

Memorial: 16 folios

ANEXOS: CD.

265093

81

Señor:

JUEZ DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. - ORAL

SECCION SEGUNDA.

E.

S.

D.

REFERENCIA: PROCESO PROMOVIDO POR LEONOR QUIROGA CASAS CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP

RADICACIÓN: 1100133350162016002490C

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (Reliquidación factores).

OSCAR EDUARDO MORENO ENRIQUEZ, identificado con cédula de ciudadanía número 12 748.173 expedida en Pasto, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional número 136855 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, entidad pública del orden nacional, con domicilio en la ciudad de Bogotá, de conformidad con el poder otorgado por la doctora **ALEJANDRA IGNACIA AVELLA PEÑA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 62.046.632 de Bogotá D. C., mayor de edad, residente de esta ciudad, quien actúa como Directora Jurídica conforme a las facultades establecidas en el numeral 5 del artículo 10 y el numeral 1 de los artículos 11 y 12 del Decreto 575 del 10 de diciembre de 2013 y apoderada general conforme escritura pública No. 7641 suscrita en la Notaria Veinticuatro (24) del Circuito de Bogotá D. C. en calidad de parte demandada, entidad adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, de acuerdo con lo indicado en el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, persona jurídica de derecho público identificada con el NIT 900.373.913-4, por medio del presente escrito procedo a contestar la demanda formulada por la parte demandante, de conformidad con el artículo 175 del C.P.A. y C.A con fundamento en lo siguiente:

A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Con relación a los hechos fundamento de las pretensiones de la demanda, los contesto así:

AL NUMERAL 1. DEL ACÁPITE DE HECHOS: No me consta, toda vez que es una situación ajena a mi representación. No obstante me atengo a lo que se llegare a probar respecto a la entidad a la que se encontró vinculado y el tiempo que duró tal vinculación.

AL NUMERAL 2. DEL ACÁPITE DE HECHOS: No me consta, toda vez que es un hecho susceptible de comprobación, por lo tanto, me atengo a lo que se pruebe respecto al tiempo de servicios que tenía la parte demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, con la prueba idónea para tal fin.

AL NUMERAL 3. DEL ACÁPITE DE HECHOS: No me consta, toda vez que acto administrativo por medio de cual se le reconoció la pensión a la señora LEONOR QUIROGA CASAS, no fue motivado y/o expedido por mi representación la UGPP. No obstante, me atengo al contenido exacto del acto administrativo en mención.

AL NUMERAL 4. DEL ACÁPITE DE HECHOS: No me consta, toda vez que es una situación ajena a mi representación. No obstante, me atengo a lo que se llegare a probar respecto al oficio y recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra la decisión adoptada por mi representación la UGPP de no reliquidar la pensión a la parte demandante por encontrarse la misma ajustada a los hechos. De otro lado, es preciso señalar que la extinta Cajanair tuvo en cuenta los factores salariales que están sujetos a lo dispuesto en la normatividad pensional que le es aplicable a la demandante que están llamados a

regular la situación pensional, y sobre los cuales se realizaron descuentos de manera efectiva según el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el acto legislativo 01 de 2005.

AL NUMERAL 5. DEL ACÁPITE DE HECHOS: No es cierto tal y como está redactado, por lo tanto, me atengo al contenido exacto de los actos administrativos expedidos por la extinta Cajanal.

AL NUMERAL 6. DEL ACÁPITE DE HECHOS: No es cierto tal y como está redactado, toda a vez en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión a favor de la parte demandante se le tuvieron en cuenta los valores dinerarios que ordena la ley. De otro lado se aclara que este numeral contiene apreciaciones subjetivas respecto indexación que carecen de sustento fáctico y jurídico.

AL NUMERAL 7. DEL ACÁPITE DE HECHOS: No es cierto, toda vez que mi representada tuvo en cuenta los factores salariales que están sujetos a lo dispuesto en la normatividad pensional que le es aplicable a la demandante y que están llamados a regular la situación pensional, y sobre los cuales se realizaron descuentos de manera efectiva según el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el acto legislativo 01 de 2005.

AL NUMERAL 8. DEL ACÁPITE DE HECHOS: No me consta toda vez que es una situación personal de la parte demandante. No obstante, me atengo a lo que se pruebe respecto al derecho de petición radicado el 25 de febrero de 2015 ante mi representada la JGPP, así mismo me atengo a lo que pruebe de recurso de apelación, radicado el 17 de julio de 2015 con la prueba idónea para tal fin.

AL NUMERAL 9. DEL ACÁPITE DE HECHOS: No es cierto, toda vez que es un hecho susceptible de comprobación, no declaración judicial. De otro lado, no se configura un hecho, por ser una apreciación personal de la parte demandante respecto de la forma como considera se debió liquidar la prestación.

AL NUMERAL 10. DEL ACÁPITE DE HECHOS: No me consta, toda vez que es un hecho susceptible de comprobación, por tal razón, me atengo a lo que se pruebe respecto al lugar donde prestó sus últimos servicio.

A LAS PRETENSIONES y DE CONDENA DE LA DEMANDA.

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones, de declaraciones y de condena perseguidas por la parte demandante, por las razones que se exponen en la presente contestación y que se sintetizan en la falta de asidero jurídico y porque mi representada ha actuado conforme lo ordenado por la ley y de buena fe.

FRENTE A LAS NORMAS VIOLADAS Y AL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Las normas aplicables al caso del demandante son las contenidas en el Decreto 1158 de 1994, respetando en lo demás a la normatividad anterior aplicable, por virtud del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, dicha norma regula lo concerniente al ingreso base de liquidación para las personas que son beneficiarios del régimen de transición.

De esa manera, el mencionado decreto 1158 de 1994, indica cuales son los factores de salario que deben ser tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión y los que se solicitan en la demanda, no se encuentran incluidos en la norma razón por la cual, no pueden ser tenidos en cuenta y por lo tanto, es procedente negar las pretensiones de la demanda.

Es claro entonces, que los factores solicitados por el demandante, no están incluidos en la norma y por lo tanto, no tiene derecho a que en la liquidación de su pensión estos se incluyan.

Asimismo, la ley 62 de 1985 estableció cuales son los factores de liquidación y dentro de los mismos no se encuentran los mencionados por la parte actora.

es preciso reseñar que por varios años las administradoras públicas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (CAJANAL, ISS y CAPRECOM), han venido aplicando en sus decisiones

administrativas, así como en las argumentos esbozados en la defensa judicial el criterio de que el reconocimiento y la liquidación de las pensiones del régimen de transición se realizaba únicamente respetando los beneficios de edad, tiempo y monto (entendiendo este último como el porcentaje aplicable al Ingreso Base de Liquidación para determinar el valor de la pensión) del régimen pensional de que era beneficiario el titular del derecho, por lo que la liquidación se realizaba conforme con lo establecido en el inciso 3 del citado artículo 36, es decir, con el tiempo que le hacía falta para cumplir el status pensional o con los últimos 10 años devengados, según fuese el caso, tomando como factores de liquidación, los establecidos en el Decreto 1158 de 1994, teniendo en cuenta que las cotizaciones al Sistema General de Pensiones se realizaban sobre estos emolumentos por disposición expresa, quedando excluidos de la base de cotización los demás factores que no se encontraban allí contemplados, y por cuanto al servidor público solo es permitido actuar dentro del marco de la Constitución y la Ley.

No obstante, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado reiteradamente que el régimen de transición de la Ley 100, comprende la edad, el tiempo y el monto del régimen pensional al que se venía cotizando, entendiendo este último, no solo como un porcentaje, sino como un conjunto de conceptos, que incluye la manera y el tiempo de liquidación (I.B.L.) que disponía cada régimen pensional, así como los factores a tener en cuenta al momento de realizar el reconocimiento de la pensión.

Así por ejemplo, el Consejo de Estado ha sostenido una interpretación diferente en relación con la aplicación del régimen de transición para los servidores públicos, verbi gracia, entre otras, en la sentencia del 4 de agosto de 2010 (Rad. 25000-23-25-000-2006-07509-01), Magistrado Ponente VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, y en las sentencias de la Sección Segunda, Subsección B, de fechas 7 de octubre de 2010 (Rad. 150012331 q00200602953 -01) 20 de enero de 2011 (Radicación número: 25000-23-25-000-2004-07805-01(0612-09)) Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, 27 de enero de 2011 (Rad. 25000-23-31-000-2007-00890-01), 3 de febrero de 2011 (Radicación número: 25000-23-25-000-2007-01044-01(0670-10)) Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA 17 de marzo de 2011 (Rad. 13001-23-31-000-2006-00577-01) M.P. Victor Hernando Alvarado Ardila y en la del 18 de febrero de 2010 (Rad 25000-23-25-000-2004-042-01) Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, ha señalado:

"...Ahora, si bien en la práctica, la Administración ha reducido el alcance del régimen de transición únicamente a la aplicación de la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, entendiendo éste último como el porcentaje de una suma promediada, lo cierto es que la expresión "monto" en criterio de la Sala comprende los diversos elementos que pueden involucrarse en el cálculo del quantum pensional, es decir, en la liquidación aritmética del derecho. En efecto, si el régimen de transición constituye para el empleado inmerso en su delimitación legal, el derecho al amparo de las condiciones de acceso al derecho pensional vigentes a su favor al momento de operar un cambio legislativo, lo que implica la regulación total de su pensión bajo las mismas, no puede desconocerse dicho beneficio y desmembrarse el derecho so pretexto de la interpretación de la terminología utilizada por el Legislador y menos aún en detrimento del quantum pensional a que aspiraba el empleado, lo que permite concluir que el derecho al régimen de transición comprende el beneficio normativo del régimen anterior respecto de la totalidad de aspectos con capacidad de afectar el derecho pensional del empleado. De acuerdo con lo anterior se tiene que el contenido real del régimen de transición se encuentra expresado en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues allí se describe con suficiencia la naturaleza misma de dicho beneficio.

(...)

Luego de la prescripción del régimen de transición, el Legislador dispuso en el inciso 3º del artículo 36, que: "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 le hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere

superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor según certificación que expida el DANE (...). Lo dispuesto en el aparte transcrito en criterio de la Sala desnaturaliza la esencia y finalidad del régimen de transición previsto en el inciso 2° ibídem, al consagrar una liquidación y cálculo del Ingreso Base de Liquidación por fuera del régimen que ampara en cada caso el sistema de transición, lo que en muchos casos milita en detrimento del derecho pensional de sus beneficiarios concretamente en cuanto al monto pensional. No obstante, en sede judicial, la disyuntiva creada con la desafortunada redacción de dicho artículo ha permitido en casos particulares la aplicación de la liquidación pensional contenida en el inciso 3° pero únicamente en función del principio de favorabilidad, de manera que la situación de contradicción se resuelva siempre en beneficio del pensionado según el caso, pues de conformidad con este principio consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, cuando una misma situación jurídica se haya regulada en distintas fuentes formales del derecho o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera entonces en casos como éste, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones. La aplicación de la favorabilidad implica la adopción integral de la norma escogida por virtud del principio de inescindibilidad de la Ley que le es inherente, debe anotarse que el régimen de transición se constituye en la excepción a dicha regla hermenéutica, pues la redacción misma del precepto legal habilita la aplicación simultánea de los dos ordenamientos (el amparado por el régimen de transición y en cuanto a la liquidación del derecho el contenido en el inciso 3°), y en éste caso la conclusión obligada es la escindibilidad de la norma en función de la favorabilidad. ."

Sin embargo, esta posición no ha sido uniforme en la Jurisprudencia Colombiana, pues la Corte Suprema de Justicia, ha señalado en reiterados fallos que el régimen de transición comprende únicamente la edad el tiempo de servicios y el monto, entendiendo este último como el porcentaje de la pensión que establecía el régimen anterior, por lo que la liquidación se calcula con base en lo preceptuado por el inciso 3° del artículo 36 de la ley 100, es decir con el promedio de lo cotizado en el tiempo que le hiciere falta o con los últimos 10 años según sea el caso, al respecto este alto tribunal señaló en sentencia de primero (01) de marzo de dos mil once (2011), Radicación No. 39.791, Magistrado Ponente: GUSTAVO JOSE GNECCO MEDOZA lo siguiente:

"...La de los que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 cuenten mas de 40 años de edad si son hombres, o 35 si son mujeres, o quince (15) o más años de servicios o cotizados, para quienes la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión, serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Sin embargo, el IBL de estas personas, cuando les faltare menos de diez años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en ese lapso, es decir, el comprendido entre la entrada en vigencia la ley 100 y el momento en que cumplan los requisitos para la pensión.

"No hay lugar a entender que cuando el referido artículo 33 habla del monto de la pensión está refiriéndose a los salarios del último año de servicios puesto que tal expresión hace relación únicamente al porcentaje del ingreso base a tener en cuenta para liquidarla. Cual en el caso de los trabajadores oficiales es el 75%.

"De suerte que en el caso del demandante la pensión es equivalente a 75% de los salarios devengados durante el tiempo transcurrido entre el momento que entró a regir la Ley 100 de 1993 y aquel en que completó los requisitos para acceder a dicha prestación, en el entendido que, para el ad quem, se reunieron tales requisitos en la fecha del retiro del trabajador, aspecto éste que no es posible entrar a constatar en razón de la vía escogida para el ataque,..."

En igual sentido se pronunció en las sentencias proferidas dentro de los siguientes expedientes

No. 42386, MAGISTRADO PONENTE JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ, sentencia del veintiuno (21) de junio de dos mil once (2011).

"4.3.5.7.1. La interpretación de estas expresiones conlleva la concesión de una ventaja a los beneficiarios del régimen especial cobijados por la transición, que no fue prevista originalmente por el Legislador al expedir la Ley 100 y que, por tanto, carece de justificación. En efecto la Sala recuerda que el propósito original del Legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993[228], tal como se desprende del texto de la disposición y de los antecedentes legislativos, fue crear un régimen de transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas. Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo. El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36. Hecha esta aclaración, la Sala considera que no hay una razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de Ingreso Base de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad." – Subrayas fuera de texto-

En el análisis del Ingreso Base de Liquidación la Corte Constitucional da las siguientes razones para declarar inexecutable la expresión "durante el último año", que permitía que la pensión fuera liquidada con lo devengado en el último año de servicios:

1. El propósito original de la Ley 100 era no permitir la aplicación ultractiva (vigencia o aplicación de una norma después de haber sido derogada) de los regímenes vigentes, el artículo 36 de la Ley 100 únicamente se previó la aplicación ultractiva de los conceptos de edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo de los regímenes pensionales existentes antes de la Ley 100
2. A través del artículo 21 y el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100, el legislador busco unificar las reglas del ingreso base de liquidación en el régimen de prima media.
3. El propósito de la unificación coincide con los objetivos perseguidos por el acto legislativo 01/05, específicamente con crear reglas uniformes que eliminen los privilegios injustificados y permitan diseñar mecanismos que aseguren la sostenibilidad financiera del sistema.

Por las razones antes expuestas la Corte concluye que la expresión que permitía liquidar las pensiones de régimen de transición con el último año de servicio debe ser declarada inexecutable y ante el vacío ocasionado por esta declaración, este se debe ser llenado por las reglas establecidas en los artículos 21 y 36 de la Ley 100, a saber:

- a. para quienes a 1 de abril de 1994 les faltaba menos de 10 años de servicio para adquirir el status jurídico, se deben liquidar con el tiempo que les hiciera falta para adquirir el status o todo el tiempo si este les resulta más favorable.
- b. para quienes a 1 de abril de 1994 les hiciera falta 10 o más años para cumplir su status jurídico, se aplica la regla del artículo 21, es decir los últimos 10 años de cotizaciones realizadas o toda la vida laboral si fuere superior, siempre y cuando en este último caso cuenten con más de 1250 semanas cotizadas.

La Corte concluye indicando que esta interpretación es la que se encuentra conforme a la Constitución, por lo que en adelante se deben liquidar las pensiones con estas reglas.

Adicionalmente la Corte señaló en relación a los factores salariales que la expresión o la interpretación (derecho viviente) que permita incluir todos los factores sin que se tenga en consideración si estos tienen el carácter remunerativo o si sobre estos se realizó cotización al Sistema General de Pensiones, es una aplicación inconstitucional de la norma, puesto que van detrimento del principio de solidaridad que rige la seguridad social y los objetivos del Acto Legislativo 01 de 2005, así como de la sentencia de la Corte Constitucional C-608 de 1999 que tienen efectos erga omnes.

Por lo anterior para la Corte Constitucional la interpretación correcta y que se compadece con los principios constitucionales es la que para la liquidación de las pensiones se deben incluir los factores salariales que tengan el carácter remuneratorio y sobre los cuales se hayan realizado cotizaciones al Sistema General de Pensiones.

Es decir, el máximo tribunal Constitucional considera que en lo relativo al ingreso base de liquidación, el régimen de transición no estableció beneficio alguno y por tanto debe acudirse a las normas que regulan el tema en la Ley 100 de 1993, es decir el inciso tercero del artículo 36 y el artículo 21 de la norma en comento.

De otro lado, con respecto al tema de factores salariales, señala la Corte Constitucional que la regla que se viene aplicando de Ingreso Base de Liquidación, de acuerdo a interpretaciones de la norma tales como la expuesta por el Consejo de Estado, conduce a la concesión de beneficios manifiestamente desproporcionados, con desconocimiento de los principios de solidaridad e igualdad.

De esta manera, realizando la interpretación constitucional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la Corte indica que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993:

1. Estableció dos reglas para calcular el ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición, a saber:

(i) Quienes a 1 de abril de 1994 les faltare menos de 10 años para el cumplimiento de los requisitos para pensionarse, el Ingreso Base de Liquidación será el promedio de lo cotizado durante el tiempo transcurrido entre el 1 de abril de 1994 y el cumplimiento de los mencionados requisitos.

(ii) Quienes a 1 de abril de 1994 les faltare más de 10 años para el cumplimiento de los requisitos para pensionarse, el Ingreso Base de Liquidación será el promedio de lo aportado durante los últimos 10 años o el cotizado durante todo el tiempo si fuere superior y contare con más de 1.250 semanas cotizadas.

2. Estableció claramente que el régimen de transición respeta edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión del régimen anterior referido solamente a la tasa de reemplazo, como quiera que la intención del legislador fue impedir que el Ingreso Base de Liquidación de los regímenes anteriores tuviera efectos ultractivos.

Continúa exponiendo que la adopción de las reglas de interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 emanadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 se encuentra plenamente justificado por lo normado en los artículos 114 de la Ley 1395 de 2010 y 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, así como en las sentencias de constitucionalidad C-639 de 2011, C-634 de 2011 y C-816 de 2011, a través de las cuales se ha subrayado de manera enfática que las autoridades administrativas deben aplicar la interpretación que se ajuste a la Constitución y a la ley, y que tal interpretación autorizada, última y unificada viene dada en materia legal por el máximo tribunal de casación en la jurisdicción ordinaria o Corte Suprema de Justicia, en el derecho administrativo por el Consejo de Estado y en materia constitucional por la Corte Constitucional.

Ahora bien, en cuanto a la obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional, esta se fundamenta en:

1. El respeto al principio de la seguridad jurídica, el cual implica el respeto por las normas superiores y la unidad y armonía de las demás normas con éstas, de manera que al ser la Corte Constitucional el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, "sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta".

2. La diferencia entre *decisum*, *ratio decidendi* y *obiter dicta*, ratificando la obligatoriedad no solo de la parte resolutoria sino de los contenidos de la parte motiva de las sentencias, en el control

abstracto de constitucionalidad como en el concreto, que son determinantes para la decisión o constituyen la ratio decidendi del fallo.

3. Las características de la ratio decidendi y, por tanto, de la jurisprudencia como fuente de derecho, por cuanto "la ratio decidendi de las sentencias de la Corte Constitucional, en la medida en que se proyecta más allá del caso concreto, tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones, por lo que puede ser considerada una fuente de derecho que integra la norma constitucional.

En ese orden de ideas, resulta válido y necesario el apartamiento del precedente judicial emanado por el Consejo de Estado a través de sus sentencias y precedente judicial sobre la aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no solo por el desarrollo jurisprudencial que sobre tal punto ha hecho la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia, de conformidad con lo señalado en precedencia, sino también por cuanto el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, al ordenar la extensión de la jurisprudencia por parte de las autoridades administrativas a los terceros, también contempla la posibilidad fáctica de que el operador administrativo se niegue a la petición que en éste sentido le sea elevada.

Todo lo establecido hasta aquí, además fue reafirmado por la Corte Constitucional en la sentencia T – 078 de 2014, con ponencia del Doctor Mauricio González Cuervo, providencia en la cual, la Corte manifiesta que lo establecido en la sentencia C – 258 de 2013 es de obligatorio cumplimiento y no es exclusivo del régimen de Congresistas y Magistrados de Altas Cortes, sino que aplica a todos los beneficiarios del régimen de transición.

Es más, el caso fallado en esa sentencia correspondía a un ex trabajador de TELECOM y la Corte Constitucional consideró ajustado a la Constitución Política que la Corte Suprema de Justicia haya aplicado el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con los factores salariales establecidos en el decreto 1158 de 1994.

Se solicita tener en cuenta incluso la aclaración de voto del Honorable Magistrado, Doctor Gabriel Eduardo Mendoza, que considera que la decisión adoptada en la sentencia C – 258 de 2013, a pesar de no haber estado de acuerdo con ella, hizo una interpretación de rango constitucional respecto del ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición y por lo tanto, dicha interpretación es obligatoria.

Como si fuera poco hasta aquí, mediante SU- 230 de 2015, M.P. Doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la Corte concluye que la interpretación efectuada en la sentencia C – 258 de 2013, respecto al artículo 36 de la ley 100 de 1993, en el sentido de establecer: *que el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son reglas contenidas en aquél régimen general, las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca*, esto es, no solo se circunscribe a Congresistas y Magistrados de Altas Cortes, sino erga omnes, a cualquier beneficiario del régimen de transición. Así mismo, resaltó que mediante auto A-326 de 2014, por la cual se resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T-078 de 2015 la sala reafirmó nuevamente la interpretación sobre el alcance de los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993 establecida en la sentencia C – 258 de 2013, interpretación de rango constitucional, erga omnes y aplicable a todos los beneficiarios del régimen de transición y no solamente a congresistas y magistrados.

De la anterior norma se concluye que la Corte Constitucional ha hecho un análisis muy extenso respecto al IBL, el cual no podrá ser promediado con base a la legislación anterior, en razón que el régimen de transición solo señala los conceptos de edad, monto y semanas de cotización excluyendo el promedio de liquidación, puesto que el promedio o IBL es el establecido en la ley 100 de 1993.

Por otra parte, se debe hacer precisión que la sentencia C – 258 de 2013 fue dada por vía constitucional lo que la hace de estricto cumplimiento para todas las autoridades y particulares, por lo que no constituye la vulneración a los derechos fundamentales de la parte demandante. Sobre recordar que la Corte Constitucional también ha expresado que sus sentencias de unificación también son de obligatorio cumplimiento y ambas, sentencias de constitucionalidad y de unificación de la Corte Constitucional están por encima de cualquier otro pronunciamiento jurisprudencial, so pena de las sanciones penales y disciplinarias a que haya lugar para el operador jurídico.

Así lo ha entendido el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente Dr. ALBERTO YEPES BARREIRO, radicado (11001031500020160010300) en los siguientes términos:

“(…)El juez constitucional como intérprete autorizado de la Constitución al desentrañar el sentido o contenido de una norma constitucional o al aplicarla directamente a un caso concreto genera lo que se denomina doctrina constitucional la que, por su naturaleza, tiene un carácter vinculante en razón del carácter normativo de la Constitución, pues en aquella se interpreta la norma fundamental, interpretación que debe ser acatada por los jueces, porque de no hacerlo, se desconocería la norma fundamental misma... Lo anterior significa que cuando la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto, no está generando jurisprudencia, está fijando doctrina constitucional que, por envolver la interpretación de la Constitución, tiene un carácter vinculante y obligatorio para todos los jueces de la República, sin distingo alguno... Interpretación auténtica que los jueces, sin distingo de jerarquía, no pueden desconocer, bajo el argumento de la primacía de los principios de autonomía e independencia que caracterizan la función judicial, pues estarían no solo desconociendo la Constitución, en especial, los postulados de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima en las instituciones sino usurpando la competencia que la Carta le otorgó expresamente al Tribunal Constitucional... En otros términos, el precedente de las llamadas Altas Cortes es obligatorio y vinculante tanto para estos como para los jueces de inferior jerarquía y los demás órganos del Estado, quienes conociéndolo están obligados a su aplicación... 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 regla que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 y que hizo extensiva en la SU-230 de 2015 consiste en que el ingreso base de liquidación no era un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. En consecuencia, a quienes son beneficiarios del régimen de transición establecido en la mencionada ley se les calculará el IBL con base en lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los factores salariales devengados durante los últimos 10 años de servicio. Por su parte, el actor se encuentra inmerso en el régimen de transición pensional, aspecto que no fue objeto de debate, y que como consecuencia exige que el cálculo de su pensión se realice con el promedio de los factores salariales devengados durante los últimos 10 años de servicio de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993... El Tribunal Administrativo de Antioquia concluyó que en el ingreso base de liquidación deben incluirse todos los conceptos de remuneración que puedan calificarse como factores salariales de ley, devengados por el señor P.M.S.C. en el último año de servicio anterior a la adquisición del status de pensionado. En ese orden, al calcular el IBL con base en el promedio del último año de servicio, se desconoció el precedente aplicable al caso, de conformidad con la regla establecida en la providencia de constitucionalidad referida, y en consecuencia se configuró el defecto sustantivo alegado... como la Sala lo ha planteado, concurren

en el sub examine los presupuestos exigidos para conceder el amparo constitucional, toda vez que la providencia enjuiciada desconoce el precedente de la Corte Constitucional, por lo que se accederá a las pretensiones de la tutela, de acuerdo con los argumentos y fundamentos expuestos en esta sentencia(...)" Cursiva fue del texto original.

Ahora bien, mediante sentencia SU 427 de 11 agosto de 2016 el Honorable Corte Constitucional indicó que las pensiones, deberán ser ajustadas o disminuidas conforme a los últimos 10 años (IBL) y con los factores sobre los cuales se hicieron efectivamente los aportes, es importante resaltar los siguientes apartes de la sentencia:

"(...) 6.15. En resumen, el artículo 36 de la ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero sólo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de remplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, evita que se reconozca pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión. ..."

Así mismo, la Corte reconoce que mi representada la UGPP puede presentar acción de revisión ante la Honorable Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado contra providencias en donde se evidencie que hubo abuso del derecho en el reconocimiento y pago de una pensión, y en los casos en que se reliquide la pensión en los siguientes términos:

(ii) Ante la inexistencia de dicho recurso de revisión, en principio, las acciones de tutela interpuestas por la UGPP contra providencias judiciales en las que presuntamente se incurrió en un abuso del derecho en el reconocimiento y/o liquidación de una prestación periódica son improcedentes, salvo en aquellos casos en los que de manera palmaria se evidencie la ocurrencia de dicha irregularidad.

(iii) En caso de verificarse la configuración de un abuso del derecho, el juez constitucional deberá dejar sin efectos las providencias judiciales que avalaron el mismo y disponer que se ajuste la prestación conforme al ordenamiento jurídico constitucional. Sin embargo, deberá advertirle a la UGPP que los efectos de la disminución en el monto de la prestación no regirán de forma inmediata, sino que lo mismos entrarán a regir luego de transcurridos seis meses contados a partir de la notificación de la resolución que se expida por la entidad demandante. En cumplimiento de la respectiva providencia de tutela, así como no habrá lugar al reintegro de sumas de dinero ya percibidas. La Sala Plena señaló que a la UGPP no le eran exigibles las cargas de haber agotado los instrumentos judiciales dentro del proceso cuestionado, así como de interponer la acción de tutela dentro de un término cercano a la fecha de expedición del fallo controvertido, ya que solo hasta el 12 de junio de 2013 se inició la sucesión procesal y defensa judicial de los asuntos que tenía a su cargo Cajanal, quien atravesó por una situación administrativa que le impedía cumplir sus funciones correctamente, lo que condujo a esta Corte a declarar el estado de cosas inconstitucional. Además, las mesacas pensionales son una prestación que se debe cancelar periódicamente, por lo que su afectación por un yerro en su reconocimiento o liquidación continúa en el tiempo y atenta contra la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social.

Como consecuencia de lo anterior, la Corte concedió el amparo solicitado por la UGPP y dejó sin efectos las sentencias proferidas por el Juzgado 16 Laboral de Circuito de Medellín el 12 de septiembre de 2007 y el Tribunal Superior de la misma ciudad, el 13 de junio de 2008, que habían reajustado la pensión de vejez de una funcionaria judicial, sin tener en cuenta que según el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debía aplicarse el régimen prestacional de la Rama Judicial (Decreto 546 de 1971) pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad y tiempo de servicios y tasa de remplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación, respecto del cual debían utilizarse los parámetros del sistema general. De esta forma, el reajuste de la pensión efectuado tuvo en cuenta el último salario más alto de la funcionaria judicial, con fundamento en una vinculación

precaria en encargo como fiscal delegada ante los tribunales superiores, por espacio de un (1) mes y seis (6) días, periodo en el cual se le incrementó considerablemente su asignación salarial.

Por lo expuesto, la Sala Plena dispuso que la UGPP, en el término de 15 días contados a partir de la notificación de esta sentencia deberá reliquidar esa pensión, teniendo como ingreso base de liquidación el promedio de los ingresos obtenidos por la afiliada durante los diez (10) últimos años de servicio, incluyendo los factores sobre los cuales se hicieron efectivamente cotizaciones.

No obstante a lo anterior, es preciso señalar que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente Dr. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, mediante fallo de segunda instancia de fecha 15 de diciembre de 2016, se pronunció, respecto a la tutela instaurada por mi representada la UGPP, en contra la providencia judicial emitida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, dentro del caso de la señora Rosa Ernestina Agudelo, la cual desconoce el precedente de la Corte Constitucional de la sentencia SU 230 de 2015. Dentro del fallo en mención la sala quinta concluyó:

"(...) Ahora bien la posición reiterada de esta sala en relación al tema de discusión, es que la regla que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 y que hizo extensiva en la SU-230 de 2015 al resto de los regímenes especiales de pensión, que consiste en que el ingreso base de liquidación- IBL no era un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993

*Es así como en casos similares este juez constitucional ha arribado a la misma conclusión respecto de la extensión de la regla jurisprudencial en la sentencia C-258 de 2013, la cual se hizo **obligatoria para todas las autoridades judiciales y administrativas a partir de la publicación de la sentencia SU 230 de 2015** a saber:*

"Así las cosas, la regla que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 y que hizo extensiva en la en la SU 230 de 2015 consiste en que el ingreso base de liquidación no era un aspecto sujeto a transición (...)

En este estado, se hace necesario precisar que las sentencias proferidas en primera y segunda instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por el señor Sierra Chavará, se dictaron con posterioridad a la sentencia SU-230 de 2015, esto es, el 25 de mayo y el 25 de noviembre de 2015 respectivamente"

Luego si bien es claro que a partir de SU 230 de 2015, corresponde a las autoridades administrativas y judiciales, independientes del régimen judicial, calcular el IBL de los beneficiarios del régimen de transición de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo a los parámetros fijados por la Corte Constitucional en el numeral 1.3.6.3 de las consideraciones de la sentencia C-258 de 2013, también lo es, que la sentencia que se censura por vía de esta acción con lo dispuesto en la referida sentencia SU,

*Ahora bien, respecto del **precedente como criterio de la labor judicial y la fuerza vinculante y excluyente del que fija la Corte Constitucional**, se tienen que las providencias que profiere la Corte Constitucional, en los términos de la sentencia C-085 de 1995, son un criterio vinculante de la labor judicial...* (Cursiva fuera del texto original)

Posteriormente la sala indicó:

*Ahora bien, encuentra la Sala que el argumento central con el que el a quo constitucional dispuso negar el amparo giró en torno a que, en su criterio, resultaba desproporcionado aplicar las reglas fijadas en la SU 230 de 2015 en aquellos casos en que los ciudadanos hubiesen iniciado el trámite ordinario antes de que se proferiera la citada sentencia de unificación, razonamiento que no es de recibo en la medida que esta Sala ha señalado que el precedente de las llamadas Altas Cortes es **obligatorio y vinculante, tanto para estos como para los jueces de inferior jerarquía** y los demás órganos del Estado, **quienes conociéndolo están obligados a su aplicación.**" (...) hecho que*

92
implica su obligatoria observancia por parte de todos los operadores jurídicos sin excepción, pues nada se ganaría si, después de la labor de interpretación y unificación, los jueces o la administración pudieran seguir aplicando su criterio bajo la égida de una autonomía judicial mal entendida, generando no solo incoherencias en el sistema sino tratos diversos a situaciones con supuestos de hecho iguales o similares, con las implicaciones que ello tendría en principios de rango constitucional como la igualdad, seguridad jurídica y la confianza legítima." (Destacado por la Sala)

En el sentido descrito, el precedente de la Corte Constitucional es de inmediata aplicación, al margen de si la demanda se presentó antes de que dicha Corporación fijara la tesis hoy día imperante frente al régimen de transición.

En observancia de lo anterior, concluye la Sala que la decisión 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." (Subraya, cursiva y negrilla fuera del texto original).

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante señalar que el fallo emitido por el Consejo de Estado, Sección Quinta, deja sin efecto la sentencia proferida por el Consejo de Estado Sección Segunda de fecha 25 de febrero de 2015 de Rosal Ernestina Agudelo Rincón.

En conclusión, mi representada liquidó la pensión de la parte demandante conforme a derecho, teniendo en cuenta los valores que según la ley deben ser tenidos en cuenta y adicional a lo anterior ha reajustado el valor de la pensión año tras año, hecho que evidencia el actuar ajustado a la ley de mi representada en aras de mantener el poder adquisitivo de las mesadas pensionales.

Por las anteriores razones, mi representada debe ser absuelta de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

EXCEPCIONES DE MERITO O DE FONDO

PRESCRIPCION (Se presente como previa y de fondo)

Señor Juez se debe declarar la prescripción en el presente proceso, teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial de la Corte suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. En la sentencia de casación dictada bajo el radicado 40739 en junio de 2011 M.P. Camilo Tarquino Gallego, se afirmó lo siguiente frente a este punto:

"(...)

*A pesar del esfuerzo del impugnante porque se modifique el criterio mayoritario, **sobre el tema de la prescripción de los factores salariales**, para liquidar la primera mesada pensional, **la Corte mantiene la posición jurisprudencial adoptada en la sentencia del 15 de julio de 2003, radicación 19557, y que sirvió de soporte a la providencia del Tribunal, la cual, inclusive, ha sido reiterada en providencias posteriores, más recientemente en las del 17 de septiembre de 2008, radicación 3486, 13 de julio de 2010, radicación 37654, 25 de febrero de 2011, radicación 40008, entre otras.***

De otro lado, en cuanto a los planteamientos del recurrente, en procura de que la Sala acoja la interpretación más favorable al trabajador que ordena el artículo 53 de la Constitución, basta remitirnos a lo expuesto entre otras en la sentencia del 25 de abril de 2007, cuando al recordar otras decisiones adoptadas en ese mismo sentido, sostuvo:

"Bajo ese marco, la variación de una posición jurisprudencial en torno de la institución jurídica de la prescripción frente a los componentes que constituyen la base salarial de una pensión, de manera alguna quebranta las normas denunciadas y menos los postulados que gobiernan el artículo 53 de la Constitución Política, maxime cuando el derecho al trabajo tiene una constante evolución que amerita una dinámica jurisprudencial encaminada al logro de la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social como bien lo señala el artículo 1° del Código Sustantivo del Trabajo.

(...) "Y ya en fecha más reciente, en la sentencia del 18 de febrero de 2004, radicación 21231, en un proceso en el que fungió como demandado el Banco de la República, en asunto similar al presente, asentó:

"...si para el caso se estimaba tener derecho a que se incluyera como factor salarial para establecer el salario base para tasar la pensión de jubilación lo pagado al demandante por prima de vacaciones en el último año de servicios, la exigibilidad de esa obligación empezaba desde la fecha en que se reconoció y, por consiguiente, se cuantificó por la demandada la mesada pensional de estos, y respecto a los aumentos anuales a partir de la fecha en que los preceptos que lo regulan lo ordenan. Esto porque en uno y otro caso, es a partir de esa data que el interesado tenía la posibilidad de acudir a la justicia para reclamar el reajuste pertinente ante el desconocimiento por parte del obligado al pago íntegro de la prestación.

"Por lo tanto, teniendo en cuenta la fecha a partir de la cual se reconoció la pensión de jubilación a los demandantes que resultaron favorecidos con la sentencia que se quiebra, como también la data en que se debía hacer el incremento ordenado por la ley 10 de 1972, e igualmente aquella en que se presentó la reclamación directa a la demandada por esos conceptos, ninguna duda queda, que cuando se presentó la demanda en derecho a obtenerlos, por lo dicho al estudiar el recurso de casación, estaba prescrito porque ya habían transcurrido más de los tres años previstos en las normas legales para que ese modo de extinguir las obligaciones opere en el campo laboral y de la seguridad social">

"La Corte no ha confundido hechos con derechos, como equivocadamente cree el recurrente. Para la Corporación es indiscutible que son los derechos los que prescriben y no los hechos. Justamente, cuando a un trabajador se le liquida de manera errada una prestación, tal hecho es susceptible de ser discutido. Entonces, surge a partir de allí un derecho de reclamar contra la conducta irregular, como cuando se liquida mal el ingreso base de liquidación para fijar la mesada pensional. Y, correlativamente, emerge para la entidad de seguridad social, o para el empleador, según el caso, la obligación de corregirla. Pero no tiene ese específico derecho un rango de perpetuidad, que ninguna norma le otorga. Muy distinto al carácter vitalicio otorgado a la prestación jubilatoria propiamente tal, imprescriptibilidad que no se opone, sin embargo, a la extinción del derecho a disfrutar las mesadas de tres años, hacia atrás por la inercia del beneficiario. Adviértase en todo caso que, no impide la asimilación al salario de un trabajador, el ingreso mensual del pensionado se pierde por prescripción extintiva.

"Por último, es evidente como señala la replicante- la impertinencia de los ejemplos traídos a colación por el censor. Incluso, el alusivo al auxilio de cesantía es discordante y sirve de ilustración para mostrar que una prestación tan sensible e importante en el derecho laboral también está sometida al rigor de la prescripción.

"Pero más valiosa para estimar razonada la tesis actual de la Corte sobre la prescripción del derecho a reclamar la reliquidación de la base salarial de la pensión, es lo atinente a la revisión de las pensiones públicas tenida planteado en el recurso. Pues bien, no está de más rememorar

que fue necesario modificar la ley para proceder a ello, porque, sin lugar a dudas, pesaba contra el derecho de reclamación del Estado la indefectible caducidad de la acción administrativa y la prescripción laboral. Y siendo cierto, como lo sostiene el censor, que se trata de un tema o de una institución especial, debió el Legislador consagrar una excepción para establecer el privilegio aludido a favor de las entidades públicas con cargas pensionales, con la exclusiva finalidad de proteger el patrimonio público afectado por actos de corrupción suficientemente conocidos. Ese tratamiento desigual fue avalado por la Corte Constitucional por razones apenas obvias.

"El Tribunal no se enfrentó ante la encrucijada de escoger entre dos interpretaciones válidas respecto del tema de la prescripción del derecho objeto del litigio que dio lugar al recurso sub examine, como tampoco se halla ubicada la Corte a una situación semejante. Por tanto, no viene al caso la aplicación del principio in dubio pro operario, ni el de la condición más beneficiosa. Todo lo anterior permite concluir que no incurrió el juzgador de instancia en los yerros jurídicos que le enrostra la censura.

"Por otra parte, la censura arguye que esta Sala de Casación con una argumentación carente de fundamento estimó que no procedía en esta clase de controversias la aplicación del principio in dubio pro operario, y proclama en cambio que dicho principio de favorabilidad sí tiene cabida en el sub lite, porque concurren dos interpretaciones opuestas, pero ese planteamiento no es de recibo porque tanto el Tribunal como la Corte no estaban enfrentados al dilema de escoger entre dos interpretaciones válidas respecto del tema de la prescripción del derecho objeto del litigio.

"Valga destacar que el principio del in dubio pro operario o de favorabilidad opera respecto del conflicto de normas vigentes, más no frente a dos pronunciamientos jurisprudenciales, aparte de que sólo puede encontrarse vigente un criterio jurisprudencial que es el acogido por la mayoría o todos los integrantes de una Sala de decisión en tanto las demás posiciones sólo tienen el carácter de criterios minoritarios o doctrinas jurisprudenciales revaluadas que como tales no unifican la jurisprudencia nacional y eventualmente solo pueden servir de citas doctrinales.

"En todo caso, frente a dicha temática esta Corporación en sentencia del 19 de octubre de 2006 radicado 27425, sostuvo:

"“(....) La anterior es la posición actual de la Sala, que se mantiene, pues no exhibe el cargo argumentos suficientes, ni aparecen circunstancias nuevas, que ameriten su cambio. El hecho de que en el pasado, en algunas oportunidades, se hubiere sostenido lo contrario, como son los fallos a que se refiere la censura, no conlleva a que deba acudir al principio de favorabilidad, para aplicar la jurisprudencia más favorable, pues éste se da frente a un conflicto de normas vigentes, y como regla general de interpretación debe seguirse es la establecida en el artículo 18 del C. S. T., de tomar en cuenta que la finalidad primordial de dicho ordenamiento es la de <lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social>, al cual se ajusta el derrotero jurisprudencial que, para dilucidar el cargo, ahora se reitera en su integridad”.

"Importa también puntualizar que la jurisprudencia no se incorpora a la Ley, puesto que conforme a los parámetros del artículo 230 de la Constitución Política, aquella es meramente un criterio auxiliar de la actividad judicial, que como se dijo es susceptible de ser modificada cuando las circunstancias así lo ameriten, esto es, que de acuerdo con los novedosos planteamientos que propongan los litigantes o expongan los jueces o Tribunales, se encuentre

que jurídicamente los criterios que se venían adoptando sobre un determinado aspecto no resultan los más afortunados o acertados.

"Por consiguiente, el Tribunal no incurrió en los yerros jurídicos que la censura le achaca.

(...)"

(Comillas, Negrilla, Cursiva y Subrayado fuera del texto original)

En el mismo sentido se afirmó en la sentencia de Tutela radicada con el número 28302 del 21 de Noviembre de 2006 de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, donde se afirmó:

"(...) sin bien la jurisprudencia citada por el actor está de acuerdo con la interpretación normativa que la sala de casación laboral de esta corporación mantuvo durante un largo periodo, es fácilmente perceptible que esta tesis fue recogida mediante sentencia del 15 de julio de 2002 dentro del radicado 19557.

En verdad, a partir de esta providencia y hasta la actualidad, se ha sostenido con precisión que si bien el estatus de pensionado y las acciones encaminadas a reconocerlo o conservarlo son imprescriptibles, no ocurre lo mismo con aquellas que pretenden modificar su base inicial, para incluir nuevos factores salariales de liquidación, pues estas se encuentran sujetas a la prescripción ordinaria de las acciones laborales.

(...)"

(Comillas, negrilla, cursiva y subrayado fuera del texto original)

De conformidad con lo anterior queda claro que la jurisprudencia que hasta la fecha ha sostenido y sostiene la corte suprema de justicia se debe declarar la prescripción de la acción judicial, pues es evidente que en el caso concreto han transcurrido más de tres años desde la fecha de reconocimiento de la pensión, a la fecha de interposición de la demanda y al solicitarse la modificación de la base inicial estas acciones están sujetas a prescripción.

PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS POR LA ENTIDAD DE PENSIONES

Los actos administrativos se encuentran amparados por la presunción de legalidad y le corresponde a la parte demandante asumir la carga de la prueba para desvirtuar la mencionada presunción. para lo cual, el Código Contencioso Administrativo, establece claramente las causales, debiéndose aclarar que las mencionadas causales, deben probarse.

En ese sentido, el acto administrativo es la forma en que el Estado manifiesta su voluntad y de conformidad con la ley, esta manifestación de voluntad, tiene presunción de legalidad. Dicha presunción cubre tanto las formalidades requeridas para su formación como la materia objeto del acto, en lo que atañe a los fundamentos de hecho y de derechos.

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION

En el presente asunto, la forma como ha sido liquidada la pensión de la parte demandante y que se enmarca dentro de las pensiones del régimen de transición en la que es aplicable la Ley 33 de 1985, se reiteran los argumentos expuestos frente a las normas violadas y el concepto de la violación. Adicionalmente se establece que sobre el particular, la jurisprudencia nacional no ha sido uniforme, al punto que incluso hay posiciones totalmente contrapuestas entre la jurisprudencia del Consejo de Estado, de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.

En ese sentido, la sentencia C- 634 de 2011, arroja luces sobre el correcto proceder cuando ocurre una situación como la descrita, en los siguientes términos:

"...Ante la falta de precisión o de contradicción del precedente judicial aplicable, corresponde en primer lugar al alto tribunal precisar, aclarar y unificar coherentemente su propia jurisprudencia. Del mismo modo, si se está ante la presencia de diversos criterios jurisprudenciales existentes sobre una misma materia, las autoridades públicas administrativas están llamadas a evidenciar los diferentes criterios jurisprudenciales existentes para fundamentar la mejor aplicación de los mismos, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad, y optar por la decisión que de mejor manera interprete el imperio de la Constitución y de la ley, para el caso en concreto..."

Por esta razón y teniendo en cuenta que no es posible desconocer arbitrariamente algunos precedentes judiciales, amparados por la autoridad de ser expedidos por las más altas cortes de justicia de nuestro país, la entidad que represento se mantiene en los argumentos hasta ahora expuestos

Aunado a lo anterior, debe la administración de justicia tener en cuenta el artículo 48 constitucional, por el cual es claro que solamente pueden hacer parte de la liquidación de la pensión, los factores de salario *y sobre los que se hicieron los respectivos aportes*, con lo cual, no todo pago recibido por la parte demandante, constituye factor salarial por una parte / en caso de haberlo sido, debió realizar los aportes sobre dichos factores.

Si se aceptara en gracia de discusión, que hay derecho a incluir factores sobre los cuales no se haya hecho la respectiva cotización, la sentencia estaría violando flagrantemente la Constitución Política, pese a que en la misma se haya establecido el derecho a practicar los descuentos por los factores sobre los cuales el demandante no cotizó.

La mencionada norma fue de vital importancia en la valoración de inexecutable y de exequibilidad condicionada del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, que si bien referida al régimen especial de congresistas y magistrados de altas cortes, cobra importancia por ser la ratio decidendi que puede ser aplicable a cualquier tipo de pensiones, y que empieza a zanjar diferencias interpretativas con el sello de ser una interpretación constitucional, que no admite interpretación judicial, en contrario, por ser inconstitucional.

Por lo anterior, deben despacharse desfavorablemente las pretensiones de la demanda, en el sentido en que no fue desvirtuada la presunción de legalidad, por las razones aquí expuestas.

INNOMINADA O GENERICA

Todas aquellas que por no requerirse formulación expresa y que sean encontradas en el trámite del proceso, deban ser declaradas por ineffectiveness.

PAGO

Solicito muy respetuosamente, sin que por el solo hecho de interponer la presente excepción se acepten los hechos y fundamentos de derecho de la demanda, en caso de existir una sentencia condenatoria se declare que mi mandante ha realizado el pago de las mesadas pensionales con la inclusión de los factores salariales que fueron tenidos en cuenta en el reconocimiento de la pensión.

COMPENSACION

Solicito muy respetuosamente, sin que por el solo hecho de interponer la presente excepción se acepten los hechos y fundamentos de derecho de la demanda, en caso de existir una sentencia condenatoria se declare que mi mandante tiene derecho a que se realice la respectiva compensación respecto de los aportes para pensión por factores no cotizados por la parte demandante, con el fin de

mantener la estabilidad financiera del sistema y en virtud de los Artículos 17 y 18 la ley 100 de 1993 y que rezan:

"ARTICULO. 17.- Modificado por el art. 1, Ley 797 de 2003 Obligatoriedad de las cotizaciones. Durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados y empleadores, con base en el salario que aquéllos devenguen.

Salvo lo dispuesto en el artículo 64 de esta ley, la obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

(...)

ARTICULO. 18.- Base de cotización de los trabajadores dependientes de los sectores privado y público. La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.

El salario mensual base de cotización para los trabajadores particulares será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo. Ver el art. 30, Ley 1393 de 2010

El salario mensual base de cotización para los servidores del sector público será el que se señale, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992.

Modificado por el art. 5, Ley 197 de 2003 En ningún caso la base de cotización podrá ser inferior al monto del salario mínimo legal mensual vigente, salvo lo dispuesto para los trabajadores del servicio doméstico conforme a la Ley 11 de 1988.

Cuando se devengue mensualmente más de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes, la base de cotización podrá ser limitada a dicho monto por el Gobierno Nacional.

(...)

PARAGRAFO. (...).

PARAGRAFO. 2º-A partir de la vigencia de la presente ley se eliminan las tablas de categorías y aportes del Instituto de Seguros Sociales y de las demás entidades de previsión y seguridad social. En consecuencia, las cotizaciones se liquidarán con base en el salario devengado por el afiliado.

PARAGRAFO. (...) "

Al respecto la jurisprudencia del Consejo de Estado en forma reiterada ha señalado la procedencia de descontar los aportes por factores no cotizados, expresando lo siguiente:

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. MP: Tarcisio Cáceres Toro, Número de radicación: 25000-23-25-000-2001-0-953-01 (2052-04), parte motiva:

"Las diferencias a pagar. De las mesadas pensionales reliquidadas y reajustadas que ahora correspondan con posterioridad a la prescripción señalada, se deben deducir las sumas de las mesadas pensionales ya pagadas y su rescatado en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto; a continuación, la administración descontará el valor de los aportes que ordene la ley que el interesado no haya cubierto respecto de los factores que se ordenan incluir, pues esa es una carga del servidor público que no se puede

98'

eludir y cuyos recursos son fundamentales para que luego la entidad responsable pueda cumplir su obligación de pago." (Subrayado fuera de texto)

Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero ponente: Nicolás Pájaro. Actor: Laureano Gutiérrez, parte resolutive de la sentencia número 470-99:

"La Caja demandada queda autorizada para descontar los aportes respecto de las partidas sobre las cuales la administración no los hizo efectivos, debidamente actualizados sus valores, aplicando la misma fórmula de actualización de los saldos de las mesadas pensionales."

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

1. Decreto 1158 de 1994
2. Ley 33 de 1985
3. Ley 100 de 1993
4. Ley 1437 de 2011
5. Las demás normas o jurisprudencias que la Sencría, dentro de la importante labor de administrar justicia, considere aplicables al caso particular.

MEDIOS DE PRUEBA.

Lo aquí afirmado, encuentra su sustento probatorio en la documentación obrante ya en el expediente, pues allí se pueden observar las Resoluciones proferidas en su momento por la entidad que tenía a su cargo el reconocimiento y pago de pensión de la parte demandante, por las cuales se le resuelve el derecho pensional a la parte demandante.

A su vez solicito se oficie al **NACION- MINISTERIO DEL INTERIOR** a que expida los siguientes documentos:

1. Certificación de servicios de la parte demandante, indicando a qué entidad realizaron los aportes o cotizaciones.
2. Certificación de factores salariales donde se discriminen sobre cuáles de estos se realizaron aportes o cotizaciones al Sistema General de Pensiones.

ANEXOS

1. Un CD, con los antecedentes administrativos del caso. Clave de Seguridad para acceso a Antecedentes Administrativos es: 1m2g3n3sugpp
2. Escrito de llamamiento en garantía

NOTIFICACIONES

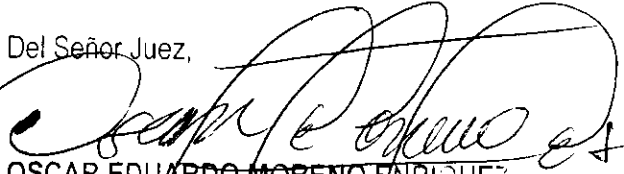
99

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP en la Av. Calle 26 # 69B- 45 piso 2 – Bogotá D.C.

Al suscrito apoderado en la Carrera 8 número 16 – 51 oficina 605 Edificio París (Bogotá)

Correo electrónico: omoreno@ugpp.gov.co

Del Señor Juez,



OSCAR EDUARDO MORENO ENRIQUEZ

C.C. No. 12.748.173 de Pasto.

T.P. No. 136855 del Consejo Superior de la Judicatura.