



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., siete (7) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2018-00080-00
Demandante: Mary Cielo Jiménez Trujillo
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia
de primera instancia – RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por la señora Mary Cielo Jiménez Trujillo en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la señora Mary Cielo Jiménez Trujillo, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. SUB 210774 del 28 de septiembre de 2017 y DIR 21102 del 22 de noviembre de 2017, mediante los cuales la entidad accionada negó la reliquidación pensional solicitada.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES, a:

Reliquidar la pensión de vejez de la parte actora en cuantía del 75% de todo lo devengado en el último año de servicios de conformidad con la Ley 71 de 1988, por ser beneficiaria del régimen de transición.

Condenar a la entidad accionada a reconocer y pagar la reliquidación de la pensión de vejez de la parte actora, teniendo en cuenta el promedio de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, lapso comprendido entre el 20 de julio de 2013 hasta el 19 de julio de 2014 tales como asignación

básica, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, prima de servicios y prima de navidad con efectos fiscales a partir del 20 de julio de 2014.

Condenar al sujeto pasivo al reconocer y pagar indexadamente las diferencias generadas entre lo que se canceló y se debió pagar con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios junto con las costas y agencias en derecho.

Condenar a la accionada a cumplir la sentencia conforme los términos de los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fl. 30):

La accionante nació el 20 de febrero de 1958, por lo que a la fecha cuenta con 59 años de edad.

A través de la Resolución No. GNR 32669 del 12 de febrero de 2015 COLPENSIONES, ordenó el reconocimiento y pago de pensión de vejez a favor de la parte actora efectiva a partir del 20 de julio de 2014, sin incluir la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

En virtud de lo anterior, el 20 de septiembre de 2017 la demandante en ejercicio de derecho de petición solicitó la reliquidación de su pensión de vejez con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, petición que fue negada por la entidad accionada mediante los actos acusados.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 57 a 73).

La apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

Afirmó que la entidad que representa liquidó la pensión de la actora con fundamento en las normas y disposiciones legales previstas para las pensiones cobijadas por el régimen de transición.

Manifestó que al establecer el ingreso base de liquidación de las pensiones que reconoce la Administradora, se tiene en cuenta la disposición contenida en la Ley 100 de 1993.

Finalmente, señaló que las pensiones cobijadas por el régimen de transición se deben liquidar con base en la disposición de la Corte Constitucional, para lo cual como sustento jurisprudencial citó las sentencias proferidas por la Máxima Corporación Constitucional.

De otro lado, propuso las excepciones de: (i) *"COBRO DE LO NO DEBIDO"*, en consideración a que la entidad reconoció la prestación de la parte actora con fundamento en la normatividad vigente y de acuerdo con los principios generales de favorabilidad en edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto pensional; (ii) *"PRESCRIPCIÓN"*, contada tres años atrás desde la fecha en que se hizo la respectiva reclamación; (iii) *"BUENA FE"*, al señalar que la entidad que representa en todas sus actuaciones se somete al imperio de la Constitución Política y la Ley; (iv) *"GENÉRICA O INOMINADA"*; con el fin de que se declare la prosperidad de las excepciones que se encuentren probadas en el transcurso del proceso y (v) *"INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO"*, por cuanto no ha nacido a la vida jurídica obligación de la Administradora, toda vez que la entidad liquidó la pensión de la actora con base en lo consagrado en el Acto Legislativo 01 de 2005.

DECISIÓN DE EXCEPCIONES: Las denominadas *"COBRO DE LO NO DEBIDO"*, *"BUENA FE"* e *"INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO"*, encuentra el Despacho que las consideraciones que las sustentan no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad demandada que serán examinados junto con el fondo del asunto objeto de controversia, motivo por el cual no constituyen excepciones de mérito, pues la finalidad de éstas es probar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto, circunstancia que no se presenta en éste caso, ante lo cual el Despacho procederá a proferir fallo que resuelva la controversia.

En cuanto a la excepción de prescripción, el Despacho advierte que será resuelta en el evento de que prosperen las pretensiones de la demanda.

Finalmente, no se encuentran excepciones que deban ser declaradas de oficio en esta etapa procesal.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En la audiencia inicial llevada a cabo el 24 de octubre de 2018 (fl.85), se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, la parte actora intervino del minuto 10 y 50 segundos hasta el minuto 15 y 10 segundo y la demandada del minuto 15 y 20 segundos hasta el minuto 16 y 10 segundos de la grabación visible a folio 89 del expediente.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 24 de octubre del año en curso (Fls. 85 a 87), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en establecer:

- ¿Le asiste derecho a la parte demandante a que su pensión de vejez sea reliquidada o no por la entidad demandada, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios en aplicación de la Ley 71 de 1988?

2. ACERVO PROBATORIO.

2.1. Copia simple de la Resolución No. SUB 210774 del 28 de septiembre de 2017, mediante la cual COLPENSIONES negó al demandante la reliquidación de la pensión de vejez, con su respectiva constancia de notificación (Fls. 4 a 8).

2.2. Copia simple de la Resolución No. DIR 21102 del 22 de noviembre de 2017, por la cual se resolvió un recurso de apelación en el sentido de confirmar en todas sus partes la anterior decisión, con su respectiva constancia de notificación (Fls.9 a 13).

2.3. Certificación en la que se relacionan los factores salariales devengados por la accionante en el último año de servicios, tiempo de servicios prestados y la calidad en que se hizo (Fls. 14 a 17).

2.4. Reporte de semanas cotizadas por la accionada (Fl.18 a 20).

2.5. Resolución No. 32669 del 12 de febrero de 2015, mediante el cual COLPENSIONES, ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la demandante (Fls. 21 a 24).

2.6. Copia de la cedula de ciudadanía de la accionante (Fl.26)

2.7. Medio magnético que contiene los antecedentes administrativos de la demandante (Fl. 56).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso estudiar el precedente jurisprudencial como regla de derecho vinculante y determinar las sentencias del Consejo de Estado y la Corte Constitucional que hayan señalado la forma en la cual se calcula el ingreso base de liquidación de las pensiones de las personas que son beneficiarias del régimen de transición.

Precedente Jurisprudencial como regla de derecho vinculante.

El precedente jurisprudencial como regla de derecho vinculante tiene sus antecedentes en la Ley 61 de 1886 y el artículo 4º de la Ley 169 de 1986 al establecerse que tres decisiones uniformes proferidas por la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación constituirán doctrina probable y por lo tanto los jueces al resolver un asunto análogo a esa doctrina probable podrían aplicar la ratio decidendi determinada por la Corte.

Con la expedición de la Constitución Política el concepto de precedente tomó fuerza bajo la aplicación de los artículos 13 (derecho a la igualdad), 85 (principio de buena fe y confianza legítima) y el artículo 230 que estableció el sistema de fuentes en el Sistema Jurídico Colombiano.

Así las cosas, la obligatoriedad del precedente para todas las autoridades administrativas y judiciales se encuentra determinada directamente por el artículo 230 de la Constitución Política al establecer que la Ley es fuente de derecho principal y como los jueces interpretan las normas¹, las reglas de derecho que se desprenden de ese análisis son Ley en sentido material que obligan a los operadores jurídicos a resolver un asunto que tiene identidad jurídica, fáctica y causal bajo un mismo sentido; esto en respeto al derecho a la igualdad y los principios de buena fe y confianza legítima.

Por otra parte, la Corte Constitucional ha indicado que el precedente implica que *“un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación.”*²

Por lo tanto, el precedente es horizontal cuando el mismo operador jurídico (colegiado o individual) ha resuelto un caso análogo bajo un sentido propio y es vertical cuando el juez ha emitido una o más decisiones en la misma dirección y con carácter unificador.

En tratándose de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la Ley 1437 de 2011 estableció en los artículos 10³, 102⁴, 256⁵, 269⁶ y 270⁷ mecanismos, recursos y

¹ Bajo una lectura del derecho viviente, esto es que los jueces en su interpretación le otorgan el verdadero funcionamiento a una disposición jurídica, ellos son quienes basados en un ejercicio de subsunción aplican una disposición normativa y le dan vida. Para el efecto ver la sentencia C-557 de 2001.

² T- 158 de 2006. Ver también las sentencias T- 1317 de 2001, SU-049 de 1999, SU-1720 de 2000, C-252 de 2001, T-468 de 2003, T-292 de 2006, C-820 de 2006 y T-162 de 2009.

³ ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

formas de aplicación de la sentencias de unificación que permiten que tanto en sede administrativa como judicial se utilice de forma vinculante esos pronunciamientos dictados por el órgano de cierre de esta Jurisdicción y sea este mismo quien se encargue de ejercer una inspección y vigilancia sobre su aplicación.

Igualmente, el Código General del Proceso dispuso en su artículo 7º que los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley, y deben tener en cuenta la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Por todo lo expuesto, resulta claro que este Despacho se encuentra sometido a dar cumplimiento tanto al precedente vertical (dictado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional) y a su precedente horizontal.

Régimen de Transición y el precedente jurisprudencial respecto a la forma de aplicar el Índice Base de Liquidación de las pensiones de las personas beneficiarias de ese régimen.

Sobre el régimen de transición, la Ley 100 de 1993 *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*, en su artículo 36 consagró:

"ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas 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

⁴ ARTÍCULO 102. EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO A TERCEROS POR PARTE DE LAS AUTORIDADES. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

⁵ ARTÍCULO 256. FINES. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia tiene como fin asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales.

⁶ ARTÍCULO 269. PROCEDIMIENTO PARA LA EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO A TERCEROS. Si se niega la extensión de los efectos de una sentencia de unificación o la autoridad hubiere guardado silencio en los términos del artículo 102 de este Código, el interesado podrá acudir ante el Consejo de Estado mediante escrito razonado, al que acompañará la copia de la actuación surtida ante la autoridad competente.

⁷ Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

Ley. (...)" (Negrilla fuera de texto).

Conforme la norma transcrita, se tiene que el régimen de transición es un beneficio para aquellas personas que al cumplir los requisitos de edad o tiempo de servicios al 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la citada Ley, en lo atinente a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión de vejez, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

En consideración a lo precedido, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, el régimen pensiones por aportes se encontraba regulado por la Ley 71 de 1988 que en su artículo 7º dispuso:

*"ARTICULO 7o. A partir de la vigencia de la presente Ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, **tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.***

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas". (Negrillas fuera de texto)

Disposición reglamenta por el Decreto 1160 de 1989, que en su artículo 20 estableció:

"Pensión de jubilación por aportes. La pensión a que se refiere el artículo 7o. de la ley 71 de 1988 se denomina pensión de jubilación por aportes. Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón y 55 años o más de edad si se es mujer, acrediten 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las demás entidades de previsión y gozarán de ella quienes se hubieren retirado del servicio o desafiliado de los seguros de invalidez, vejez y muerte, y accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

No tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes:

- a) Las personas que al 19 de diciembre de 1988 hubiesen cumplido 50 años de edad si se es varón y 45 años de edad si se es mujer y tengan 10 años o más de cotizaciones en una o varias de las entidades de previsión;*
- b) Las personas que en cualquier época acrediten 20 años o más de servicios continuos o discontinuos en entidades oficiales del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal o distrital.*
- c) Las personas que en cualquier época acrediten 1.000 o más semanas de cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales;*
- d) Las personas que hubieren adquirido el derecho o estén disfrutando pensión de jubilación o de vejez".*

No obstante, el Decreto 2709 del 13 de diciembre de 1994, derogó en su integridad el artículo que precede.

Así las cosas, se estableció que la denominada pensión por aportes, es aquella que la integran los tiempos de cotización tanto del sector público como del sector privado, y como requisito para acceder a la mentada prestación, se requiere que los empleados públicos o trabajadores oficiales acrediten haber cumplido 55 años, en caso de las mujeres o 60 años, en caso de los hombres y 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades de previsión social, y ante el Instituto de Seguros Sociales.

Ahora, en lo que refiere al ingreso base de liquidación de la pensión por aportes, el artículo 9º de la Ley 71 de 1988, discurrió:

*"Artículo 9 .- Las personas pensionadas o con derecho a la pensión del sector público en todos sus niveles que no se hayan retirado del servicio de la entidad, tendrán derecho a la reliquidación de la pensión, **tomando como base el promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social.***

(...)"

(Negrillas fuera de texto)

Por su parte, el artículo 8º del Decreto 2709 de 13 de diciembre de 1994, señaló:

"Artículo 8º. Monto de la pensión de jubilación por aportes. El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75% del salario base de liquidación. El valor de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley."

A su vez, el artículo 6º ibídem, preceptuó:

"Artículo 6º. Salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes. El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley.

Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá certificar lo pagado por los citados conceptos durante el período correspondiente."

No obstante, el citado artículo fue derogado por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, generándose de esta manera un vacío normativo en relación con el ingreso base de liquidación a tener en cuenta para liquidar la pensión por aportes.

Al respecto, la Sala de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en el expediente con número de radicado 2427-2011, en sentencia de 15 de mayo de 2014, con ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve, declaró la nulidad del artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, bajo los siguientes argumentos:

"(...) Como se observa, con la derogatoria del artículo 6 del Decreto 2709 de 1994 que regulaba el salario base de la liquidación de la pensión por aportes, se generó un vacío normativo, pues aunque la pensión por aportes continúa aplicándose en virtud del régimen de transición, la norma reglamentaria que regulaba su forma de liquidación fue excluida del ordenamiento jurídico.

Así dicha actuación del Gobierno Nacional, desconoce que el legislador le había impuesto el mandato de reglamentar los términos y condiciones para el reconocimiento de la pensión por aportes, situación que obligó a remitirse a la Ley 100 de 1993 que tiene condiciones menos favorables que la norma derogada.

En este orden, es clara la configuración de omisión normativa; a este respecto se considera pertinente resaltar la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando ha explicado la omisión legislativa relativa, al indicar que ésta se estructura "cuando el legislador incumple una obligación derivada de la Constitución que le impone adoptar determinada norma legal; en efecto, al respecto esta Corporación ha dicho que este tipo de omisión "está ligado, cuando se configura, a una "obligación de hacer", que supuestamente el Constituyente consagró a cargo del legislador, el cual sin que medie motivo razonable se abstiene de cumplirla, incurriendo con su actitud negativa en una violación a la Carta." (...)

Así, en el presente caso, tratándose de una situación análoga a nivel reglamentario, se destaca que la norma que disponía el salario base para la liquidación de la pensión por aportes fue derogada, situación que originó un vacío normativo y obligó a remitirse a la Ley 100 de 1993, aún cuando el legislador dispuso que el Gobierno Nacional debía reglamentar las condiciones para el reconocimiento y pago de la pensión por aportes (inc. 2, art. 7, Ley 71 de 1988).

*Visto lo anterior, la derogatoria del artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, desconoció no solamente la Ley 71 de 1988; sino también la Ley 100 de 1993, ya que ésta previó un régimen de transición, como un mecanismo de protección ante un tránsito legislativo para las personas que tenían la expectativa de adquirir su derecho pensional bajo una normatividad anterior, en este sentido no puede el ejecutivo en virtud del ejercicio de la facultad reglamentaria reducir de manera desproporcionada e irrazonable los beneficios de la normatividad pensional anterior, pues dejaría sin eficacia la finalidad del régimen de transición pensional.
(...)"*

Así las cosas, en virtud de la declaratoria de nulidad del artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, es posible dar aplicación al artículo 6° del Decreto 2709 de 13 de diciembre de 1994, en el sentido de establecer el ingreso base de liquidación para efectos de liquidar las pensiones por aportes.

Ahora bien, se advierte que el régimen de transición estuvo vigente hasta el 31 de julio de 2010 por disposición del Acto legislativo No. 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, al determinar que después de esa fecha todas las personas a efectos del reconocimiento y pago de las pensiones se regirían por las disposiciones del sistema general de pensiones. No obstante, resaltó que los trabajadores que tuvieran 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios se les permitirían mantener el régimen transicional hasta el año 2014. Al respecto, el párrafo transitorio 4° señaló:

*"(...) **Parágrafo transitorio 4°.** El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".*

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen (...)"

En efecto, se advierte que el régimen de transición finalizó en el año 2014, fecha para la cual, las personas que se encontraran cobijadas por el mismo y cumplieran los requisitos tendrán derecho a la pensión en los términos del régimen anterior, esto es, respecto a los requisitos de edad, tiempo de servicios, semanas de cotización y tasa de reemplazo. Igualmente, dispuso que en caso de que el beneficiario del régimen transicional no haya cumplido con los requisitos al año 2014, le será aplicable para efectos de reconocimiento pensional el establecido en la Ley 100 de 1993.

Posteriormente, el Consejo de Estado –Sección Segunda, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, en el expediente No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), en providencia de 4 de agosto de 2010, unificó el criterio en cuanto a los factores que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, llegando a la conclusión que para determinar esa base no sólo los factores señalados taxativamente en la norma son la que lo integran sino todos

aquellos percibidos durante el último año de servicios como contraprestación a la labor.

A partir de ese momento y de manera uniforme todas las autoridades y jueces administrativos a nivel nacional mantuvieron pacíficamente la tesis que las personas beneficiarias del régimen de transición y cuyo régimen estaba regulado por la Ley 71 de 1988, tenían derecho a percibir una pensión con una tasa de reemplazo del 75% y la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios por lo que el análisis jurídico se centró en determinar qué factores debían o no ser incluidos dentro del IBL, atendiendo si el emolumento pretendido retribuía habitual y periódicamente la prestación personal del servicio.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-210 de 2017, SU-631 de 2017, SU-395 de 2017⁸, SU-023 de 2018, T-328 de 2018 y T-018 de 2018, determinó que el régimen de transición se establece respecto a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, sin tener en cuenta el concepto del IBL por lo que el mismo debe liquidarse conforme a lo señalado en los artículos 21 y 36 inciso 3º de la Ley 100 de 1993, es decir, si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el IBL será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o 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 y si faltare más de diez (10) años, el IBL será el promedio de lo devengado en los últimos diez (10) años o de toda la vida laboral actualizado según resulte más beneficioso al interesado, calculo que efectivamente se debe realizar teniendo en cuenta los factores sobre los cuales se hicieron aportes pensionales.

Finalmente, el Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación dictada por importancia jurídica del 28 de agosto de 2018 dentro del proceso No. 52001-23-33-000-2012-00143-01, M.P. César Palomino Cortés, rectificó la posición adoptada por esa Corporación – Sección Segunda en la

⁸ Con la expedición de la sentencia SU – 395 de 2017, se genera en criterio del Juzgado la primera sentencia que es precedente plenamente a aplicable a los asuntos que conoce la Jurisdicción Contenciosa Administrativa respecto al régimen de transición del que son beneficiarios los servidores públicos, distintos a los magistrados de altas cortes y congresistas, para quienes ya existía precedente, toda vez que en esa providencia se estudió unas acciones de tutelas de personas que gozaban del régimen transición (Ley 33 de 1985) y especiales INPEC y Contraloría General de la República, para concluir que a efectos del reconocimiento, liquidación y reliquidación de las pensiones de los servidores públicos el IBL no hace parte del régimen transicional por lo cual debe tenerse en cuentas las reglas generales de la Ley 100 de 1993.

sentencia del 4 de agosto de 2010, para determinar que conforme a los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, las prestaciones pensionales de las personas que siendo beneficiarias del régimen transicional, el IBL debe determinarse conforme a las previsiones de la Ley 100 de 1993 sobre los factores salariales que efectivamente se aportó al sistema.

Al respecto, la sentencia en mención señaló:

“99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

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.”
(Subraya fuera de texto)*

Bajo ese discurrir argumentativo, el Consejo de Estado, en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación referida fijó las siguientes reglas jurisprudenciales:

"1. 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.

2. 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.

3. 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"

Respecto a la aplicación de ese precedente, el Consejo de Estado, en la misma sentencia, estableció que las reglas jurisprudenciales se aplicarán retrospectivamente por las autoridades administrativas y judiciales, es decir, que para los casos que se encuentren en trámite judicial o en actuaciones ante la administración los cobija completamente lo dispuesto por esa Corporación, mientras que, las situaciones ya consolidadas son derechos adquiridos e hicieron tránsito a cosa juzgada.

Sobre el particular, se consagró:

"115. La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

116. Para la Sala, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la

Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia."

Conforme lo anterior, se tiene que según el precedente de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado el régimen de transición: (i) se encuentra establecido respecto a la edad, tiempo de servicio y tasa de reemplazo; (ii) el Ingreso Base de Liquidación de las personas beneficiarias del régimen de transición y cuya pensión está regulada por las previsiones de la Ley 71 de 1988, debe liquidarse con base en lo dispuesto en los artículos 21 y 36 inciso 3° de la Ley 100 de 1993 y; (iii) los factores salariales a tener en cuenta a efectos de la determinación del IBL serán aquellos sobre los cuales se haya efectivamente cotizado, ello en respeto al principio de sostenibilidad financiera, solidaridad, universalidad y eficiencia del Sistema de Pensiones.

CASO CONCRETO.

La señora Mary Cielo Jiménez Trujillo actuando a través de apoderado judicial, depreca la nulidad de las Resoluciones Nos. SUB 210774 del 28 de septiembre de 2017 y DIR 21102 del 22 de noviembre de 2017 mediante los cuales la accionada negó la reliquidación solicitada.

La actora pide la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios, en virtud de la aplicación integral de la Ley 71 de 1988, por considerar que es beneficiaria del régimen de transición.

Ahora bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición según el cual *"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."*

El Acto Legislativo 01 de 2005 estableció que el régimen transicional contenido en la Ley 100 de 1993, no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en

vigencia del anotado Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá ese régimen hasta el año 2014.

En efecto, para establecer si la actora tiene derecho a que se le aplique el régimen de transición es necesario determinar si: (i) para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 cumplía con los requisitos señalados en el artículo 36 de esa disposición (ii) una vez cumplido lo anterior, verificar si a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 la accionante tenía cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo y; (iii) establecer si al 31 de diciembre de 2014 la señora Mary Cielo Jiménez Trujillo había cumplido en su totalidad los requisitos para acceder a su pensión de vejez con base en el régimen de transición.

En ese orden de ideas, la Ley 100 de 1993 entró en vigencia a partir del 1º de abril de 1994 para los empleados del orden nacional, fecha para la cual la señora Mary Cielo Jiménez Trujillo tenía 36 años de edad, pues nació el 20 de febrero de 1958, tal como se evidencia de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 26 del plenario, motivo por el cual se concluye que hace parte del régimen de transición establecido en el artículo 36 ibídem.

Por otra parte, el 25 de julio de 2005 entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, fecha para la cual la accionante había cotizado más de 750 semanas conforme se advierte de la Resolución No. SUB 210774 del 28 de septiembre de 2017 (fls.5 a 8), por lo que al cumplir con los requisitos para adquirir la pensión de vejez, COLPENSIONES reconoció esa prestación a través de la Resolución No. 32669 del 12 de febrero de 2005 efectiva a partir del 20 de julio de 2014 (fl.23).

En efecto, se concluye que la actora es beneficiaria del régimen de transición, por lo que al haber realizado aportes al Sistema Pensional como empleada pública y trabajadora en el sector privado (fls.5 y 6) le es aplicable la Ley 71 de 1988 a efectos del reconocimiento pensional, respecto a la edad, tiempo y tasa de reemplazo, mientras el ingreso base de liquidación se determina según lo dispuesto en las sentencias de unificación de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado citadas en el marco jurisprudencial de la presente providencia, esto es, según lo consagrado en los artículos 21 y 36 inciso 3º de la Ley 100 de 1993.

Conforme lo anterior, se tiene que la accionada respecto al régimen de transición de la demandante, toda vez que con base en la Ley 71 de 1988 determinó los requisitos de edad, tiempo de aportes y tasa de reemplazo, mientras el IBL lo calculó conforme a lo cotizado en los últimos 10 años de servicio en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, tal como se observa de la Resolución No. 32669 del 12 de febrero de 2005 visible a folio 23 del plenario.

En ese orden de ideas, se resalta que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, toda vez que según las subreglas jurisprudenciales dictadas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en sede de unificación que tienen el carácter de vinculantes y de obligatorio cumplimiento para el Despacho en virtud de lo consagrado en los artículos 13, 85 y 230 de la Constitución Política, artículos 10, 102, y 270 de la Ley 1437 de 2011 y 7° del Código General del Proceso, el ingreso base de liquidación se determina conforme a lo cotizado durante los últimos 10 años de servicios, lo que hiciera falta si es menor de ese período o de toda la vida laboral según corresponda y resulte más beneficioso para el interesado y no con base en lo devengado en el último año de servicios como lo pretende la parte actora.

En esa medida, al no encontrarse fundamentos que logren desvirtuar la presunción de legalidad de la que están investidos los actos acusados y al determinarse que la accionada calculó el IBL de la pensión conforme a las previsiones de la Ley 100 de 1993, se negaran las pretensiones de la demanda.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la parte actora en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, conforme a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Sin lugar a imponer condena en costas.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003), y Archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA
Juez

SA

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy 8 de noviembre de 2018 se notifica la providencia anterior por anotación en el ESTADO No. <u>82</u>.</p> <p> DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>
