



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

Sección Segunda

Carrera 57 N° 43-91 – Sede de Despachos Judiciales - CAN

Juez CATALINA DÍAZ VARGAS

Bogotá, D.C., 25 de mayo de 2018

Sentencia N° 067 de 2018

(Artículo 183 ley 1437)

Expediente: 11001-33-35-016-2016-0557-00
Demandante: JOSÉ JAIRO GARRIDO MADRID
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN-RAMA JUDICIAL - DECRETO 546
DE 1971

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 JOSÉ JAIRO GARRIDO MADRID, solicita a esta Jurisdicción que anule los actos administrativos contenidos en las Resoluciones No. RDP 018136 del 6 de mayo de 2016 y la No. RDO 018136 del 6 de mayo de 2016, en cuanto le reconoció la pensión de vejez, pero le negó la reliquidación de la misma con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, conforme al

régimen pensional especial previsto en el Decreto 546 de 1971 para los funcionarios de la Rama Judicial, respectivamente.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se condene a la entidad demandada, a reliquidar y pagar en forma indexada la pensión del demandante incluyendo el 75% de la asignación mensual más elevada del último año de servicios, con inclusión de todos los factores salariales devengados, de acuerdo con el régimen pensional especial previsto para los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público en el Decreto 546 de 1971, a partir del 1º de abril de 2016 (fecha de efectividad de la pensión); que se ordene a la entidad demandada a que dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011 y finalmente que la entidad sea condenada en costas, conforme al artículo 188 del C.P.A.C.A. (fl. 33-34).

2.- HECHOS DE LA DEMANDA

1. La UGPP, le reconoció pensión de vejez al señor JOSÉ JAIRO GARRIDO MADRID mediante la Resolución N° RDP 018136 del 6 de mayo de 2016 -acto acusado-, a partir del 1º de abril de 2016, sometida su efectividad a que el accionante demostrara el retiro definitivo del servicio, la entidad indicó que por ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, la norma aplicable a la pensión del actor era el contenido en el Decreto 546 de 1971, le liquidó la pensión con base en el inciso 3º, artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales que se tuvieron en cuenta fueron los señalados en el Decreto 1158 de 1994 (fls. 18-23). 6-8

2. El demandante interpuso recurso de apelación en contra de la anterior resolución, el cual fue resuelto a través de la Resolución N° RDP 031863 del 30 de agosto de 2016 (fls. 14-19), a través del cual la entidad accionada modificó el artículo primero de dicha resolución, en tanto indicó que la pensión quedaría a cargo de COLPENSIONES, FOPEP y la UGPP y confirmó las demás decisiones tomadas en el acto administrativo recurrido.

3. El demandante nació el 10 de mayo de 1952, es decir que para entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, contaba con 41 años, 10 meses y 20 días de edad. Cumplió los 55 años de edad el 10 de mayo de 2007.

4. El último ingreso del accionante en la Fiscalía General de la Nación fue el 1º de julio de 1992 y que para la fecha de expedición de la certificación desempeñaba el cargo

de Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito (fl.20), durante el año anterior a la adquisición del status pensional, comprendido entre el 10 de mayo de 2006 y el 10 de mayo de 2007 devengó: sueldo, sueldo vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación de servicio y bonificación actividad judicial (fls. 22-32).

5. El señor Garrido Madrid laboró en el Instituto de Seguro Social desde el 14 de febrero de 1972 al 28 de julio de 1977, en el Ministerio del Interior y de Justicia del 29 de mayo de 1977 al 6 de febrero de 1981, en la Rama Judicial del 3 de noviembre de 1980 al 30 de mayo de 1992 y en la Fiscalía General de la Nación del 1º de junio de 1992 al 30 de marzo de 2016, es decir, que para esta última fecha cumplió más de 20 años al servicio del Estado, tal como se evidencia en la Resolución No. RDP 031863 de 2016.

3.- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante invoca como normas violadas de rango constitucional los artículos 2, 6, 13, 29, 46, 53 y 58 y de orden legal artículo 6 del Decreto 546 de 1971, artículo 5º de la Ley 4 de 1966, artículo 1º de la Ley 5ª de 1969, artículo 12 del Decreto 717 de 1978, artículo 36 de la Ley 100 de 1993, artículo 6 de los Decretos 1158 y 691 de 1994.

Sostiene el accionante que es beneficiario del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, por ello, la pensión del demandante se debió reconocer conforme al , régimen anterior al cual se encontraba afiliado, esto es el Decreto 546 de 1971, esto es, con el 75% de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicios. Sin embargo la entidad accionada liquidó la pensión del actor conforme al Decreto 1158 de 1994, norma que en su consideración no resulta aplicable ya que la misma es reglamentaria de la Ley 100 de 1993.

Solicita se aplique lo definido por el Consejo de Estado en el sentido que considera que el monto y el ingreso base de liquidación conforman una unidad conceptual, por lo que no puede generarse una fusión de regímenes liquidando las pensiones con el monto establecido en la normatividad aplicable antes de la Ley 100 de 1993 y el ingreso base con lo estipulado en dicha norma.

Sostiene que en el presente caso no es aplicable la sentencia C-258 de 2013, por cuanto la misma no fue extendida para regímenes especiales pensionales como es el caso del demandante y fundamenta sus argumentos con jurisprudencia proferida por el Consejo

de Estado, en relación con la forma como se deben reliquidar este tipo de prestaciones (fls.38-52).

Oposición a la demanda por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP

La entidad demandada contestó de manera oportuna mediante memorial visible a folios 112-120, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y manifestó que debe tenerse en cuenta la sentencia SU-230 de 2015, en la que la Corte Constitucional expresó que el IBL no es un aspecto de la transición y que por lo tanto la norma aplicable para la liquidación de las pensiones es la establecida en el régimen general de pensiones (artículo 36, incisos 2 y 3º de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales indicados en el Decreto 1158 de 1994).

Sostiene que el monto de la mesada pensional es el establecido en el Decreto 546 de 1971, es decir, el 75%, pero el ingreso base de liquidación para obtener el valor de la mesada pensional es el establecido en la Ley 100 de 1993, por lo tanto el régimen de transición contempla únicamente el monto y el IBL se rige por la Ley 100 de 1993, además debe tenerse en cuenta lo desarrollado en la sentencia C-258 de 2013.

Teniendo en cuenta lo anterior, la prestación de la actora fue reconocida con respeto de las normas constitucionales y legales vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano y por lo tanto no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

4.- Alegatos de conclusión: En audiencia celebrada el 15 de marzo de 2018

De la parte demandante. Reitera lo expuesto en la demanda, manifiesta que el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez teniendo en cuenta que antes de la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 contaba con todo el tiempo de servicio, situación que permite afirmar que ya había consolidado su derecho, criterio que se acoge en distintos pronunciamientos del Consejo de Estado.

El apoderado de la parte demandante, ni el agente del Ministerio Público acudieron a la audiencia en la que se efectuaron los alegatos.

5. PRUEBAS

5.1. Resolución N° RDP 018136 del 6 de mayo de 2016, por la cual se reconoce una pensión al señor JOSÉ JAIRO GARRIDO MADRID a partir del 1º de abril de 2016, (fls. 6-8 y 18-23).

5.2. Resolución N° RDP 031863 del 30 de agosto de 2016 (fls. 14-19), a través de la cual se resolvió un recurso de reposición, se modificó el artículo primero de la anterior resolución, en el sentido que la pensión quedaría a cargo de COLPENSIONES, FOPEP y la UGPP y confirmó las demás decisiones.

5.3. Cédula de ciudadanía a nombre del señor José Jairo Garrido Madrid.

5.4. Certificación expedida el 9 de noviembre de 2016 por la Subdirectora de Apoyo a la Gestión Bogotá de la Fiscalía General de la Nación, que da cuenta del último ingreso del accionante a dicha institución el 1º de julio de 1992 y el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito, (fl.20).

5.5. Certificaciones suscritas por el Tesorero de la Fiscalía General de la Nación-Subdirección Regional Central, en la que consta el salario devengado por el actor durante los años 2006 a 2016, en la que no se especifica sobre qué factores se efectuaron descuentos para salud y pensión conforme a lo solicitado en la citada audiencia (fls.152-162, 167-178 y 181 a 191).

5.6. Certificado de información laboral a nombre del señor JOSÉ ALIRIO GARRIDO MADRID, en las que consta que las cotizaciones descontadas al accionante con destino a pensión se efectuaron en fondos públicos.

6.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

6.1.- El problema jurídico que debe resolver el despacho consiste en determinar si el señor JOSÉ JAIRO GARRIDO MADRID, 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 la asignación mensual más elevada del último año de servicio, incluyendo todo lo devengado, de acuerdo con el Decreto 546 de 1971, 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.

6.2.1.- 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 6^a de 1945,² Ley 4^a de 1966,³ Decreto 3135 de 1968,⁴ Decreto 546 de 1971⁵ Ley 33 de 1985,⁶ Decreto 2701 de 1988,⁷ Ley 71 de 1988,⁸ y artículo 260⁹ del Código Sustantivo del Trabajo.

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 el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares.

⁶ Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.

⁷ 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.

⁸ Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones.

⁹ 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

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 obligatorio¹⁰ 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 1985,¹¹ en el parágrafo del artículo 1º dispuso *“No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones (...)”*

Dentro de los regímenes especiales de pensión, el legislador reconoció como tal al régimen que regula los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, cual se encuentra contemplado el Decreto 546 de 1971 (artículo 6º), según el cual, tales servidores del Estado, al llegar a los 55 años de edad los hombres, 50 las mujeres, y al cumplir veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia del Decreto 546 de 1971, de los cuales por lo menos diez hayan sido laborados exclusivamente en la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades, tendrán derecho a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicios en las actividades citadas.

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,¹² universalidad,¹³ solidaridad¹⁴ 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

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.

¹⁰ Mediante la Ley 90 de 1946.

¹¹ Modificada por la Ley 62 de 1985.

¹² 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.

¹³ Se refiere al deber del Estado de garantizar el derecho y servicio de seguridad social a todas las personas sin discriminación. *Ibid.*

¹⁴ 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.*

población frente a las contingencias previstas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”¹⁵

La seguridad social, por mandato constitucional, reconoce el derecho a la pensión¹⁶ 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.”

Posterior a la nueva Carta Política, se profirió la Ley 100 de 1993¹⁷, 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 modelo¹⁸

¹⁵ Sentencia C-258 de 2013.

¹⁶ 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.

¹⁷ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

¹⁸ 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

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 36¹⁹ 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 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 21²⁰ 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 IBL²¹.

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.

¹⁹ “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.”

²⁰ 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.

²¹ “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 (...)”

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 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 Estado²² 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 2016²³ *“(...) 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

²² 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.

²³ 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.

referido pronunciamiento del Consejo de Estado, demostrando su posición respecto a la obligatoriedad de acatar el precedente de la jurisdicción constitucional.

Adicionalmente, cabe precisar que en cumplimiento de dicha sentencia de tutela, la Sección Segunda del Consejo de Estado el día 9 de febrero de 2017²⁴, 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 2017²⁵, 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

²⁴ 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.

²⁵ 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.

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’²⁶, 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 comienzan a ser inalcanzables para un significativo sector de la población. El estudio²⁷ 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”²⁸ 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 estudio²⁹ 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

²⁶ <http://saldarriagaconcha.org/mce/pdf/MCE-C3.pdf>

²⁷ 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.

²⁸ <https://www.ueexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/01/Cuaderno-16.pdf>

²⁹ “Pensiones el costo de las demandas” – Autor Procuraduría Delegada para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social - Editorial IEMP Ediciones.

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 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 hiciere 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.

6.2.2.- De la obligatoriedad del precedente constitucional

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”*³⁰. 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.³¹

Aunque la Constitución Política (artículo 230) haya considerado a la jurisprudencia como un criterio auxiliar, esto no es absoluto, máxime cuando es el intérprete autorizado de la Carta, el que le otorga un efecto vinculante. El sometimiento de los jueces al precedente es tratado, en una primera instancia, desde el punto de vista jurisprudencial, y posteriormente, de manera paulatina, se ha positivizando en las nuevas legislaciones la necesidad de acatar el precedente. Un ejemplo de lo primero, es la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando estas “desconocen el precedente”.³² Sobre la obligatoriedad de observar el precedente, la Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015 se pronunció en ese sentido³³.

De igual manera, es clara la obligatoriedad que tienen los operadores jurídicos de observar el precedente en los términos que señala el artículo 7º 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*

³⁰ Sentencia SU-053 de 2015.

³¹ “El Precedente Constitucional teoría y praxis”, Editorial Ibáñez S.A.S, 2013. Definición citada en la sentencia T-460 de 2016.

³² Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

³³ “(...) el concepto de ‘ley’ ha sido interpretado por la jurisprudencia de la Corte desde un sentido amplio, es decir, la ley no es sólo aquella emitida por el legislador, sino además comprende todas las fuentes del derecho incluidas las sentencias que interpretan la Constitución como norma de normas, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de los órganos de cierre de cada jurisdicción.

... El precedente es una figura que 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. En palabras de la Corte Constitucional:

‘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 (...)’

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.”

En la jurisdicción contencioso administrativa, la obligatoriedad de observar el precedente por parte del juez, se refleja en el denominado recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia reglamentado en los artículos 256 a 268 de la Ley 1437 de 2011, que permite a los ciudadanos incoar tal recurso frente a una sentencia impugnada que contraríe o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado, al efecto deberá reunir ciertas características determinadas. Así mismo, conforme con lo previsto en los artículos 10 y 102 *ibídem*, donde se impone a todas las autoridades el deber de aplicar uniformemente las normas y la jurisprudencia y, de extender los efectos de la misma, al momento de resolver los asuntos de su competencia, en cuyas situaciones se tengan iguales supuestos fácticos y jurídicos, para lo cual el funcionario público competente debe tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas, ello sin perjuicio de observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia.

La obligatoriedad de observar el precedente, también se evidenció en la exequibilidad condicionada declarada por la Corte Constitucional con relación a los artículos 10³⁴ y 102³⁵ de la Ley 1437 de 2011, a través de las sentencias C-634 y C-816 de 2011, respectivamente, la Corte determinó que dichas normas ordenan a las autoridades administrativas la extensión de los efectos de sentencias de unificación del Consejo de Estado que reconocen un derecho, a las personas solicitantes que se hallen en la misma situación jurídica en ella decidida.³⁶

En resumen, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, los jueces para resolver los asuntos de su competencia, deben aplicar además de la ley y, de manera preferente, el

³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-634 de 2011, declaro exequible dicho artículo en el entendido que “las autoridades tendrán en cuenta, junto con las decisiones de unificación del Consejo de Estado y manera preferente, en razón de la jerarquía del sistema de fuentes previsto en la Carta y la vigencia del principio de supremacía constitucional, las decisiones de la Corte que interpreten las normas superiores aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C- 816 de 2011 “(...) Declarar EXEQUIBLES el inciso primero y el inciso séptimo del artículo 102 de la ley 1437 de 2011, entendiéndose que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia (...)”

³⁶ La corte indicó que ello es procedente: “Con base en lo siguiente: 1. Las autoridades administrativas solo pueden ejercer las funciones atribuidas por la Constitución y la ley (CP 121) en la forma allí prevista (CP 123.2). Igualmente, la función administrativa tiene por objeto el servicio de los intereses generales y se adelanta con fundamento en reglas de igualdad -entre otras- (CP 209), que implica un deber de trato igualitario a las personas en el reconocimiento y protección de sus derechos. 2. Al establecerse para las autoridades administrativas el deber legal de extensión de las sentencias de unificación del Consejo de Estado que reconocen un derecho, tales autoridades deben proceder a la aplicación de tales precedentes jurisprudenciales, en desarrollo del principio de igualdad en el trato debido a los ciudadanos por las autoridades, y en observancia del propio principio de legalidad que basa tal deber de cumplimiento en la voluntad del Legislador. 3. El deber legal de extensión jurisprudencial, dispuesto en la norma demandada, no desconoce la preeminencia de la Legislación como fuente de derecho para ejercer su función conforme a la Ley, al punto que la misma se halla en posibilidad de abstenerse de aplicar el precedente contenido en la sentencia de unificación del Consejo de Estado y negarse a la extensión de tal jurisprudencia -conforme a la ley-, apartamiento administrativo que tendrá que ser expreso y razonado,” C-816 de 2011.

precedente establecido por la Corte Constitucional para un determinado caso, pues dicho precedente está cimentado en los artículos 230 y 241 de la Constitución Política, que otorgó a esa Corporación la función de salvaguardar la Carta como norma de normas. Por esta razón, si se 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 2016³⁷ (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.

7. El caso concreto

Conforme a las pruebas aportadas al proceso, se encuentra establecido que el señor JOSÉ JAIRO GARRIDO MADRID nació el 10 de mayo de 1952 (copia que milita a folio 4 del expediente) y laboró al servicio del Estado desde el 14 de febrero de 1972 y en la actualidad se encuentra vinculado como Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito (fl.20). 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 y más de 15 años de servicios, lo cual lo hace beneficiario del régimen de transición a que alude la Ley 100 de 1993, al demostrar los dos supuestos a que se refiere la norma.

³⁷ 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.

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 JOSÉ JAIRO GARRIDO MADRID debe ser liquidado conforme al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de los salarios devengados que sirvieron de base para los aportes durante los últimos 10 años de servicio o el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, pues con el régimen de transición consagrado en la citada ley el legislador no quiso mantener la aplicación en su totalidad de la normativa que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella.

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 inciso 3, artículo 36 de la Ley 100 de 1993, le tuvo en cuenta el promedio de los salarios o rentas cotizado en los diez años anteriores al retiro del servicio.

En el acto de reconocimiento pensional, adujo que los factores a incluir serían los contemplados en el Decreto 1158 de 1994, en virtud del criterio fijado por la Corte Constitucional. El citado decreto en el artículo 1º establece que 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*”.

El accionante durante los diez años anteriores a la efectividad de la pensión (1º de abril de 2016), esto es, durante los años 2006 a 2016 devengó los factores de asignación básica, sueldo vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones,

bonificación de servicios, bonificación actividad judicial y bonificación judicial (fls.22-31).

La entidad demandada en el acto de reconocimiento pensional, durante los años 2006 a 2009 le tuvo en cuenta la asignación básica mensual, bonificación por servicios prestados y gastos de representación; sin embargo, para los años 2010 a 2016 solo le tuvo en cuenta la asignación básica mensual.

Así las cosas, como quiera que para los años 2010 a 2016, el demandante también devengó la bonificación por servicios prestados, la cual, pese a que se encuentra contenida en el Decreto 1158 de 1994, no fue tomada en cuenta por la administración para dichos años, se ordenará la reliquidación pensional con la inclusión de tal bonificación para los años 2010 a 2016, a partir del 1º de abril de 2016, fecha de efectividad de la pensión, sin prescripción por cuanto no trascurrieron más de tres años entre la efectividad de la pensión y la presentación de la demanda (5 de diciembre de 2016 fl. 56).

Si sobre dicho factor no se aportó para seguridad social, la entidad demandada podrá efectuar los respectivos descuentos³⁸, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado y al artículo 99 del Decreto 1848 de 1969 y el literal b, del artículo 2 de la Ley 4 de 1966, pero con efectos fiscales o descuentos a partir del 31 de marzo de 2010 al 31 de marzo de 2015, toda vez que la efectividad de la pensión tuvo ocurrencia el accionante adquirió el status de pensionada con efectividad a partir del 1º de abril de 2016.

Lo anterior, teniendo en cuenta que los anteriores aportes constituyen una obligación parafiscal³⁹, lo que significa que para su cobro debe aplicarse el artículo 817 del Estatuto Tributario⁴⁰ modificado por el artículo 53 de la Ley 1739 de 2014, que

³⁸ Sentencia del 12 de abril de 2007, del H. Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Dr. Jaime Moreno García, Exp.: 2004-3119-01, citada dentro de la Sentencia del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B" fechada 16 de abril de 2009, M.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, Radicación Numero: 25000-23-25-000-2005-06142-02.

³⁹ "3.1.2 Esta Corporación de manera reiterada ha precisado en efecto que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en Salud (C-577/97, C-542/98, T-569/99, C-1707/00) como en pensiones (C-179/97), llámense cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y pensiones y que, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global bien del Sistema General de Seguridad Social en Salud, bien del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (C-086/02, C-789/02)". (Resaltado fuera de texto)". C-895-2009.

⁴⁰ ARTÍCULO 817. TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE COBRO. La acción de cobro de las obligaciones fiscales, prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de (...). La fecha de vencimiento del término para declarar, fijado por el Gobierno Nacional, para las declaraciones presentadas oportunamente. 1. La fecha de vencimiento del término para declarar, fijado por el Gobierno Nacional, para las declaraciones presentadas oportunamente. 2. La fecha de presentación de la declaración, en el caso de las presentadas en forma extemporánea. 3. La fecha de presentación de la declaración de corrección, en relación con los mayores valores. 4. La fecha de ejecutoria del respectivo acto administrativo de determinación o discusión.

establece que el término de prescripción de la acción de cobro será de 5 años a partir de la fecha en que se hicieran exigibles.

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 deben prosperar PARCIALMENTE en la forma indicada, pues la parte demandante a través de las pruebas logró demostrar el cargo formulado de violación de la constitución y la ley, desvirtuando así la presunción de legalidad que lo amparaba el acto demandado.

La suma que deberá pagar la entidad condenada como reajuste de la pensión de la parte actora deberá actualizarse de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, por el índice inicial. La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Al tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, para cada mesada pensional teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas y el índice final el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

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 1º 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 demandada 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 expedido por el Consejo Superior

de la Judicatura, establece las tarifas y criterios que deben tenerse en cuenta por La Juez al momento de fijarlas, 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 tasaré entre el 4% y 10% del valor de las pretensiones de la demanda.

Y así lo reitero nuestro órgano de cierre en la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado, 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 demandada, en el equivalente al 4% del valor de las pretensiones de la demanda. En ese sentido, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de \$106.000 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: DECLARAR la nulidad parcial de la Resoluciones N° RDP 018136 del 6 de mayo de 2016 y N° RDP 031863 del 30 de agosto de 2016, mediante las cuales la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, liquidó la pensión del demandante sin incluir la bonificación de servicios prestados durante los años 2010 a 2016, de acuerdo con los motivos expuestos en esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP a reliquidar y pagar en forma indexada la pensión del señor JOSÉ JAIRO GARRIDO MADRID identificado con la C.C. N° 19.188.918, reconocida mediante la Resolución N° RDP 018136 del 6 de mayo de 2016, incluyendo en la base de liquidación

la bonificación por servicios prestados devengada durante los años 2010 a 2016, según lo probado, a partir del 1º de abril de 2016, fecha de efectividad de la pensión, sin prescripción, y pagarle la diferencia de las respectivas mesadas, reajustando en adelante la pensión y sin perjuicio de los reajuste anuales de ley, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

Si sobre dicho la bonificación por servicios prestados no se aportó para seguridad social, la entidad demandada podrá efectuar los respectivos descuentos⁴¹, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado y al artículo 99 del Decreto 1848 de 1969 y el literal b, del artículo 2 de la Ley 4 de 1966, pero con efectos fiscales o descuentos a partir del 31 de marzo de 2010 al 31 de marzo de 2015, toda vez que la efectividad de la pensión tuvo ocurrencia el accionante adquirió el status de pensionada con efectividad a partir del 1º de abril de 2016.

TERCERO: La entidad deberá pagar a la parte demandante los valores correspondientes al reajuste de la pensión de que tratan los numerales anteriores, actualizados de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, conforme con los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la siguiente fórmula indicada en la sentencia.

CUARTO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a la parte demandada correspondiente en un 4% del valor de las pretensiones de la demanda, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de ciento seis mil pesos (\$106.000), por Secretaría líquídese.

QUINTO: Negar las demás pretensiones, de acuerdo con los motivos expuestos en esta providencia

SEXTO: La entidad condenada dará cumplimiento al presente fallo, dentro de los términos previstos en el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, sin necesidad de mandato judicial.

SÉPTIMO: En firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 incisos finales, de la Ley 1437 de 2011). Igualmente expídase a la

⁴¹ Sentencia del 12 de abril de 2007, del H. Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Dr. Jaime Moreno García, Exp.: 2004-3119-01, citada dentro de la Sentencia del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B" fechada 16 de abril de 2009, M.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, Radicación Numero: 25000-23-25-000-2005-06142-02

Expediente: 2016-0557
Actor: JOSÉ JAIRÓ GARRIDO MADRID

parte demandante copia íntegra y autentica de la misma, con constancia de ejecutoria, en los términos artículo 114 del C.G.P. Lo anterior a costa de la parte demandante.

OCTAVO: 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 y las anotaciones de ley, ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CATALINA DÍAZ VARGAS

Juez

JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Por anotación en ESTADO ELECTRÓNICO (Art 201) se notificó a las partes providencia anterior, hoy 30 de mayo de 2018 a las 8:00 a.m.

Secretaria

Hoy 30 de mayo de 2018 se envió mensaje de texto de la notificación por ESTADO ELECTRÓNICO de la providencia anterior a los correos electrónicos suministrados, conforme al párrafo 3. artículo 201 de la Ley 1437 de 2011.

Secretaria