas generadas por las reglas judiciales en la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de rigor judicial, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema jurídico’.

... la respuesta del precedente es la solución más razonable que existe hasta ese momento al problema jurídico que se presenta, y en esa medida, si un juez, ante circunstancias similares, decide apartarse debe tener unas mejores y más razonables razones que las que hasta ahora han formado la solución para el mismo problema jurídico o similares. En ese orden la doctrina ha establecido como precedente: ‘tratar las decisiones previas como enunciados autoritativos del derecho que funcionan como buenas razones para decisiones subsecuentes’ y exigir de tribunales específicos que consideren ciertas decisiones previas, sobre todo las de las altas cortes, como una razón vinculante (...)”

³⁶ Consultar, entre otras, las Sentencias T-468 de 2003, T-014 de 2009, T-441 de 2010 y T-918 de 2010.

³⁷ En sentencias de constitucionalidad como la C-634 de 2011 y la C-816 de 2011 se ha establecido que *“los fallos de la Corte Constitucional, tanto en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, tanto en su parte resolutive (erga omnes en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes, e inter partes para los fallos de revisión de tutela) y, en ambos casos, las consideraciones de la ratio decidendi, tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas. Esto en razón de la jerarquía del sistema de fuentes formales de derecho y el principio de supremacía constitucional, que obligan a la aplicación preferente de las disposiciones de la Carta Política y, en consecuencia, de los contenidos normativos identificados por la jurisprudencia constitucional, en ejercicio de su labor de intérprete autorizado del Texto Superior”*.

de argumentación que, a partir del principio de razón suficiente, justifique apartarse del precedente; así como (b) la simple omisión o negativa del juez en su aplicación, a partir de un erróneo entendimiento de la autonomía que les reconoce el Texto Superior.”³⁸

En consecuencia, si los jueces desconoce el alcance de los fallos constitucionales vinculantes se “(...) genera en el ordenamiento jurídico colombiano una evidente falta de coherencia y de conexión concreta con la Constitución, que finalmente se traduce en contradicciones ilógicas entre la normatividad y la Carta, que dificultan la unidad intrínseca del sistema, y afectan la seguridad jurídica. Con ello se perturba además la eficiencia y eficacia institucional en su conjunto, en la medida en que se multiplica innecesariamente la gestión de las autoridades judiciales, más aún cuando en definitiva, la Constitución tiene una fuerza constitucional preeminente que no puede ser negada en nuestra actual organización jurídica (...)”

Por las razones expuestas, esta dependencia judicial debe apartarse de las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010 y el 25 de febrero de 2016³⁹ (esta última sin efectos jurídicos), pues, pese a que funcionalmente dicha Corporación representa el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, las decisiones de la Corte Constitucional que interpretan las normas constitucionales y legales aplicables a cada caso concreto, como ya se precisó, son de aplicación preferente y de obligatoria observancia para los Jueces al resolver asuntos puestos a su consideración, pues de lo contrario, se configuraría una vía de hecho por defecto sustantivo que haría procedente la acción de tutela contra providencias judiciales.

8. El caso concreto

Conforme a las pruebas aportadas al proceso, se encuentra establecido que el señor CARLOS ARTURO PIEDRAHITA PAZMIÑO nació el 25 de febrero de 1950 (fls. 4-9) y laboró al servicio del Estado desde el 25 de junio de 1992 al 22 de febrero de 2013 (fl. 30) y en el sector privado en distintas instituciones de educación superior (fls. 72-73). Al 1º de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia el sistema de la Ley 100 de 1993, el demandante acreditaba más de 40 años de edad (44 años. 1 mes y 6 días de edad), lo cual lo hace beneficiario del régimen de transición a que alude la Ley 100 de 1993, al demostrar uno de los dos supuestos a que se refiere la norma. Así mismo se observa que para obtener el ingreso base de liquidación de la presente prestación se dio aplicación al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y la tasa de reemplazo se calculó conforme al artículo 20 del Decreto 758 de 1990.

Ahora, si en gracia de discusión el demandante le hubiese sido reconocida la pensión de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985, tampoco resultaría procedente la reliquidación pensional con base en la totalidad de los factores devengados en el año anterior al retiro del servicio como lo pretende el demandante, por cuanto, conforme a lo reseñado en el título anterior, el Ingreso Base de Liquidación, de las personas beneficiadas con el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, debe ser liquidado conforme al inciso tercero del artículo 36 de dicha Ley, es decir, con el promedio de los salarios devengados que sirvieron de base para los aportes durante los

³⁸ SU-395 de 2017.

³⁹ La cual, se reitera, fue reemplazada por la sentencia del 9 de febrero de 2017, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en virtud de la orden impartida en sede de tutela por la Sección Quinta de esa Corporación.

últimos 10 años de servicio o el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, tal como lo realizó la entidad demandada, en concordancia con el Decreto 758 de 1990.

De conformidad con las consideraciones previamente expuestas son tres los parámetros aplicables al reconocimiento de las pensiones regidas por normas anteriores a la Ley 100 de 1993 los que a su vez constituyen el régimen de transición, a saber, la edad para consolidar el acceso al beneficio prestacional, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas para el efecto y *el monto de la misma*, el cual hace referencia solo al porcentaje de la base salarial (desde el 75% hasta el 85%, dependiendo del tiempo laborado), pero no al ingreso base de liquidación ya que se tratan de dos nociones distintas e independientes.

En consecuencia, el Ingreso Base de Liquidación, de las personas beneficiadas con el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, como es el caso del señor CARLOS ARTURO PIEDRAHITA PAZMIÑO debe ser liquidado conforme al inciso tercero del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de los salarios devengados que sirvieron de base para los aportes durante los últimos 10 años de servicio o el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, pues con el régimen de transición consagrado en la citada ley el legislador no quiso mantener la aplicación en su totalidad de la normativa que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella.

De las pruebas que obran en el expediente, se evidencia que la entidad demandada le reconoció la pensión de jubilación a la parte actora, aplicando lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es teniendo en cuenta el promedio de los salarios o rentas cotizado en los diez años anteriores al retiro del servicio y además le incluyó los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994, es decir, COLPENSIONES realizó el reconocimiento pensional conforme a las normas aplicables al caso y al criterio fijado por la Corte Constitucional, el cual es acogido por este Despacho.

Ahora bien, respecto de la pretensión relacionada con que la entidad no tuvo en cuenta la totalidad de los montos cotizados simultáneamente en el sector público y privado para liquidar la pensión de vejez, advierte el despacho que dicha pretensión no fue formulada en sede administrativa ante COLPENSIONES, por cuanto una vez examinados los recursos de reposición y apelación interpuestos contra la Resolución GNR N° 357938 del 16 de diciembre de 2013 (que reconoció la pensión de vejez, ver fls. 10-12 y 287-291) observa el Despacho que lo solicitado fue únicamente la reliquidación pensional con base en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, por efectos de la remisión que hace el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y lo establecido por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, sin embargo, nada se dijo sobre las cotizaciones realizadas por el demandante de manera simultánea en el sector público y privado.

Al respecto, destaca el Juzgado que la situación descrita, en vigencia del Decreto 01 de 1984 (anterior código contencioso administrativo) se conocía como vía gubernativa, término que hoy en día equivale al agotamiento de la actuación administrativa, el cual es un presupuesto de procedibilidad del medio de control de nulidad y

restablecimiento del derecho necesario para poder acudir, en ejercicio del derecho de tutela judicial efectiva, a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

El administrado haga uso de la petición en sede administrativa tiene por finalidad que la administración pública revise sus propios actos y de encontrar mérito para ello los modifique, aclare, adicione o revoque, es decir, tal actuación ejercer el control jurídico de las actuaciones de la administración en el evento que considere que con ella el Estado ha infringido el orden jurídico establecido.

Teniendo en cuenta lo anterior, la importancia del agotamiento de la actuación en sede administrativa radica en que da la posibilidad a la administración de pronunciarse, previo al control jurisdiccional, frente a los derechos reclamados por los administrados, situación que genera la confianza legítima en la entidad de que no va a ser llevada a juicio por aspectos frente a los cuales no se le ha informado y dado la oportunidad de defenderse.

Así las cosas, la finalidad del mencionado requisito del medio de control es que en vía judicial no se susciten conflictos que no hayan sido planteados previamente ante la administración, por ello, para satisfacer este requisito de procedibilidad se hace necesario que el administrado exprese el motivo de su reclamación o las razones de su inconformidad, y lo pretendido en forma clara puntual y precisa, lo cual, si bien no excluye que en la demanda de la acción contencioso administrativa sean expuestos argumentos de hecho y de derecho diferentes a los planteados al agotar los recursos de la actuación administrativa, si hace inviable que ante la jurisdicción sean expuestas pretensiones diferentes a aquellas que en su momento fueran incoadas de forma directa ante la administración

De lo planteado, es posible colegir que el debido agotamiento de la actuación administrativa implica que las pretensiones formuladas por el actor en sede judicial sean congruentes con aquellas propuestas en su momento en sede administrativa, ya que al no verificarse identidad de objeto entre lo solicitado en uno y otro escenario se estaría infringiendo el derecho al debido proceso de la entidad demandada quien sería llevada a juicio con fundamento en un *petitum* frente al cual no tuvo la oportunidad de pronunciarse.

Vistos los párrafos anteriores, el Juzgado no puede emitir pronunciamiento sobre esta pretensión, por lo que realizar cualquier juicio sobre la misma se tornaría incongruente y por ello vulneraría el debido proceso y el derecho de defensa de la entidad demandada.

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos fácticos de la demanda, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar. En consecuencia, los actos administrativos acusados conservan su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que los amparaba.

Costas y agencias en derecho

Ahora bien, en relación con las costas tenemos que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 sostiene que la sentencia dispondrá sobre las mismas cuya liquidación y ejecución

se regirán de conformidad con las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, ahora Código General del Proceso.

Este último código en el numeral 1° del artículo 365 sostiene que la condena en costas se aplicará a la parte que resulte vencida dentro del proceso, en este caso quien resultó vencido fue la parte demandante quien estuvo debidamente representado.

Como quiera que las costas se componen de los gastos y las agencias en derecho, el *Acuerdo PSAA-16-10554 del 05 de agosto de 2016*⁴⁰ expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, establece las tarifas y criterios que deben tenerse en cuenta por La Juez al momento de fijarlas⁴¹, en el artículo 5° del acuerdo (numeral 1, subnumeral 2, literal a, subliteral 1) señala que las tarifas de las agencias en derecho cuando se trate de procesos declarativos de menor cuantía, la tarifa se tasará entre el 4% y 10% del valor de las pretensiones de la demanda.

En relación con este tema, la Corte Constitucional desarrolló diversa jurisprudencia⁴², de manera reciente en la sentencia T-625 de 2016⁴³ respecto de lo que constituyen las costas y las agencias en derecho, manifestó que las costas procesales son todos aquellos gastos en que incurre la parte por acción del proceso, dicha noción comprende tanto las agencias que son las expensas por concepto de apoderamiento del proceso y la Juez las reconoce de forma discrecional a favor de la parte vencedora siguiendo lo reglamentado en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Por su parte, nuestro órgano de cierre en la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado⁴⁴, en sentencia del 07 de abril de 2016 manifestó que acoge el criterio objetivo de la condena en costas incluyendo las agencias en derecho, al incluir que no se debe evaluar la conducta de las partes, lo que se tiene que tener en cuenta para la causación de costas son los aspectos objetivos tal y como lo contempla el artículo 365 del Código General del Proceso.

Conforme a lo anterior, el Despacho considera que deberá condenarse en costas en las que se encuentran incluidas las agencias en derecho de la primera instancia a la parte demandante, en el equivalente al 4% del valor de las pretensiones de la demanda. En

⁴⁰ Acuerdo que derogó los Acuerdos 1886 de 2003, Acuerdos 2222 del 10 de diciembre de 2003 y PSAA13-9943 del 4 de julio de 2013.

⁴¹ En la parte considerativa del acuerdo, se describe que las agencias en derecho "corresponden a una contraprestación por los gastos en que se incurre para ejercer la defensa legal de los intereses dentro de un trámite judicial, en atención a la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente". Y en el artículo 2° ibidem prevé que "(...) Para la fijación de agencias en derecho el funcionario judicial tendrá en cuenta, dentro del rango de las tarifas mínimas y máximas establecidas por este acuerdo, la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada, sin que en ningún caso se puedan desconocer los referidos límites (...)"

⁴² Respecto a la condena en costas, se encuentra la sentencia T-432 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto donde la Corte se refirió al tema y expresó que en cuestión de costas se aplica el *dictum* romano, según el cual quien ha sido vencido en un proceso judicial debe cancelar al ganador los gastos que acarreo el proceso. La Corporación indicó que justo la doctrina sostiene que las costas equivalen a la carga económica que debe enfrentar quien no tuvo la razón dentro del juicio y estas se reconocen a favor de la parte y no del apoderado pues puede haber una confusión respecto del pago de las costas a favor del proceso y la obligación de cancelar los honorarios al abogado por parte del poderdante.

Posteriormente, en la Sentencia C-368 de 2011, en la que explica que las costas procesales se desarrollan en un ámbito conceptual más definido, el cual se materializa con el pago de los gastos que deben satisfacer las partes como consecuencia del proceso que promueven y del que una de ellas puede resarcirse en caso de salir vencedora. De esta manera, dichos recursos se destinan exclusivamente a cubrir los gastos que se han generado el proceso y nada más.

En sentencia del 21 de marzo de 2013 esa misma Corporación manifestó que la condena en costas es el resultado de la derrota en el proceso para alguna de las partes o en algún recurso que se haya presentado, más no el resultado de una actuación producto de la mala fe o de una actuación temeraria por parte de la parte vencida dentro del proceso. De conformidad con el artículo 366 del Código General del Proceso la condena en costas y las agencias en derecho corresponden a los costos en que la parte beneficiada por la sentencia incurrió dentro del trámite del proceso, siempre que exista prueba de ello y de que dichas actuaciones correspondan a las autorizadas por la ley. Así las cosas, la condena en costas y las agencias en derecho no tienen como finalidad resarcir un perjuicio causado por el mal proceder de una de las partes así que no pueden ser asumidas como una sanción en su contra.

⁴³ M.P. María Victoria Calle Correa.

⁴⁴ Sección Segunda, Subsección A – Consejo de Estado, C.P. William Hernández Gómez.

ese sentido, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de \$594.508 que deben ser liquidadas por Secretaría.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Dieciséis (16) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

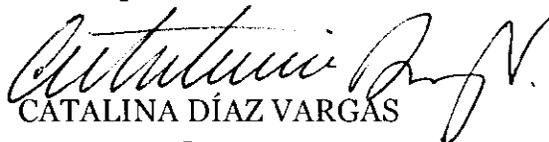
RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: SEGUNDO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a la parte demandante correspondiente en un 4% del valor de las pretensiones de la demanda, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de quinientos noventa y cuatro mil quinientos ocho pesos (\$594.508), por Secretaría líquidese.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado devuélvase al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación del proceso y las anotaciones de ley ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CATALINA DÍAZ VARGAS
Juez

HJBG

<p>JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ SECCIÓN SEGUNDA</p> <p>Por anotación EN ESTADO ELECTRÓNICO (Art. 201, Ley 1437 de 2011) se notificó las partes la providencia anterior, hoy 8 de agosto de 2018 a las 8:00 a.m.</p> <p>_____</p> <p>Secretaría</p> <p>Hoy 8 de agosto de 2018 se envió mensaje de texto de la notificación por ESTADO ELECTRÓNICO de la providencia anterior a los correos electrónicos suministrado conforme al párrafo 3º, artículo 201 de la Ley 1437 de 2011.</p> <p>_____</p> <p>Secretaría</p>

