

SENTENCIA 2 J21 DE 2019

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO VEINTIUNO ADMINISTRATIVO
CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

EXPEDIENTE 11001 33 325 021 2015 00384 00

Bogotá D.C. 24 ENE. 2019

Procede el Despacho a pronunciarse sobre el fondo de la controversia planteada por el apoderado de la señora **CARMEN ALICIA GARZÓN PINTO**, en ejercicio del MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, UGPP**.

I. ANTECEDENTES

El proceso se desarrolló en audiencia hasta la etapa de pruebas. Los alegatos se presentaron por escrito, y ahora se dictará la sentencia conforme a lo establecido en el artículo 182, numeral 3, del CPACA, previa referencia a las actuaciones obrantes en el plenario.

Las pretensiones:

1. Se solicita la nulidad de la siguiente actuación administrativa:

1.1 La Resolución RDP 27554 de 9 de septiembre de 2014 “Por la cual se niega la reliquidación de un pensión de vejez” proferida por la Subdirectora de Determinación de Derechos Pensionales (E) de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP

1.3 La Resolución RDP 35354 de 20 de noviembre de 2014 “Por la cual se resuelve un recurso de apelación en contra de la resolución 27554 de 9 de septiembre de 2014”, suscrita por el Director de Pensiones de la Unidad

Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP.

2. A título de restablecimiento del derecho, se pretende lo siguiente:

2.1 Que se reliquide la pensión de la señora Carmen Alicia Garzón Pinto a partir del 4 de febrero de 2014 conforme al régimen especial de la Rama Judicial, esto es, en el equivalente al 75% de la asignación básica más elevada devengada en el último año de servicios, lo cual incluye todos los factores devengados en dicho lapso.

2.2 Que se reajuste anualmente las mesadas reliquidadas.

2.3 Que las diferencias ocasionadas desde el 14 de febrero de 2014 sean pagadas de forma actualizada.

2.4 Que se condene en costas y gastos procesales.

Los hechos:

1. Que la señora Carmen Alicia Garzón Pinto trabajó ininterrumpidamente y continúa en el Rama Judicial desde el 16 de agosto de 1982 hasta el 4 de febrero de 2014.

2. Que la otrora Caja Nacional de Previsión Social, al reconocerle la pensión a través de la Resolución 21989 de 10 de junio de 2010, condicionó el pago al retiro del servicio, el cual se efectuó a partir del 4 de febrero de 2014.

3. Que el 30 de mayo de 2014 solicitó la reliquidación de la pensión.

4. Que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, le negó la reliquidación de la pensión a través de la Resolución 27554 de 9 de noviembre de 2014

5. Que contra la anterior Resolución interpuso el recurso de apelación.

6. Que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, confirmó la Resolución 27554 de 9 de noviembre de 2014.

7. Que las anteriores Resoluciones no liquidaron el derecho conforme al régimen aplicable.

Las normas violadas:

1. Normas superiores: los artículos 13, 29 y 53 de la Constitución Política.

2. Legales y reglamentarias: Ley 1395 de 2010, artículo 14, y los Decretos: 546 de 1971 (Art. 6), 717 de 1978 (Art. 12), 911 de 1978 (Art. 4º) y 1045 de 1978 (Art. 45).

El concepto de la violación:

La parte actora indica que la administradora de la prestación vulneró el derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 de la Constitución Política, porque la jurisprudencia tiene establecido que la pensión de los servidores públicos de la Rama Judicial se liquida con todos los factores salariales.

Asimismo, estima vulnerado el derecho al debido proceso del artículo 29 Superior porque la entidad no aplica la norma más favorable para efectos de establecer el ingreso base de liquidación, y por ello, también considera que se trasgredió los principios laborales de progresividad e irrenunciabilidad de los derechos mínimos establecidos en la ley establecidos en el artículo 53 *ibidem*.

La vulneración consistió, a criterio del libelista, en que la administración no liquidó el derecho en el equivalente al 75% de la asignación básica más elevada del último año de servicio, conforme lo dispone artículo 6º del Decreto 546 de 1971, bajo el entendido que los factores establecidos en el artículo 12 del Decreto 717 de 1978 no se pueden tomar en forma taxativa, pues el artículo 4º de Decreto 911 del mismo año trata de “otros factores de salario”, razón por la cual solicita la inclusión de todos los factores salariales.

En todo caso, la entidad desconoció el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 en cuanto establece los emolumentos que deben ser tenidos en cuenta para liquidar la pensión, en particular, el Decreto 247 de 1997 que en su artículo 1º dispuso que la bonificación por servicios constituiría factor salarial para efectos de determinar el valor de las pensiones de los empleados de la Rama Judicial.

La contestación de la demanda:

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, manifestó que se oponía a las pretensiones de la demanda porque considera que las normas aplicables no son las invocadas por la parte actora, sino el artículo 36 (inciso 3º) de la Ley 100 de 1993 en armonía del Decreto 1158 de 1994, las cuales regulan el ingreso base de liquidación, en particular, el Decreto 1158 de 1994 señala los factores computables para pensión, entre los cuales no se encuentran los reclamados por la demandante. Incluso, tampoco se encuentran entre los enunciados en la Ley 62 de 1985.

Agrega que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 sólo protegió la edad y el tiempo de servicios, más no el monto de la prestación. En este aspecto, señaló que la pensión se liquida sobre el tiempo que le hiciere falta para adquirir la pensión en vigencia de la Ley 100 de 1993 o en los últimos diez (10) años de servicios, y los factores base de liquidación establece el Decreto 1158 de 1994, entre los cuales no se encuentran los solicitados con la demanda.

Si bien, la entidad reconoce que el Consejo de Estado considera que el régimen protegió tanto los requisitos de la pensión como el monto entendido como el ingreso base de liquidación, esa postura ha sido revaluada por la Corte Suprema de Justicia en el sentido que las pensiones de la normativa anterior al actual Sistema General de Pensiones se liquida conforme al artículo 36 (Inc. 3º) de la Ley 100 de 1993.

La aludida interpretación de la Corte Suprema de Justicia ha sido respaldada por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-168 de 1995 y luego mediante sentencia C-258 de 2013, que por tener carácter vinculante y obligatorio, desplaza la jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la norma aplicable en materia de cuantía de la pensión, máxime cuando existe la Corte Constitucional adoptó la interpretación de la sentencia C-258 de 2013 a través de la sentencia SU-230 de 2015, luego reiterada en providencias posteriores, incluso ha sido de recibo en la Sección Quinta del Consejo de Estado.

Contestación del llamado en garantía:

La Nación – Rama Judicial se opuso a las pretensiones de la demanda a través de las excepciones previas que se resolvieron en audiencia.

Las excepciones de fondo:

La UGPP propuso las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación, pago y compensación.

Las pruebas:

1. La Resolución 21989 de 10 de junio de 2009 “Por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez” (2 al 7).

2. La Resolución 60 de 5 de febrero de 2014 “Por la cual se acepta la renuncia (sic) y se desvincula a un empleado” (folio 10).

3. La petición de reliquidación de la pensión correspondiente al radicado 2014-514-143-089-2 de 30 de mayo de 2014 impreso por el Centro de Atención al Ciudadano de la UGPP (folios 11 al 19).

4. La Resolución RDP 27554 de 9 de septiembre de 2014 “Por la cual se niega la reliquidación de una pensión de vejez”, proferida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP (folios 20 y 21).

5. La Resolución RDP 35354 de 20 de noviembre de 2014 “Por la cual se resuelve un recurso de apelación en contra de la resolución 27554 de 9 de septiembre de 2014”, suscrita por el Director de Pensiones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP (folios 23 y 24).

6. Certificado laboral expedido por la Coordinadora de Talento Humano de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial (folio 26).

7. Constancias de salarios devengados por la señora Carmen Alicia Garzón Pinto entre los años 2008 a 2010, 1994 a 2011 y 2011 a 2014 expedidos por la Oficina de Talento Humano de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial (folios 27 al 39 y 211 al 267).

8. El CD de antecedentes administrativos (folio 137).

Alegatos de conclusión:

1. La parte demandante no formuló alegatos de conclusión.
2. La parte demandada, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, reitera que el ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición se rige por el artículo 36 (inciso 3º) de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con los pronunciamientos de la Corte Constitucional consignados a través de las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-247 de 2016 y SU-395 de 2017. En tal virtud, los factores base de liquidación se rigen por el Decreto 1158 de 1994. Agregó dichos precedentes son vinculantes y de carácter obligatorio para los jueces de la República.
3. La llamada en garantía, Nación – Rama Judicial, reiteró la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, la cual se resolvió en audiencia inicial.
4. El Ministerio Público no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Previo al fondo del asunto:

Las excepciones de fondo formuladas con la contestación de la demanda no se abordarán en un acápite especial, porque se pueden despachar con las consideraciones que se realicen respecto del derecho en discusión.

El problema jurídico:

La cuestión relevante en este asunto consiste en determinar si la señora Carmen Alicia Garzón Pinto tiene derecho a la reliquidación de la pensión conforme al régimen especial de la Rama Judicial previsto en el Decreto 546 de 1971.

Los hechos probados:

1. La otrora que la Caja Nacional de Previsión Social le reconoció la pensión de jubilación a la señora Carmen Alicia Garzón Pinto, condicionada al retiro del servicio (folios 23 al 29).

2. La señora Carmen Alicia Garzón Pinto renunció al cargo de Escribiente del Juzgado Penal del Circuito a partir del 5 de febrero de 2014, según la Resolución 60 de 5 de febrero de 2014 expedido por la Juez Coordinadora del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá.

3. La señora Carmen Alicia Garzón Pinto prestó servicios a la Rama Judicial entre el 16 de agosto de 1982 y el 4 de febrero de 2014 de acuerdo con la Certificado laboral expedido por la Coordinadora de Talento Humano de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial (folio 26).

4. La señora Carmen Alicia Garzón Pinto desempeña el cargo de Escribiente del Centro de Servicios Judiciales de Bogotá entre el 14 de enero de 2012 y el 4 de febrero de 2014.

5. La señora Carmen Alicia Garzón Pinto devengó durante el último año de servicios – 5 de febrero de 2013 al 4 de febrero de 2014 – los siguientes emolumentos: sueldo básico, prima de antigüedad, incremento del 2.5%, auxilio de transporte, subsidio de alimentación, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de productividad, bonificación por servicios y la prima de navidad (folios 212 al 217).

6. La petición de reliquidación de la pensión con todos los factores devengados en el último año de servicios con radicado 2014-514-143-089-2 de 30 de mayo de 2014 del Centro de Atención al Ciudadano de la UGPP (folios 11 al 19).

7. La UGPP negó la solicitud de reliquidación de la pensión a través de la Resolución RDP 27554 de 9 de septiembre de 2014, confirmada mediante la Resolución RDP 35354 de 20 de noviembre de 2014 que desató la apelación.

Los fundamentos jurídicos de la decisión:

La solución al problema jurídico antes planteado implica adoptar una postura frente a las interpretaciones que se han construido sobre el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, a fin de determinar con base en que normas se accede a la pensión y se liquida el derecho en el caso concreto.

Previamente se resaltaré que la Constitución Política de 1991 se caracteriza porque contiene una gama amplia de derechos, principios y valores coetáneos al Estado Social del Derecho. En punto del derecho a la seguridad social, el artículo 48 Superior lo elevó a la categoría “derecho irrenunciable” no sólo para los

trabajadores subordinados sino para toda la población, por lo cual no es extraño que los principios de universalidad y solidaridad graviten sobre el derecho a la seguridad social.

A la luz de estos postulados superiores, se expidió un nuevo sistema de seguridad social mediante la Ley 100 de 1993, que protegió a los trabajadores que habían consolidado el derecho pensional conforme a las normas derogadas, y a los trabajadores con la expectativa a obtener la pensión en las condiciones previstas en el derogado sistema de seguridad social.

Frente al primer grupo poblacional, esto es, respecto a quienes tenían reunidos los requisitos para pensión antes de que expirará el antiguo sistema de seguridad social, el legislador garantizó el reconocimiento de la pensión, en aplicación del artículo del artículo 58¹ Superior, pues como lo ha expresado la jurisprudencia “una ley posterior no puede tener efectos retroactivos para desconocer las situaciones jurídicas creadas y consolidadas bajo la ley anterior”².

Frente al otro grupo poblacional, el que tenía una expectativa, el legislador modificó las reglas bajo las cuales se podía obtener la pensión, sin embargo, hizo una diferencia entre los estaban próximos a adquirir la pensión y aquellos que estaban lejos de aplicar para la pensión de los regímenes caducados.

Por tal motivo, la jurisprudencia consideró que el primer subgrupo – los próximos a pensionarse – tenían unas expectativas legítimas que debían ser amparadas por el legislador, mientras que el segundo subgrupo – los lejos de pensionarse – tenían simples o meras expectativas que no gozaban de alguna protección sustancial, y por consiguiente, el legislador podía modificar las condiciones bajo las cuales podían acceder a la pensión en vigencia del nuevo sistema de seguridad social.

Al desarrollarse el artículo 48 de la Constitución Política, mediante la Ley 100 de 1993, se incorporaron los anteriores criterios jurisprudenciales, así: el artículo 11³ estableció la cláusula de protección de los derechos adquiridos conforme a la

¹ **ARTÍCULO 58.** Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.

² Sentencia C-168 de 1995

³ **ARTÍCULO 11. CAMPO DE APLICACIÓN.** El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general. Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes. (Modificado por el artículo 1º de la Ley 797 de 2003).

normativa anterior al actual Sistema General de Pensiones, el siguiente artículo 20 modificó las meras expectativas que tenían quienes apenas se iniciaban en la vida laboral, y al llegar al artículo 36 se establecieron los términos en que se protegerían las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse bajo la conocida figura del régimen de transición.

Ahora bien, la persona interesada en la aplicación del régimen de transición deberá demostrar que reúne las condiciones establecidas en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en armonía con el párrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 1º de 2005. Veamos:

En primer lugar, el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 determinó que al régimen de transición se ingresa cuando al momento de entrar a regir el actual Sistema General de Pensiones, se tienen 35 años de edad, si es mujer, o 40 años de edad en el caso de los hombres, y en cualquier caso, será suficiente con acreditar 15 años de servicios. Para el efecto, el interesado deberá tener en cuenta que la Ley 100 de 1993 comenzó a regir el 1º de abril de 1994 para los empleados nacionales, y el 30 de junio de 1995 para los empleados territoriales, de acuerdo a lo establecido en el artículo 151 *ejusdem*.

En segundo lugar, el párrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 1º de 2005 impuso un límite para reclamar el régimen de transición, así: por regla general dicho régimen continúa vigente hasta el 31 de julio de 2010, y excepcionalmente, se extiende hasta el 31 de diciembre de 2014 para los trabajadores que a la vigencia del aludido Acto Legislativo - 25 de julio de 2005⁴ - acumulen 750 semanas de cotización.

Esto significa que los beneficiarios del régimen de transición, esto es, quienes reúnen los requisitos del inciso segundo del artículo 36 de Ley 100 de 1993, tienen plazo hasta el 31 de julio de 2010, y excepcionalmente hasta el 31 de diciembre de 2014 para causar el derecho pensional, es decir, para demostrar que cumplen los requisitos de edad y tiempo de servicios establecidos en algunas de las normas anteriores a la Ley 100 de 1993.

No obstante, la protección de las expectativas legítimas protegidas a través del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ha sido objeto de múltiples debates los cuales tienen origen en la forma como se redactaron sus incisos segundo y tercero que se transcriben a continuación:

⁴ Fecha del Diario Oficial 45980 en el cual se publicó el Acto Legislativo 1 de 2005.

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. (...)”

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

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.”

Se desprende del texto transcrito, que el régimen de transición distribuyó la regulación de los aspectos de la pensión entre las normas salientes y las normas entrantes, por lo que el debate consiste en determinar qué aspectos regula el antiguo sistema de seguridad social, y cuáles el nuevo sistema de seguridad social.

La jurisprudencia de las altas Cortes ha sido pacífica al señalar que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 determinó que bajó las normas del antiguo sistema de seguridad social quedaron regulados los presupuestos o requisitos de la pensión, pues su inciso segundo es claro al señalar que “La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas (...) será[n] establecido[s] en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados” los beneficiarios del régimen de transición.

Así las cosas, las expectativas legítimas de quienes aspiraban a pensionarse conforme al antiguo sistema de seguridad social, quedaron protegida con el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al señalar que ellos se pensionan conforme a los requisitos establecidos en el régimen al cual estuvieran afiliados al momento de entrar en vigencia el actual Sistema.

Sin embargo, la jurisprudencia no ha sido pacífica en cuanto a la norma que regula la cuantía de la pensión, esto es, si la cuantía se rige por las disposiciones anteriores o posteriores al nuevo Sistema de Seguridad Social, debido a que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 remite tanto al antiguo como al nuevo sistema de seguridad social.

En efecto, en su inciso segundo señala que “el monto de la pensión de vejez (...) será [el] establecid[o] en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados”, y luego, en su inciso tercero, señala las condiciones en que se establece el ingreso

de base de liquidación para quienes cumplen los requisitos de la pensión en vigencia del Sistema General de Pensiones.

Bajo el enunciado de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se podría afirmar que la cuantía de la pensión de los beneficiarios del régimen de transición quedó escindida, así: el monto quedó regulado por las normas que determinan los requisitos para adquirir el derecho, mientras que el ingreso base de liquidación se rige por la Ley 100 de 1993.

Tal escisión de la cuantía de la pensión que tradicionalmente acogió la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, fue disentida ampliamente por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, las cuales se inclinaron por una interpretación favorable de la cuantía, en el sentido que en cada caso concreto se podía valorar si se aplicaba la norma entrante o saliente, pero en su integridad, por razón del principio de inescindibilidad de la ley.

La disidencia fue zanjada cuando la Corte Constitucional adoptó la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, e igual hizo el Consejo de Estado, por lo que ya es una postura unánime en las altas Cortes señalar que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 escindió la cuantía de la pensión en los términos ya indicados. El giro jurisprudencial de la Corte Constitucional se originó en la sentencia C-258 de 2013 y se consolidó a través de las sentencias SU- 230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-210 de 2017 y SU-395 de 2017, mientras que el nuevo criterio jurisprudencial del Consejo de Estado se definió a través de la sentencia de la Sala Plena de la Sección Segunda de 28 de agosto de 2018⁵.

En cuanto al Despacho, siempre ha sido del criterio de aplicar la jurisprudencia emanada de la máxima Corporación de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en atención a lo dispuesto a través del artículo 237, numeral 1º, de la Constitución Política, razón por la cual adopta el giro jurisprudencial del Consejo de Estado en materia de interpretación de los incisos segundo y tercero de la Ley 100 de 1993, esto es, que la cuantía de la pensión de los beneficiarios del régimen de transición se rige en cuanto al monto por las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 y en cuanto al ingreso base de liquidación conforme al actual Sistema General de Pensiones.

Dado que el sentido de todo régimen de transición es proteger las

⁵ C.P. César Palomino Cortés, Rad. 52001-23-33-000-2012-00143-01

expectativas legítimas de quienes no alcanzaron a adquirir el derecho pensional bajo las normas salientes, el Consejo de Estado entendió que resultaba forzoso que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 realizará una mixtura entre el sistema de seguridad social entrante y el saliente, para hacer menos traumático el cambio legislativo y aliviar la tensión entre los principios de la seguridad social como el de universalidad, solidaridad y sostenibilidad financiera, y el principio laboral de favorabilidad.

El Consejo de Estado mediante los puntos 51, 87, 88 y 89 de la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, expresó dicho criterio en los siguientes términos:

“51. Ciertamente, la Ley 100 de 1993, en su artículo 36, estableció el régimen de transición como mecanismo de protección frente al impacto del tránsito legislativo en materia pensional para quienes no hubieren consolidado el derecho a la pensión durante la vigencia normativa anterior, pero estaban próximos a cumplir los requisitos para ello, caso en el cual se les mantendrían algunos presupuestos para acceder a la pensión en condiciones particulares, más favorables y diferentes frente a quienes fueran cobijados por el Sistema General de Pensiones.

86. Como se dijo en párrafos anteriores el régimen de transición prorrogó la vigencia de todos los regímenes pensionales anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, otorgando efectos ultractivos a algunos elementos constitutivos de dichos regímenes para aquellas personas que se encontraban afiliadas a los mismos y que estaban próximas a adquirir el derecho pensional. Tales elementos son la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.

87. Para establecer el monto de la pensión, el legislador, en este caso de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de su libertad de configuración, fijó un elemento, el IBL, que cumpliría con la finalidad no solo de unificar la base de la pensión para todos aquellos que estaban próximos a pensionarse, sino como manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones; máxime teniendo en cuenta que el periodo de transición abarcaría varias décadas.

88. Como toda reforma pensional implica un cambio de las condiciones para acceder a la pensión, es importante que ese cambio no resulte traumático o desafortunado para aquellas personas que, si bien no alcanzaron a consolidar su derecho pensional bajo el régimen anterior, sí estaban próximos a adquirir tal derecho y venían cotizando con la confianza legítima que se pensionarían en las condiciones que los cobijaban.

89. Entonces la razonabilidad de ese cambio legislativo está en poder conciliar la finalidad que motiva la reforma pensional con la confianza y la expectativa de los ciudadanos que están próximos a pensionarse, es decir, garantizar el interés general sin sacrificar del todo el interés particular. Es importante precisar que un cambio en el sistema de pensiones necesariamente implica el establecimiento de requisitos y condiciones, en principio, menos favorables, para adquirir la pensión, por eso se requiere un periodo de transición que permita implementar de manera ponderada y equilibrada el nuevo régimen, concretamente, para aquellas personas que, bajo las condiciones legales anteriores, podrían adquirir su pensión en un corto periodo de tiempo.

En este orden de ideas, se concluye que los beneficiarios del régimen de transición tiene derecho a que el régimen anterior a la Ley 100 de 1993, al cual se encontraban afiliados, se les aplique en cuanto a la requisitos para acceder a la pensión – edad y tiempo de servicios. Sin embargo, en lo concerniente a la cuantía, ellos únicamente tienen derecho al monto establecido en la norma con la cual acceden a la pensión, pues el ingreso base de liquidación se establece conforme al régimen entrante, este es, la Ley 100 de 1993.

Adicionalmente, el Consejo de Estado precisó que la regla general de que el ingreso base de liquidación (IBL) de la Ley 100 de 1993 forma parte del régimen de transición, se dividen en dos subreglas, a saber: (i) que el ingreso base de liquidación corresponde al tiempo que le hiciera falta al interesado para pensionarse en vigencia de la Ley 100 de 1993 sin pasar de diez (10) años, y (ii) que tales ingresos sólo incluye los factores sobre los cuales se realizaron aportes o cotizaciones al Sistema. Textualmente, los puntos 92, 93 y 96 de la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 exponen dichos criterios en los siguientes términos:

“92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes subreglas:

94. La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

96. La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.”

En este orden de ideas, el Consejo de Estado consideró necesario expresar que la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 desplazaba lo establecido en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, según la cual se podían incluir factores sobre los cuales no se cotizó porque éstos se podían descontar al momento de reliquidar la pensión. Al respecto, en la sentencia de 28 de agosto de 2018 discurrió así:

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.

Así las cosas, el ingreso base de la liquidación de los beneficiarios del régimen de transición se determina con base los factores base de cotización realizados en el tiempo que le hiciera falta al interesado para pensionarse en vigencia del actual Sistema General de Pensiones, sin pasar de diez (10) años, pues en tal caso, la mesada corresponde al promedio de los factores cotizados durante los diez (10) años anteriores al retiro del servicio, conforme lo establece el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Esto significa, que las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 en lo concerniente a la cuantía de la pensión, únicamente se consultarán para establecer el monto (porcentaje o tasa de reemplazo) sobre el cual se liquida la prestación de los beneficiarios del régimen de transición.

Ello es igual a decir, que el régimen común de la Ley 33 de 1985 y los regímenes especiales que configuraban el antiguo sistema de seguridad social, sólo se aplicarán en cuanto al porcentaje porque este fue el único aspecto de la cuantía que protegió el régimen de la transición de la Ley 100 de 1993.

Con base en estos planteamientos, el Despacho abordará el caso estableciendo si la parte actora es beneficiaria del régimen de transición, luego si bajo el régimen al cual se encontraba afiliado al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 cumplió con los requisitos de edad y tiempo de servicios antes del 31 de diciembre de 2014, para finalmente determinar si la entidad aplicó la cuantía de forma escindida (monto de la normas anteriores a la Ley 100 e ingreso base de liquidación del Sistema General de Pensiones), conforme al nuevo criterio jurisprudencial del Consejo de Estado establecido a través de la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018.

III. EL CASO CONCRETO

La señora Carmen Alicia Garzón Pinto reúne las condiciones para ser considerada beneficiaria del régimen de transición, pues tenía más de 35 años de edad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 – 1º de abril de 1994 – de acuerdo con el registro civil de nacimiento que obra en el expediente administrativo en medio magnético, según el cual la actora nació el 7 de abril de 1958.

Asimismo, se aprecia que la señora Carmen Alicia Garzón Pinto se encontraba afiliado al régimen público especial de la Rama Judicial, previsto en el Decreto 546 de 1971, al entrar a regir la Ley 100 de 1993 - 1º de abril de 1994. Esta afirmación se sustenta en el certificado de información laboral de la Rama Judicial allegado al expediente, según el cual la demandante ingresó a la Rama Judicial a partir del 16 de agosto de 1982 (folio 26).

Conforme al Acto Legislativo 1º de 2005, se logró establecer que antes del 31 de julio de 2010 la señora Carmen Alicia Garzón Pinto reunió requisitos establecidos en el artículo 6º del Decreto 546 de 1971, esto es, los 50 años de edad y los 20 años de servicios continuos o discontinuos en entidades públicas “de los cuales 10 hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o ambas actividades”. En efecto, los 20 años de servicios los cumplió el 16 de agosto de 2002 y posteriormente, el 7 de abril de 2008 se cumplieron 50 años de edad.

En tal virtud, la actora tiene derecho a que la pensión se liquide con base en el monto establecido en el artículo 6° del Decreto 546 de 1971 y el ingreso base de liquidación de la Ley 100 de 1993, es decir, en el equivalente al 75% de los factores sobre los cuales cotizó durante los últimos diez (10) años de servicios, conforme al criterio unificado de la jurisprudencia de las altas Cortes arriba citadas.

Al momento de reconocerle la pensión mediante la Resolución 21989 de 10 de junio de 2009, la Administradora Colombiana de Pensiones liquidó el derecho en el equivalente al 75% del salario base de los aportes durante los diez (10) últimos años de servicios (folios 2 al 7).

La actora solicitó la reliquidación de la pensión con base en el 75% de todos los factores devengados en el último año de servicios, de acuerdo con la petición correspondiente al radicado 2014-514-143089-2 de 30 de junio de 2014 (folios 11 al 19).

Colpensiones le negó la solicitud de reliquidación de la pensión mediante la Resolución 27554 de 9 de septiembre de 2014, la cual confirmó a través de la Resolución RDP 353545 de 20 de noviembre de 2014 que desató el recurso de apelación, con fundamentó en que el régimen de transición no protegió el ingreso base de liquidación sino sólo el monto, de acuerdo con la comentada jurisprudencia de la Corte Constitucional (folios 20 al 24).

Si bien es cierto, la anterior actuación administrativa se surtió cuando la jurisprudencia del Consejo de Estado consideraba que tanto el monto como el ingreso base de liquidación se regían por el Decreto 546 de 1971, la demandante no tenía un derecho adquirido a la aplicación de dicha línea jurisprudencial sino una mera expectativa porque las altas Cortes tienen la potestad de adecuar los criterios jurisprudenciales a los postulados de la Constitución y la ley, y por ello, el Despacho aplicará la jurisprudencia vigente al momento de proferirse la presente providencia – sentencia de 28 de agosto de 2018 - que se adhirió a las posturas de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional en el sentido que el régimen de transición sólo protegió el monto, más no el ingreso base de liquidación.

No obstante, el Despacho entrará a revisar si la entidad computó los factores sobre los cuales cotizó la demandante durante los diez (10) últimos años al retiro del servicio, esto es, entre el 1° de enero de 2004 y el 31 de diciembre de 2013, como se desprende de la Resolución 60 de 5 de febrero de 2014 “Por la cual se acepta una renuncia y se desvincula a un empleado” y certificado laboral en armonía

con el certificado salarial, según los cuales la señora Carmen Alicia Garzón Pinto prestó servicios hasta el 4 de febrero de 2014 con suspensión del 1º enero al 4 de febrero de 2014, inclusive (folios 10 y 26, respectivamente).

En tal sentido, los certificados de salarios que obran en el expediente informan que la señora Carmen Alicia Garzón Pinto devengó mensualmente los siguientes emolumentos mensuales: sueldo básico, prima de antigüedad, auxilio de transporte, incrementos del 2.5% y el subsidio de alimentación; y como pagos anuales los siguientes: la bonificación por servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de productividad, vacaciones e indemnización de vacaciones.

De estos emolumentos, el Decreto 1158 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993 determinó que el sueldo básico, la prima de antigüedad y bonificación por servicios integran la base de cotización para pensión. En cuanto al incremento del 2.5% se observa que el artículo 17 del Decreto 57 de 1993 lo creó para los empleados de la Rama Judicial que no se acogieron al nuevo régimen del Decreto 57 de 1993, y por ello, la precitada norma dispuso que ellos – los no acogidos como la actora – “tendrán derecho a un incremento del dos punto cinco por ciento (2.5%) sobre la asignación básica mensual que tenían a 31 de diciembre de 1992”. Entonces, como hace parte de la asignación básica se computa para pensión por disposición del Decreto 1158 de 1994.

Lo anterior conlleva decir que el Decreto 1158 de 1994 excluyó de la base de liquidación los demás emolumentos certificados, es decir, el auxilio de transporte y el subsidio de alimentación, y las primas de navidad, de vacaciones, de servicios, de productividad, las vacaciones y la indemnización de vacaciones.

Al confrontar los emolumentos que debieron incluirse para pensión con los contabilizados por la entidad al momento de reconocer la prestación, se observa que la entidad computó todos aquellos conceptos establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Ello es igual a decir que la administración actuó conforme a la legalidad al negar la reliquidación de la pensión a través de los actos acusados, por lo cual se declararan probadas las excepciones de fondo propuestas con la contestación de la demanda que no se relacionaban con la existencia del derecho, y se negarán las pretensiones de la demanda.

El Despacho no condenará en costas a la parte vencida porque la administración no demostró los gastos procesales en que incurrió para adelantar el presente juicio, ni lo pagado por concepto de agencias en derecho, de acuerdo con lo establecido en el artículo 365, literal 8, del CGP, aplicable por remisión del artículo 188 del CPACA, y lo determinado por la jurisprudencia del Consejo de Estado⁶ en materia de costas.

Por lo expuesto, el JUZGADO VEINTIUNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, SECCION SEGUNDA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

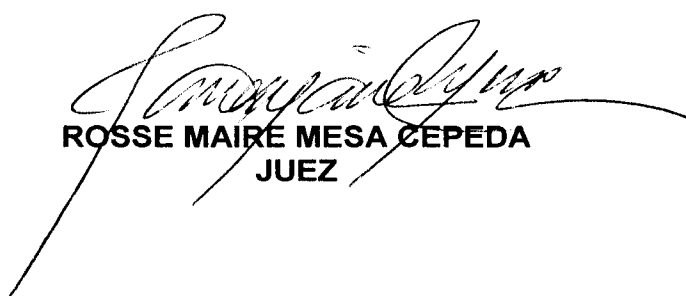
Primero. Se declaran fundadas las excepciones de presunción de legalidad de los actos administrativos e inexistencia de la obligación, propuestas con la contestación de la demanda, por las razones aquí expuestas.

Segundo. Se niegan las pretensiones de la demanda, conforme a los razonamientos consignados a lo largo de este proveído.

Tercero. Sin costas.

Cuarto. Líquidense los gastos del proceso y archívese el expediente. Los remanentes se deben reclamar dentro del término de ley, so pena de la prescripción.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase


ROSSE MAIRE MESA CEPEDA
JUEZ

gpg

⁶ Sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, Rad. 23001 23 33 000 2013 00260 01 (0088-2015), reiterada mediante sentencia de 30 de marzo de 2017, C.P. Rad. 05001-23-33-000-2013-01508-01(3048-15), C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.