

1

LB

LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO PARA
ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO
MAGISTER DERECHO ADMINISTRATIVO

Señor (a)

JUEZ 6 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE TUNJA

E. S. D.

22 NOV 2018

REF.: DEMANDA NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (LESIVIDAD)

DEMANDANTE: COLPENSIONES

DEMANDADO: JAIME LEGUIZAMÓN MORENO

VINCULADO: UNIDAD DE PENSIONES Y PARAFISCALES- UGPP

RADICADO: 15001333300620180002800

33

FALTOS
4/26

Contestación de demanda

LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO, identificada con la cédula de ciudadanía número 46.451.568 de Duitama y tarjeta profesional número 139.667 del Consejo Superior de la Judicatura actuando como apoderada judicial de la **UNIDAD DE PENSIONES Y PARAFISCALES-UGPP**, me permito dar contestación a la demanda de la referencia en los siguientes términos:

I. EN RELACIÓN CON LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Me **OPONGO** a todas y cada una de las pretensiones perseguidas por la entidad demandante debido a que carecen de fundamento jurídico y solicito muy respetuosamente se nieguen las mismas y se condene en costas a la parte actora. En caso contrario, solicito que los efectos fiscales de la posible condena se tomen desde la notificación del fallo y el pago se condicione a la entrega de la primera copia que presta merito ejecutivo por parte del demandante a mi representada.

II. EN CUANTO A LOS HECHOS

DEL PRIMERO AL DÉCIMO QUINTO: Son hechos que no puedo aceptar como ciertos, en atención a que las actuaciones administrativas a que se hacen mención no fueron desarrolladas por la entidad, de manera que las situaciones fácticas expuestas son ajenas a la entidad.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se pierde de vista, que los repararos de la entidad demandante se sustentan en que no existe competencia por parte de la misma, frente a los reconocimientos de pensión de vejez y de sobrevivientes, esta última de la cual es beneficiario el señor Jaime Leguizamón Moreno con ocasión del fallecimiento de la señora Gloria Inés Rodríguez de Leguizamón (q.e.p.d). Pues en sentir de la demandante de conformidad con los decretos 2196 y 5021 de 2009 y 575 de 2013, la cotizante (q.e.p.d) cumplió los requisitos de tiempo de servicios y edad estando afiliada a la otrora CAJANAL.

En tal sentido, se dirá que contrario a lo manifestado si existe competencia de la Administradora Colombiana de Pensiones, frente al reconocimiento y pago del derecho pensional del accionado por las siguientes razones.

2

75

LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO

ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO
MINISTERIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

La Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y, ii) el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

El artículo 52 de la Ley 100 de 1993 asignó al Instituto de los Seguros Sociales ISS, la competencia general para la administración del régimen de Prima Media con Prestación Definida y prohibió la creación de nuevas cajas, fondos o entidades de previsión o de seguridad social, nacionales y territoriales; así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: *'respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan'*, sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley.

En consecuencia la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, respecto de sus afiliados; pero quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPM, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social cuya liquidación se ordenare y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al Instituto de Seguros Sociales ISS, hoy COLPENSIONES.

El Decreto 2196 del 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE y el artículo 4 de esta preceptiva ordenó el traslado de sus afiliados, al Instituto de Seguros Sociales ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia del decreto en mención y, en consecuencia, el traslado se hizo efectivo en el mes de julio de 2009.

El artículo 3 del Decreto 2196 de 2009 dejó a cargo del proceso liquidatorio de CAJANAL EICE el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que habían adquirido el derecho a la pensión en la fecha en que se hiciera efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función sea asumida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP.

La Ley 1151 de 2007 creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del orden nacional, causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por la ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPM con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras.

Por otro lado conviene mencionar que si bien la Ley 100 de 1993 instituyó al Instituto de Seguros Sociales como el administrador natural del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, a partir de la supresión y liquidación del ISS ordenada por el Decreto 2013 de 2012, esa entidad fue relevada por la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, creada por la Ley 1151 de 2007 para, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del Instituto de Seguros Sociales ISS y de CAPRECOM, salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el



3

779

LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO

ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO

derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011, las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias; así, los reconocimientos pensionales fueron asumidos por COLPENSIONES a partir del 28 de septiembre de 2012.

1. COMPETENCIAS DE UGPP:

1. El afiliado consolidó el derecho a la pensión antes del 01 de julio de 2009 y se retiró cotizando a CAJANAL EICE.
2. El afiliado cumple con el estatus jurídico de pensionado antes del 01 de julio de 2009 cotizando en CAJANAL EICE y cotizó al ISS y/o COLPENSIONES como resultado de traslado masivo.
3. El afiliado cuenta con 20 o más años de servicios, efectuando aportes y/o cotizaciones en CAJANAL EICE y se retiró del servicio o se desafilió del Régimen de Prima Media con Prestación Definida antes del 01 de julio de 2009, a la espera del cumplimiento de la edad, sin haberse afiliado al ISS o al RAIS.
4. El afiliado continuó cotizando a CAJANAL EICE en Liquidación con posterioridad a la fecha del traslado masivo de afiliados y cumplió los requisitos después del 30 de junio de 2009, cotizando en CAJANAL EICE.
5. El afiliado adquirió el derecho a la pensión de jubilación por aportes cotizando a CAJANAL EICE y contaba con más de seis años de cotizaciones o aportes en esa entidad.
6. El afiliado adquirió el derecho a la pensión de jubilación por aportes y reunía en CAJANAL EICE el mayor tiempo aportado, cuando en la última entidad de previsión o seguridad social no reunía un mínimo de seis años de cotizaciones o aportes.

2. COMPETENCIAS DE COLPENSIONES:

1. El afiliado reúne 20 o más años de servicios aportados y/o cotizados con CAJANAL EICE, pero fue objeto de **traslado masivo** y cumplió el requisito de edad con posterioridad al 30 de junio de 2009, cotizando al ISS y/o COLPENSIONES.
2. Cumplió el tiempo de servicio aportando y/o cotizando a CAJANAL EICE, pero se **trasladó voluntariamente** al ISS antes del 01 de julio de 2009 y cumplió la edad estando afiliado al ISS y/o COLPENSIONES.
3. El afiliado objeto de traslado masivo, cumplió el tiempo de servicio con posterioridad al 01 de julio de 2009 afiliado a COLPENSIONES.
4. El afiliado objeto de traslado masivo, cumplió ambos requisitos cotizando al ISS y/o COLPENSIONES.

Sin perjuicio de las reglas anteriores, ya definidas por el Consejo de Estado, también será de competencia de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, la decisión de las solicitudes de pensión, en los siguientes casos:

1. Afiliados que fueron objeto de traslado masivo al ISS por la liquidación de CAJANAL EICE, después de julio de 2009 cotizaron algunos ciclos en el ISS y/o COLPENSIONES, se retiraron y



LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO

ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
 ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
 ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO
 MINISTERIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

adquirieron el derecho estando retirados. En este caso se considera que el reconocimiento de la pensión corresponde a COLPENSIONES, si se tiene en cuenta que fue la última entidad administradora a la que estaba afiliado el (la) interesado (a) y en la que se sufragaron las cotizaciones, antes del cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo de servicios o número de semanas cotizadas exigidas en la ley.

2. Afiliados que adquirieron el derecho a la pensión de jubilación por aportes cotizando en el ISS y/o COLPENSIONES y contaban con más de seis años de cotizaciones o aportes en esa administradora.

3. Afiliados que adquirieron el derecho a la pensión de jubilación por aportes y reunían en el ISS y/o COLPENSIONES el mayor tiempo aportado, cuando en la última entidad de previsión o seguridad social no reunía un mínimo de seis años de cotizaciones o aportes.

La supresión del ISS se contempló en el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007, disposición que igualmente creó la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones-, como la entidad pública administradora del régimen de prima media con prestación definida:

“Artículo 155. De la Institucionalidad de la Seguridad Social y la Administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Con el fin de garantizar la actividad de aseguramiento en pensiones, salud y riesgos profesionales en condiciones de sostenibilidad, eficiencia y economía, se mantendrá una participación pública en su prestación. Para el efecto, se autoriza a las entidades públicas para que se asocien entre sí o con particulares para la constitución de sociedades que administran estos riesgos o participen en el capital de las existentes o para que las entidades públicas enajenen alguno o algunos de los negocios a otras entidades públicas o que los particulares inviertan o participen en el capital de las entidades públicas.

Adicionalmente créase una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de la Protección Social, denominada Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida incluyendo la administración de los beneficios económicos periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005, de acuerdo con lo que establezca la ley que las desarrolle.

Colpensiones será una Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de carácter público del orden nacional, para lo cual el Gobierno, en ejercicio de sus facultades constitucionales, deberá realizar todas las acciones tendientes al cumplimiento de dicho propósito, y procederá a la liquidación de Cajanal EICE, Caprecom y del Instituto de Seguros Sociales, en lo que a la administración de pensiones se refiere. En ningún caso se podrá delegar el reconocimiento de las pensiones.

Esta Empresa tendrá domicilio en Bogotá, D. C...”.

Mediante el Decreto 2012 de 2012 se suprimieron del objeto del ISS todas las funciones correspondientes a la administración del régimen de prima media con prestación definida; y con el Decreto 2013 de 2012 se ordenó la supresión y liquidación del ISS.

El Decreto 2011 de 2012 reglamentó “la entrada en operación” de Colpensiones, y le fijó sus funciones y operaciones, así:



LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO

ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
 ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
 ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO
 MINISTERIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

“Artículo 1°. Inicio de Operaciones. A partir de la fecha de publicación del presente decreto, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones inicia operaciones como administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.”

Artículo 2°. Continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida de los Afiliados y Pensionados en Colpensiones. Los afiliados y pensionados del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales (ISS), mantendrán su condición en la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, así como los derechos y obligaciones que tienen en el mismo régimen, sin que ello implique una selección o traslado de régimen del Sistema General de Pensiones.

Los afiliados del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Caja de Previsión Social de Comunicaciones - Caprecom, mantendrán su condición, derechos y obligaciones que tienen, en el mismo régimen administrado por Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, sin que ello implique una selección o traslado de régimen de Sistema General de Pensiones.

Para estos efectos, el traslado de la información de cada uno de los afiliados y pensionados del Instituto de Seguros Sociales (ISS), y afiliados de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones - Caprecom, se hará observando la debida reserva y confidencialidad, y no requerirá de autorización alguna del afiliado o pensionado, teniendo en cuenta que su transferencia opera como consecuencia de lo establecido en el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007.”

En el mismo sentido – de continuidad –, el artículo 3° *ibídem*, fijó las funciones y operaciones de Colpensiones:

“Artículo 3°. Operaciones de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones. La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones como administrador del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, deberá:

- 1. Resolver las solicitudes de reconocimiento de derechos pensionales, incluyendo aquellas que habiendo sido presentadas ante el Instituto de Seguros Sociales (ISS), o la Caja de Previsión Social de Comunicaciones - Caprecom, no se hubieren resuelto a la entrada en vigencia del presente decreto, con excepción de lo dispuesto en el artículo 5° del mismo.*
- 2. Pagar la nómina de pensionados que tenía a cargo el Instituto de Seguros Sociales (ISS), como administrador del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.*
- 3. Ser titular de todas las obligaciones con los afiliados y pensionados del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del Instituto de Seguros Sociales (ISS), y de los afiliados de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones - Caprecom.*
- 4. Administrar los Fondos de Reservas de Prestaciones de Vejez, Invalidez y Muerte que administraba el Instituto de Seguros Sociales (ISS), de que trata la Ley 100 de 1993.*
- 5. Efectuar el recaudo de los aportes al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las cuentas y con los mecanismos que la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones establezca para tal efecto...”*

Ahora bien, según se observa del libelo demandatorio y sus anexos la señora Gloria Inés Rodríguez de Leguizamón (q.e.p.d) laboró en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF para los periodos comprendidos entre el 1 de abril de 1976 al 30 de junio de 2009 y del 1 de

LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO

ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO
ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO

agosto de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2011, cotizando en ~~sentir de la administradora~~ pensional a CAJANAL del 1 de abril de 1976 al 30 de junio de 2009.

Entonces, atendiendo lo que reposa en la demanda, la causante realizó aportes durante los últimos años de servicio a COLPENSIONES, siendo esta entidad quien era la competente como en efecto ocurrió para el reconocimiento de la pensión de vejez de la señora Rodríguez de Leguizamón (q.e.p.d)

De otra parte, no se debe perder de vista que, si en gracia de discusión la causante hubiese cotizado a la antigua CAJANAL, lo cierto es que conforme a lo dispuesto en el Art. 2¹ de la Ley 33 de 1985, la entidad llamada a reconocer y pagar la prestación periódica debe ceñirse al procedimiento que el legislador estableció para el recobro de las cuotas partes pensionales, es decir, que COLPENSIONES al ser la última entidad a la cual según se infiere la causante realizó aportes al sistema tiene la potestad administrativa para solicitar las cuotas partes pensionales.

De otra parte, pese a que lo pretendido es la nulidad de los actos administrativos proferidos por COLPENSIONES, no sobra de más, en caso de accederse a las pretensiones de la demanda y en el evento de ordenarse a la unidad el reconocimiento pensional tenerse en cuenta las siguientes previsiones.

1. INCORPORACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se creó el Sistema General de Seguridad Social, integrándose a los servidores públicos a dicho sistema mediante el Decreto 691 de 1994 que reza:

“DECRETO 691 DE 1994. ARTICULO 1: Incorporación de servidores públicos. Incorporase al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 a los siguientes servidores públicos:

- a) Los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, departamental, municipal o distrital, así como de sus entidades descentralizadas;
- b) Los servidores públicos del Congreso de la República, de la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la organización electoral y la Contraloría General de la República.”

Elio, respondiendo a un mandato legal anterior, como fue lo estipulado en el parágrafo del artículo 151 de la Ley 100 de 1993 que dispone:

“ARTÍCULO 151. VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. (...)

PARÁGRAFO. El Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental.”

Así las cosas, aquellas personas que, en vigencia del Sistema de Seguridad Social Integral, **adquirieron su status de pensionada** quedaron cobijados por ese nuevo régimen general que integró a los servidores públicos. Pero, por cumplir con los requisitos establecidos por la misma ley 100, quedaron sujetos a un régimen de transición que les permitiría pensionarse con tres de

¹ “Artículo 2º. La Caja de Previsión obligada al pago de pensión de jubilación, tendrá derecho a repetir contra los organismos no afiliados a ellas, o contra las respectivas Cajas de Previsión, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido o aportado a ellos. El proyecto de liquidación será notificado a los organismos deudores, los que dispondrán del término de quince (15) días para objetarlo, vencido el cual se entenderá aceptado por ellos.”



7

703

LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO

ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO
MAESTRO DERECHO ADMINISTRATIVO

los beneficios o condiciones del régimen anterior, cuales son, la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión.

2. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

En efecto, la pluricitada ley 100, en su artículo 36 estableció un régimen de transición que cobijaba a los servidores públicos que venían alentados por la expectativa de adquirir el derecho a su pensión y que estaban a muy poco de alcanzar los requisitos de la normatividad anterior para ello, que establece:

"LEY 100 DE 1993. ARTÍCULO 36: (...)

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

3. FACTORES DE LIQUIDACIÓN

En cuanto a los factores salariales a tener en cuenta en la base de liquidación de las prestaciones periódicas sometidas a dicha régimen, se tiene, que la incorporación de los servidores públicos al Sistema General de Pensiones implica una sujeción a los parámetros establecidos para ello, en este caso concreto corresponden a los estipulados en el Decreto 1158 de 1994 que reglamenta la pluricitada Ley 100 y que modificó el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, los cuales señalan:

"DECRETO 1158 DE 1994. ARTÍCULO 1: El artículo 6° del Decreto 691 de 1994, quedará así:

"Base de cotización". El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;*
 - b) Los gastos de representación;*
 - c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
 - d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;*
 - e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
 - f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
 - g) La bonificación por servicios prestados;*
- (..)"*

Así pues, los factores que se deben tener en cuenta al momento de liquidar las pensiones de los afiliados, son aquellos que se encuentran taxativamente ordenados en la citada norma.



8

184

LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO

ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO
ESP. DERECHO CIVIL

4. OBLIGATORIEDAD DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y APLICACIÓN DE LA EXTENSIÓN DE JURISPRUDENCIA

En tal sentido, se dirá que para la Entidad se torna obligatorio el reconocimiento y aplicación de la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, como quiera que sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y los particulares cuando a través de sus competencias constitucionales establecen interpretaciones vinculantes frente a los principios de la Norma Superior.

No puede perderse de vista que las normas de cualquier tipo deben estar sujetas y respetar los preceptos constitucionales, guardando la armonía del sistema jurídico, lo cual implica el respeto por la seguridad jurídica que debe tener los asociados.

Así las cosas, es válido y pertinente, por parte de mi representada, el apartarse del precedente del H. Consejo de Estado en relación con la aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues no se puede perder de vista que conforme a la exequibilidad condicionada declarada por la H. Corte Constitucional² en relación con los Arts. 10 y 102 del C.P.A.C.A., las autoridades tienen la facultad legal al momento de decidir los casos en estudio, el de observar con preferencia los precedentes de la alta corporación constitucional, ello atendiendo la jerarquía del sistema de fuentes previsto en la Norma Superior y el principio de la supremacía constitucional, como en efecto ocurre en el presente caso; es así que las autoridades pueden apartarse de la figura de la extensión jurisprudencial por cuanto no se dan los presupuestos para su aplicación y cuando consideren que la misma es errada y sin olvidar lo manifestado por el órgano constitucional.

En sentir de la Entidad, la H. Corte Constitucional ha dado una interpretación correcta a la aplicación del régimen de transición, esto en lo atinente al IBL, que resulta aplicable para el caso concreto, de tal manera que dicho estudio resulta obligatorio y aplicable por parte de mi representada.

Ahora bien, nada obsta su señoría respetuosamente para que aplique frente al caso concreto los criterios jurisprudenciales de la alta corporación constitucional, que a continuación pasan a exponerse, ello en atención a las máximas de autonomía e independencia de los jueces prevista en los artículos 228 y 230 de la Norma Superior, tal como en efecto lo acogió en reciente pronunciamiento el H. Consejo de Estado- Sección Segunda-Subsección A, en sentencia del 12 de julio de 2017, con ponencia del Dr. William Hernández Gómez, siendo accionado el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, en los siguientes términos:

(...)

“Obsérvese que ante la diferencia de criterios, esto es, entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, el Tribunal accionado adoptó la que consideró apropiada, en virtud a la libertad de interpretación y autonomía del juez, es decir, optó por aplicar el precedente jurisprudencial determinado por la Corte Constitucional y no la posición sentada por esta Corporación.

En efecto, la autonomía e independencia de los jueces reconocida a nivel constitucional (C.P. Artículos 228 y 230), son facultades que le otorga el Estado y cuya limitación se enmarca por la constitución y las leyes.

Desde esa perspectiva, los jueces de la República en su labor de administrar justicia pueden a

² Sentencias C-634 y C-816 de 2011.



9

75

LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO

ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO

través de una carga argumentativa suficiente, clara y explícita, para interpretar los mandatos abstractamente definidos por el legislador; de igual forma, apartarse de los dictados de los fallos de sus superiores o adoptar una de las tesis cuando sobre el mismo asunto versen diversas posiciones.

Es precisamente de esta prerrogativa de la cual se revisten los funcionarios judiciales para optar la interpretación que según su leal saber y entender considere más apropiada y frente a la cual le está vedado al juez constitucional cualquier consideración; máxime cuando el juez natural en un legítimo ejercicio de la autonomía e independencia judicial decidió razonablemente una de las posiciones que puede asumirse sobre el tema en discusión.

En esa medida, no es cierto como el accionante lo afirma que el *ad quem* desconoció la posición de esta Corporación, sino que acogió su decisión con fundamento en la interpretación que consideró era la correcta respecto a los factores salariales y el IBL que debía aplicarse para las pensiones de las personas beneficiarias del régimen de transición y de la Ley 33 de 1985.

Por lo tanto, no puede afirmarse que la autoridad demandada hubiese incurrido en desconocimiento del precedente judicial del Consejo de Estado o en un defecto sustantivo, toda vez que decidió acoger una de las posiciones desarrolladas al respecto por las Altas Cortes."

5. PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y SOSTENIBILIDAD PRESUPUESTAL

En lo que respecta a dicho principio, es importante señalar desde ya que en caso de accederse a las pretensiones de la demanda se quebrantaría el principio de solidaridad de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005 y que además se incorporó en la Constitución en los siguientes términos:

"ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley."

En efecto, bajo dicho principio los aportes al régimen general de pensiones constituyen un sistema en el cual las contribuciones que realiza el afiliado constituyen los mismos sobre los que se debe liquidar la pensión; pues en caso contrario, implicaría un desequilibrio en el sistema financiero del Régimen General de Pensiones, ocasionando un detrimento incluso para aquellos afiliados que al realizar sus aportes mantienen una expectativa de alcanzar el derecho a la pensión.

Por su parte, el principio de sostenibilidad presupuestal implica un equilibrio económico que debe mantenerse a fin de garantizar el reconocimiento del derecho de todos los afiliados que alcancen los requisitos para ello; lo contrario generaría una inseguridad jurídica para quienes tienen la expectativa de alcanzar la pensión pues pondría en riesgo la posibilidad de reconocer las prestaciones económicas de que se trate.

Sumado a lo anterior, no puede perderse de vista que otro de los propósitos de la Corte Constitucional al fijar las reglas para la aplicación del IBL, en consonancia con el acto legislativo referido lo fue con el propósito de crear reglas uniformes que eliminen privilegios injustificados que permitan diseñar mecanismos que aseguren la sostenibilidad del sistema.

6. APLICACIÓN DE LA SENTENCIA C- 258 DE 2013, PROFERIDA POR LA H. CORTE CONSTITUCIONAL



LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO

 ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
 ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
 ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO
 ESP. DERECHO CONSTITUCIONAL

En atención a la naturaleza del proceso sometido a conocimiento del H. Magistrado (a) en el cual, la controversia versa sobre el reconocimiento de la pensión de la demandante, cobijada por el régimen de transición, se solicita muy respetuosamente acudir al criterio expuesto por la H. Corte Constitucional, en sentencia C- 258 de 2013, con ponencia del Dr. José Ignacio Pretelt Chajub.

Dicha providencia emite un imperativo que como tal es de ineludible cumplimiento, cuyo fundamento radica en la aplicación de un criterio general, consistente en que el monto de las mesadas pensionales corresponderá **única y exclusivamente** a los factores salariales efectivamente cotizados. Y tal criterio, encuentra asidero en los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad del sistema de seguridad social integral³, que sirvieron de fundamento para la H. Corte Constitucional, para emitir su decisión.

De esta forma, se debe estimar que el criterio jurisprudencial expuesto debe ser aplicado a aquellos casos en los cuales se discuta el monto pensional de servidores públicos beneficiarios del régimen de transición, como quiera que lo que se procura, es velar por la sostenibilidad y equilibrio financiero del sistema de seguridad social integral, aplicando una regla común, sin distinción o excepción alguna, en donde el monto de la pensión corresponderá a lo que efectivamente se aportó al sistema.

Ahora bien, no se desconoce que el pronunciamiento de la H. Corte Constitucional que ahora se acoge, alude particularmente a las pensiones “más altas” y más específicamente, a las percibidas por Congresistas y Magistrados de Altas Corporaciones. No obstante, ello no impide que sus efectos se extiendan a otros casos, en tanto consultando al espíritu de las normas que le sirvieron de fundamento, así como a los principios generales antes citados, es preciso adoptar medidas encaminadas a salvaguardar los recursos que serán a la postre los empleados para el reconocimiento y pago de las pensiones, siendo lo más equitativo, reconocer el monto de la pensión en proporción directa a lo real y efectivamente cotizado por el trabajador.

En tal sentido, no se puede perder de vista que el estudio que aborda la alta corporación constitucional, si bien tal como se indicó en líneas anteriores versó sobre la disertación del régimen de transición en pensiones de los miembros de las corporaciones públicas, no es menos cierto, que en lo que respecta a la aplicación del IBL para efectos de liquidación de dichas prestaciones periódicas, estableció que éste no quedaba cobijado por las normas de transición, sino que el mismo debería sujetarse a lo previsto en el inciso 3 del Art. 36 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que **independientemente al régimen especial** que pertenezcan se

³ LEY 100 DE 1993. ARTICULO. 2º. Principios. El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación: a) Eficiencia. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente; b) Universalidad. Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todos los estadios de la vida; c) Solidaridad. Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el sistema de seguridad social mediante su participación, control y dirección del mismo. Los recursos provenientes del erario público en el sistema de seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables; d) Integralidad. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta ley; e) Unidad. Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social, y f) Participación. Es la intervención de la comunidad a través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto.

PARAGRAFO.-La seguridad social se desarrollará en forma progresiva, con el objeto de amparar a la población y la calidad de vida.



LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO

 ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
 ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
 ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO
 SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

debe dar aplicación sólo frente a este último a lo previsto por el sistema de seguridad social, de tal suerte, que quienes son beneficiarios del régimen de transición como ocurre en el caso concreto, se les debe liquidar o calcular el IBL no conforme a las leyes 33 y 62 de 1985, sino tal como lo dispone la mentada ley 100, con el promedio de los factores salariales devengados durante los últimos 10 años de servicio o el tiempo que le hiciere falta.

De ahí que la interpretación que hace la alta corporación tiene fuerza vinculante para la labor judicial, como quiera que la corte al realizar dicho estudio fijó el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales, estableciendo en tal sentido doctrina constitucional que para el caso tiene un carácter vinculante y obligatorio para todos los jueces de la república, conforme lo explicó en su momento en las sentencias C-0085 y T-260 de 1995.

A más de razones, es pertinente traer a colación lo expuesto por la Alta Corporación Constitucional, en reciente pronunciamiento en **sentencia de unificación SU-427 del 11 de agosto de 2016**, por medio de la cual reiteró su posición⁴ frente a la aplicación ultractiva de los de los regímenes de los cuales es beneficiario el pensionado (estudio que valga la pena señalar se realizó en torno a una empleada de la Fiscalía General de la Nación), aclarando nuevamente como los son, los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo de tajo el ingreso base de liquidación, pues en su sentir el *“reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la hermenéutica del Art. 36 del sistema de pensional, puede derivar en abuso del derecho de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico”*. Es decir, que no es dable hacer interpretaciones de la aplicabilidad del referido artículo 36, pues insiste la alta corte, que el IBL no fue un aspecto sometido a transición, situación ésta de la cual si es objeto los demás requisitos anteriormente referidos.

Igualmente, la Corte Constitucional en dicha providencia reitera que el análisis que se realizó en su momento en la Sentencia C-258, referente al cálculo del IBL bajo las reglas previstas en las normas especiales que anteceden el régimen de transición, *“constituye la concesión de una ventaja que no previó el legislador al expedir la Ley 100 de 1993, pues el beneficio otorgado consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el petionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación”*, pues tal interpretación evita que se reconozca pensiones con abuso del derecho.

De este modo, se insiste en que nada obsta para que su Señoría acoja para el sub lite los criterios expuestos en las sentencias expuestas, en el sentido de disponer la reliquidación de las mesadas pensionales sólo frente a aquellos factores que se encuentran previstos en el Decreto 1158 de 1994, y las normas antedichas y sobre los cuales efectivamente el pensionado cotizó.

Ahora, la aplicación preferente de las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional se abre paso, con mayor razón, cuando frente al tema del IBL existen criterios dispares entre la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral. En efecto, mientras el Consejo de Estado Sección Segunda, en Sentencia del 4 de agosto de 2010, expediente No. 2006-7500 M.P Victor Hernando Alvarado Ardila, aboga

⁴ En tal sentido, la H. Corte Constitucional realizó su interpretación y reiteración jurisprudencial del Art. 36 de la Ley 100 de 1993, con base en las sentencias que valga la pena señalar son parte de los argumentos expuestos por la Entidad, es decir las sentencias C-258/2013, SU-230/2015, T-078/2014, entre otras.



LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO

 ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
 ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
 ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO
 ESP. DERECHO PROCESAL

por la inclusión de todos los factores salariales devengados por el trabajador, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral- sostiene que en el Régimen de Transición el IBL se calcula con base en la Ley 100 de 1993, a voces del Art. 36 y concordantes (regla general - promedio de los últimos diez años). Tal criterio puede verse reiterado en la sentencia del 3 de julio de 2013, SL407-2013, Exp. 44207, demandante Sergio Becerra Moreno Vs. ISS, M.P Carlos Ernesto Molina Monsalve.

7. SOLICITUD DE APLICACIÓN DE LA SENTENCIA SU-230/15

EXPEDIENTE T-3.558.256 - SENTENCIA SU-230/15 (abril 29) M. P. Jorge Pretelt Chaljub

La Sala Plena estudió la acción de tutela interpuesta por el señor Salomón Cicerón Quintero Rodríguez en contra de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Banco Popular S.A., por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital, al ordenar que la liquidación de su mesada pensional se realizara con base en el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años (Ley 100 de 1993, artículo 36), y no teniendo en cuenta el promedio de los salarios devengados en el último año (artículo 1º Ley 33 de 1985), como, según el actor, correspondía.

El actor señaló que su empleador, así como los jueces laborales, aplicaron indebidamente el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 incisos 2º y 3º, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, 1º de la Ley 62 de 1985, artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, y artículos 68 y 75 del Decreto 1848 de 1969, pues su pensión debía ser liquidada teniendo en cuenta el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio en el que se incluyen todos los factores salariales. Alegó que el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 conservó para sus beneficiarios la aplicación de la norma anterior, en lo relativo a edad, tiempo de servicios y monto de la prestación, pero no en lo relacionado con el ingreso base de liquidación.

Dicha Corporación, encontró que la sentencia C-258 de 2013, fijó una interpretación en abstracto del 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 las reglas contenidas en aquél régimen general, las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca. De otro lado, resaltó que mediante auto A-326 de 2014, por el cual se resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T-078 del mismo año, la Sala reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido en que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación.

Por lo tanto, concluyó que en el caso del actor no hubo vulneración de su derecho al debido proceso, pues no se estructuró el defecto sustantivo alegado, ya que si bien existía un precedente jurisprudencial que seguían las Salas de Revisión para resolver problemas jurídicos como el que ahora el actor pone a consideración de la Corte, lo cierto es que esa postura cambió a partir de los recientes pronunciamientos de la Sala Plena, que fijan un precedente interpretativo sobre el alcance de los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.



LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO

ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
 ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
 ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO
 ESP. DERECHO DE FAMILIA Y SUCESSIONES

H. Magistrado (a), para expresar que en la sentencia SU-230 de abril 28 de 2015, dentro del expediente T-3.558.256, MP Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la Corte Constitucional reitera la interpretación correcta del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece el régimen de transición, y ratifica la posición que tanto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia como la misma Corte Constitucional -en sentencias C-258/13, T-892/13 y T-078/14- han tenido al respecto, y que soporta la posición asumida por la Entidad: que las mesadas en régimen de transición se liquidan con edad, tiempo en cotizaciones y monto del régimen anterior que se aplica ultractivamente, entendiendo monto única y exclusivamente como tasa de reemplazo, pero que período de liquidación y factores, es decir, el cálculo del IBL, se hace con las reglas contenidas en la propia ley 100 de 1993, en cuyo caso solicitamos su aplicación.

En suma, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en la sentencia en cita manifestó lo siguiente, para tal efecto me permito transcribir los apartes más importantes de la misma:

(...)

- 2.1.1.1. “Es importante recordar que el propósito original del legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 fue crear un régimen de transición que beneficiara a las personas que tenían una expectativa legítima de pensionarse bajo la normativa que sería derogada con la entrada en vigencia de la ley 100. En concreto, en la Sentencia C-258 de 2013⁵ se señaló que, el beneficio derivado de pertenecer al régimen de transición se traduce en la aplicación posterior de las reglas derogadas en cuanto a los requisitos de (i) edad, tiempo de servicios o cotizaciones y (iii) tasa de reemplazo. Sin embargo, frente al ingreso base de liquidación (IBL) la Corte sostuvo que no era un aspecto a tener en cuenta en dicho régimen.

Dicha voluntad del legislador, afirmó la Corte, puede evidenciarse del mismo texto del inciso tercero del artículo 36 de la ley 100. Agregó que entender lo contrario, en el caso particular del régimen especial derivado del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, desconocía el derecho a la igualdad.

Así, este Tribunal declaró inexecutable la expresión “durante el último año” señalando que el IBL debía calcularse de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Como se evidencia, la Corte, en sede de control abstracto de constitucionalidad, adoptó una interpretación sobre la aplicación integral del régimen especial de los beneficiarios del régimen de transición e interpretó la regla a seguir sobre el IBL, estableciendo que este 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.

Tal como fue advertido por la Sala Plena mediante Auto No. 326 de 2014, esta Corporación no se había pronunciado de manera expresa acerca de la interpretación que debía otorgarse a las disposiciones que contemplaban lo atinente al monto y al ingreso base de liquidación en el régimen de transición. En este respecto, expuso:

“En efecto, en un primer momento, en la Sentencia C-168 de 1995 se declaró inexecutable un aparte del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el cargo de igualdad frente al tiempo inferior a dos años para los trabajadores del sector privado y un año para el público, pero no se hizo pronunciamiento alguno sobre si el monto estaba o no ligado al

⁵ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub



LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO

 ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
 ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
 ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO

concepto de base de liquidación⁶; en un segundo momento, en la Sentencia C-1056 de 2003, se declaró inexecutable la modificación introducida por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003 al inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y, en la Sentencia C-754 de 2004, se declaró inexecutable el artículo 4° de la Ley 860 de 2003, mediante el cual se hizo un segundo intento de modificación a la norma de la ley 100 antes referida, sin que se abordara lo referente a la interpretación de las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición. Así, pues, sobre el contenido literal de la Ley 100 de 1993, que hace referencia expresa a que en lo atinente a las demás condiciones y requisitos pensionales que no estén regulados por ese artículo, se regirán por las normas contenidas en la ley del sistema general de pensiones, la Sala Plena de este tribunal no había hecho una interpretación antes de la Sentencia C-258 de 2013⁷.⁸

2.1.1.2. Aunque la interpretación de las reglas del IBL establecidas en la Sentencia C-258 de 2013⁹ se enmarcan en el análisis del régimen especial consagrado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, con fundamento (i) en que dicho régimen vulneraba el derecho a la igualdad al conceder privilegios a una de las clases más favorecidas de la sociedad y (ii) en la medida en que el régimen especial de congresistas y magistrados contiene ventajas desproporcionadas frente a los demás regímenes especiales, ello no excluye la interpretación en abstracta que se realizó sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en este las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca.

2.1.1.3. En este sentido, en la Sentencia T-078 de 2014¹⁰ se denegó el amparo al debido proceso invocado por un ciudadano, quien alegaba dicha vulneración, aduciendo que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y Caprecom habían desconocido el régimen especial que lo cobijaba porque su pensión se liquidó con base en el promedio de lo devengado en los diez últimos años y no en el último año como lo establecía la normativa derogada a la cual se encontraba sujeto para efectos del reconocimiento de su prestación económica.

Al respecto, afirmó la Sala Segunda de Revisión que la Sala Plena de esta Corporación mediante Sentencia C-258 de 2013¹¹ estableció que la aplicación ultractiva de los beneficios del régimen de transición solo se refería a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, pero no al IBL.

Por eso, concluyó, existe un precedente a seguir en la materia, en particular cuando el conflicto versa sobre la aplicación integral del régimen especial que invoca el actor y el alcance que la Corte le otorgó al régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993 en el sentido de que el IBL no forma parte de este.

⁶ "El aparte final del inciso tercero del artículo 36, objeto de impugnación, en el que sí se consagra una discriminación, que la Corte encuentra irrazonable e injustificada, para efectos de la liquidación de la pensión de vejez entre los trabajadores del sector privado, y los del sector público, pues mientras para los primeros se toma como base el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años de servicios, para los segundos, tal promedio se calcula solamente sobre lo devengado en el último año, desigualdad que contraría el artículo 13 del Estatuto Superior."

⁷ "En el Auto 144 de 2012, por medio del cual se declaró la nulidad de la Sentencia T-022 de 2010, el magistrado Mauricio González Cuervo salvo su voto al considerar que no existía hasta ese momento un pronunciamiento de constitucionalidad expreso sobre la interpretación del monto pensional y, que la jurisprudencia de las Salas de Revisión no había sido uniforme en lo que respecta a la interpretación de los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 -referentes al monto-. De esta manera, señaló que la sentencia declarada nula, acogió válidamente una de las tesis trazadas por la jurisprudencia; lo cual, no la vicia de nulidad en tanto que, al no existir un pronunciamiento específico por parte de la Sala Plena, le era posible escoger alguna de las posturas abordadas en sede de revisión respecto de cada caso en concreto".

⁸ M.P. Mauricio González Cuervo

⁹ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹⁰ M.P. Mauricio González Cuervo

¹¹ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub



LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO

ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
 ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
 ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO
 ESP. DERECHO CONSTITUCIONAL

En consecuencia, indicó, no se configuró el defecto sustantivo alegado porque la decisión de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no es contraria a la interpretación fijada por la Corte Constitucional sobre el punto en discusión.

- 2.1.1.4. Contra el anterior fallo, el ciudadano presentó solicitud de nulidad por considerar que la Sala de Revisión no aplicó la jurisprudencia en vigor sobre el alcance del artículo 36 de la ley 100 y, con ello, desconoció el principio de integralidad del régimen especial.

Frente a la anterior petición, la **Sala Plena de la Corte Constitucional**, señaló que, en efecto, la interpretación fijada por la Corte sobre la exclusión del IBL como un aspecto del régimen de transición "constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no puede ser desconocido en forma alguna"¹².

Agregó que la interpretación que realizó la Sala Segunda de Revisión de Tutelas sobre el alcance de los incisos segundo y tercero del artículo 36 al que se viene haciendo referencia se enmarca en el seguimiento -en estricto rigor- de la interpretación fijada por la Corte en Sentencia C-258 de 2013¹³.

De este modo, puede concluirse que aunque existía una línea jurisprudencial reiterada por las distintas Salas de Revisión de Tutelas en el sentido de que debía aplicarse el principio de integralidad del régimen especial que incluía el IBL, también lo es que no existía un pronunciamiento en sede de control abstracto de constitucionalidad que definiera la interpretación de esta disposición.

En este punto, cabe anotar que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional los pronunciamientos de la Corte, en particular, los que se emiten en sede de control abstracto, son obligatorios en razón a sus efectos erga omnes y de cosa juzgada constitucional y que hasta tan solo una sentencia para que exista un precedente a seguir.

Ahondando en lo anterior, una de las formas de desconocer el precedente constitucional se da cuando "se contraría la ratio decidendi de sentencias de control de constitucionalidad, especialmente la interpretación de un precepto que la Corte ha señalado es la que debe acogerse a la luz del texto superior."¹⁴

Como lo ha expuesto esta Corporación, la jurisprudencia en vigor entendida como el precedente constitucional establecido de forma permanente para resolver problemas jurídicos con identidad fáctica no obsta para que la Sala Plena de la Corte, en ejercicio de su facultad interpretativa la modifique. Además, constituye un precedente obligatorio para las Salas de Revisión, quienes no tienen la facultad de variarlo en la aplicación concreta de los asuntos sometidos a su consideración.¹⁵¹⁶

8. DE OTROS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES

Aunado a lo anterior, no debe perderse de vista que en atención a las sentencias proferidas por la Alta Corporación Constitucional anteriormente referidas, la **Sección Quinta del H. Consejo de Estado a través de fallo de tutela del 25 de febrero de 2016¹⁷**, revocó una providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y ordenó acatar a dicha

¹² Auto 326 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo

¹³ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹⁴ T-1092 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-656 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁵ Auto 422 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁶ Artículo 34 del Decreto 2591 de 1991: "Los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte".

¹⁷ Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro, expediente: 11001-03-15-040-2016-01113-00.



LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO

 ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
 ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
 ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO
 MAGISTER DERECHO ADMINISTRATIVO

instancia lo previsto por las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, en los siguientes términos:

"En consecuencia, la Sección debe indicar que cambia así su postura sobre la materia y entiendo 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.

2.5.3. Aplicación del precedente al caso concreto

Así las cosas, 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 señor Sierra Chaverra, 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 actor 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.

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 Chaverra, 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.

Por lo tanto, 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 sentencia¹⁴⁴.

En igual sentido, en reciente pronunciamiento el Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo¹⁸, en atención al tema que es objeto de estudio, se pronunció de la siguiente forma:

(...)

"Al respecto, conviene precisar que esta Sala ha dicho 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 consiste en que el ingreso base de liquidación -IBL no era un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO—ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, CONSEJERO PONENTE: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO, PROVIDENCIA DEL 17 DE NOVIEMBRE DE 2016, DENTRO DEL EXPEDIENTE: 11001-03-15-0 00-2016-00625-01.



LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO

 ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
 ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
 ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO

sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.”¹⁵

Ahora bien, la Sección Cuarta de esta Corporación, al conceder el amparo, señaló que resulta desproporcionado aplicar el referido precedente a aquellas personas que radicaron su demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, 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 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.”¹⁶ (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.”

Igualmente, es del caso traer a colación el pronunciamiento expuesto por el **H. Consejo de Estado- Sección Quinta**¹⁹, en la que se ordenó a la sección segunda de dicha corporación, proferir una nueva decisión respecto del fallo que confirmó la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y que ordenó reliquidar el derecho prestacional de la demandante, sin atender los criterios jurisprudenciales de la H. Corte Constitucional dispuestos en las sentencias C-258 de 2013 y la SU-230 de 2015, pues en su criterio aun cuando la demanda de reliquidación pensional fue instaurada con anterioridad a que se proferiera dichas sentencias, ello no era óbice para no dar aplicación a los precedentes de la alta corte, pues al momento de dictar sentencia el precedente jurisprudencial en cuestión se encontraba vigente; recordó, que los mismos son obligatorios y vinculantes, inclusive para los jueces de inferior jerarquía, quienes conociendo de dichas decisiones están obligados a su aplicación para los casos con supuestos fácticos iguales o similares, en la medida que atentan contra principios fundamentales como el derecho a la igualdad, la seguridad jurídica y la confianza legítima; De manera, que dicho pronunciamiento dejó sin efectos la sentencia de unificación proferida en su momento por el H. Consejo de Estado en sentencia del 25 de febrero de 2016, dentro del radicado No. 25000-23-42-000-2013-01541-01, con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

Para tales efectos, me permito transcribir algunos de los apartes más relevantes de la providencia del 15 de diciembre de 2016:

(...)

Ahora bien, la posición reiterada¹⁰ 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.

¹⁹Ver sentencia del 15 de diciembre de 2016, proferida por el H. Consejo de Estado- Sección Quinta, dentro del radicado No. 11001-03-15-000-2016-01334-01, siendo demandante la UGPP y demandado Consejo de Estado-Sección Segunda.



LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO

 ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
 ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
 ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO

Es así como en casos similares este juez constitucional ha arribado a la misma conclusión respecto de la extensión de la regla jurisprudencial creada 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 2015,11 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 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 Chaverra, 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 la SU-230 de 2015 corresponde a las autoridades administrativas y judiciales, independiente del régimen especial, 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 4.3.6.3 de las consideraciones de la sentencia C-258-13,12 también lo es, que la sentencia que se censura por vía de esta acción, no cumplió 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 tiene que las providencias que profiere la Corte Constitucional, en los términos de la sentencia C-085 de 1995¹³, son un criterio vinculante de la labor judicial.

(...)

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 profiriera 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 **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.¹⁷ (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. (Resalta la sala)"

A la par, vale la pena referir que la H. Corte Constitucional en sentencia SU-395 del 22 de junio de 2017, al pronunciarse en relación con unas acciones de tutela promovidas por la Caja Nacional de Previsión Social -Cajanal E.I.C.E liquidada, y otros, en contra del H. Consejo de Estado, -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-, a propósito de las decisiones adoptadas por esa corporación judicial, en el marco de procesos de nulidad y restablecimiento del derecho; de

LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO

 ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
 ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
 ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO

ordenar que, para efectos de determinar la base de liquidación en el régimen de transición de las pensiones de vejez y de jubilación, debía tomarse en cuenta el promedio de la totalidad de factores constitutivos de salario devengados durante el último año de servicios, previstos en regímenes especiales anteriores a la Ley 100 de 1993.

En ese contexto, se planteó la existencia de tres problemas jurídicos relevantes que debían dilucidarse conforme a las especificidades ofrecidas en cada uno de los casos concretos. En primer lugar, le correspondió precisar si la bonificación especial o quinquenio como factor salarial para funcionarios de la Contraloría General de la República debía computarse en su totalidad o de forma proporcional como base integrante del monto pensional. En segundo término, identificó la necesidad de referirse al ingreso base de liquidación (IBL) y si tal concepto debía incluirse o no dentro de los parámetros aplicables al reconocimiento de las pensiones regidas por normas anteriores a la Ley 100 de 1993 en virtud del régimen de transición. En tercer y último lugar, debió establecer si el régimen de transición pensional permitía la aplicación del concepto de monto pensional del régimen especial anterior con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Examinadas estas aproximaciones en contraste con la jurisprudencia constitucional elaborada en la materia, la Sala Plena consideró en términos generales que, de conformidad con lo decidido en las Sentencias C-168 de 1995 y C-258 de 2013, a los beneficiarios del régimen de transición se les debe aplicar el ingreso base de liquidación (IBL) establecido en el artículo 21 y el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el que corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento pensional, debido a que es la interpretación normativa que mejor se ajusta a los principios constitucionales de equidad, eficiencia y solidaridad del artículo 48 Superior, a la cláusula de Estado Social de Derecho, y que evita los posibles casos de evasión y fraude al sistema.

En ese contexto, resaltó que la liquidación de pensiones de regímenes especiales no puede incluir todos los factores salariales, en tanto solo deben incorporarse aquellos que sean directamente remunerativos del servicio sobre los cuales los beneficiarios hayan realizado los correspondientes aportes. Interpretación que, según pudo constatar, ha sido reafirmada por la propia Corte Constitucional en las providencias T-078 de 2014, A-326 de 2014, SU-230 de 2015, T-060 de 2016, SU-427 de 2016 y SU-210 de 2017, en las que se ha dejado en claro que el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el ingreso base de liquidación.

De manera pues que, con base en tales reglas, concluyó que la autoridad judicial accionada, por medio de las providencias objeto de reproche, había incurrido en un defecto sustantivo y en vulneración directa de la Constitución, no solo por cuanto la bonificación especial o quinquenio debía calcularse proporcionalmente para efectos de determinar la base de liquidación pensional (expedientes T-3358903 y T-3364917), sino porque el ingreso base de liquidación no podía ser incluido junto con la edad, el tiempo de servicios cotizados ni la tasa de reemplazo, como parte de los beneficios ofrecidos por el régimen especial aplicable (T-3358979), así como tampoco podía entenderse que los conceptos monto pensional o tasa de reemplazo fuesen equivalentes al ingreso base de liquidación, pues éste último corresponde a los salarios devengados por el trabajador o a la base sobre la cual ha efectuado sus aportes al sistema, además de que el periodo por liquidar es el tiempo faltante al afiliado para adquirir el derecho, esto es, el transcurrido entre la fecha de vigencia de la Ley 100 de 1993 y la fecha en que se adquirió el derecho a la pensión, o el promedio de los 10 años anteriores a la fecha de su adquisición, actualizado anualmente con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE (expediente T-3364831).

LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO

 ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
 ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
 ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO

Sumado a lo anterior, es relevante citar algunos de los pronunciamientos expuestos por la H. Corte Constitucional, a través de los cuales se estudió el alcance del régimen de transición y la configuración del abuso del derecho.

-SU 631 DE 12 DE OCTUBRE DE 2017:

“Para la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es claro que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, “estatuó en forma expresa los cuatro elementos estructurales esenciales del derecho a la pensión de vejez, dos relacionados con el acceso a la prestación, y dos con la cuantificación del derecho económico”[96]. Mientras la edad del afiliado y el tiempo de servicio o las semanas de cotización son elementos ligados al acceso al derecho, el monto de la prestación y el índice base de liquidación, son útiles para cuantificarlo.

Los elementos propios de la cuantificación de la prestación pensional -señaló dicha Alta Corporación en la sentencia en cita- son distintos entre sí. El índice base de liquidación -IBL-, por un lado, refiere el ingreso salarial que se tendrá en cuenta para aplicar la tasa de reemplazo y liquidar la mesada. Ese salario, bien puede ser igual a una única asignación (como en el caso del Decreto 546 de 1971) o a un promedio de lo devengado, ambas opciones en un marco temporal definido por el Legislador. En esa medida el IBL “depende de los ingresos del afiliado durante un lapso determinado por la ley”[97]. Entre tanto, el monto pensional o la tasa de reemplazo, alude al porcentaje del IBL que establece la ley. Aplicada la tasa de reemplazo al IBL, se estima la mesada pensional a devengar.

Así las cosas, a modo de ejemplo, el artículo 6° del Decreto 546 de 1971 al establecer que “los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho (...) a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas”, establece como IBL la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio el funcionario y, como monto pensional, el 75% de ese ingreso.

La jurisprudencia de esa Corporación, como la de la Corte Constitucional ha señalado que el régimen de transición excluyó deliberadamente el IBL[98]. De tal modo a las personas beneficiarias del mismo, si bien le son aplicables los requisitos de acceso a la pensión del régimen anterior, cuales son la edad y el tiempo de servicio o las semanas cotizadas, para efecto de cuantificar la prestación, deben conciliar el monto de la pensión fijado en el régimen especial, y el IBL del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En esa medida cualquier pensión que en marco del régimen de transición, haya sido cuantificada exclusivamente con arreglo al régimen anterior y sin armonizarlo con las reglas sobre el IBL del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, 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”[99] y puede llegar a afectar patrimonialmente al sistema de pensiones, en desconocimiento de los principios de solidaridad e igualdad[100].

Todo ello para decir que el primero de los criterios para identificar la existencia de un posible abuso del derecho ocurrido en forma palmaria, es el reconocimiento y aplicación de un IBL distinto a aquel fijado en la Ley 100 de 1993, siempre que el derecho se haya adquirido durante su vigencia.

(...)

30. Dicho lo anterior un abuso del derecho que se verifica con un carácter palmario, puede ser verificable en los eventos en los cuales (i) con ocasión de una vinculación precaria del servidor público en la Rama Judicial, en un cargo de más elevada jerarquía y remuneración respecto de aquel en el que se desempeñaba con anterioridad, (ii) se declaró judicialmente en su favor un incremento porcentual trascendental desde el punto de vista particular.



LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO

 ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
 ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
 ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO

Ello con independencia de que la vinculación precaria tenga origen en la aplicación alternativa e infundada del IBL de un régimen especial, en los términos anotados en el fundamento jurídico anterior.

31. A continuación cada uno de los elementos de la relación plasmada en el numeral 30, será analizado para efecto de consolidar los criterios a tener en cuenta para valorar la existencia de un abuso del derecho en forma palmaria.

(I) De la vinculación precaria.

31.1. En la medida en que el índice base de liquidación se refiere al periodo a tener en cuenta para establecer el promedio o el valor de lo devengado que será determinante al momento de cuantificar la prestación, en los eventos en los que se haya aplicado un IBL distinto al de la Ley 100 y consagrado en un régimen especial, cuanto más reducido sea el lapso que puede afectar la cuantía de la mesada pensional, cobra mayor relevancia el concepto de vinculación precaria. Sin embargo, como se ha anotado sus efectos pueden darse por la mera aplicación del régimen especial anterior a la Ley 100.

31.2. La vinculación precaria ha sido entendida como la relación entre un empleado o funcionario público y el Estado, que tiene una duración reducida en el tiempo^[101]. El elemento que define la precariedad del vínculo laboral es por lo tanto su fugacidad.

En muchos casos el carácter fugaz de la relación laboral obedece a la satisfacción de un encargo o una provisionalidad (temporales por definición^[102]) por parte de un servidor que desempeña funciones en propiedad o de un particular, para desempeñarse en un cargo de mayor jerarquía y remuneración.

La brevedad en el desempeño de las funciones de mayor remuneración puede llegar a menoscabar en casos concretos los cimientos del sistema de seguridad social, cuando propicia la consolidación de derechos pensionales con fundamento único en la remuneración percibida durante la vinculación precaria.

En este caso, el Decreto 546 de 1971 en su artículo 6° estableció que "los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia en el jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas".

Del tenor literal de esa norma se desprende que, incluso con un mes de servicio en un cargo de mayor remuneración, el empleado o el funcionario de la Rama Judicial^[103] beneficiario de ese régimen, podría causar una pensión con apoyo en el salario devengado durante aquel corto periodo de vinculación. Lo anterior, a condición de que dicho salario sea el más alto del último año de servicios. Entonces, incluso con apenas un mes cotizado con arreglo a ese salario, tendría la posibilidad de percibir, durante el resto de su vida, una pensión con fundamento en esa mínima cotización, lo que a primera vista aparece carente de razonabilidad desde la lógica solidaria del sistema.

Por ejemplo si una persona ocupó un cargo de mínima remuneración, como empleado de la Rama Judicial, durante toda su vida y con fundamenta en ese ingreso cotizó, no tiene sentido que, si durante el último año de servicios trabajó como Magistrado de una Alta Corporación, y solo lo hizo durante un mes, su mesada pensional sea tan alta como el sueldo percibido durante esa mensualidad. No lo tiene porque lo que habrá aportado a pensiones dicho trabajador, no guardará relación con los beneficios que obtendrá del sistema.

31.3. Desde esta óptica, es cuestionable que las vinculaciones precarias tengan un papel decisivo para establecer, con fundamento exclusivo en ella, la cuantía de la mesada pensional. Ello



LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO

ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
 ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
 ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO
 MAGISTER DERECHO ADMINISTRATIVO

materialemente socava la sostenibilidad del sistema pensional y lo hace disfuncional. Admite situaciones en las cuales la prestación pensional, en su cuantía y en virtud de esas vinculaciones precarias, se torna incompatible con la historia laboral del pensionado. En ese escenario, los fondos pensionales se ven forzados a subsidiar mensualmente mesadas pensionales de personas sobre las que es difícil predicar una vulnerabilidad económica, con lo cual se subvierte el fin que inspira el principio de solidaridad. Conferir a una vinculación precaria la vocación para cambiar una historia de cotización, en virtud de un nombramiento temporal, impactaría en forma desproporcionada los derechos de las generaciones futuras a tener un sistema de pensiones estable y sostenible.

31.4. Ahora bien, queda claro que se presentan vinculaciones precarias cuando un servidor durante la mayor parte de su vida laboral aportó con una base de cotización y luego (tal y como se presenta en los casos analizados), en el transcurso del último año de servicios, es nombrado para un cargo de mayor remuneración por un tiempo corto. Con fundamento en esa vinculación obtiene un ingreso más alto que, conforme el artículo 6° del Decreto 546 de 1971, sirve para calcular su IBL y estimar su mesada pensional que, así, no responderá a la cotización histórica efectuada.

En casos como los que se analizan en los que el marco temporal que sirve para liquidar la prestación es el último año de servicios, se considerará una vinculación precaria el ejercicio de una función en la Rama Judicial o en el Ministerio Público que, conforme las particularidades del caso, sea minúsculo para un periodo anual.

31.5. Ahora bien, si el elemento que define la precariedad del servicio público prestado es la fugacidad, como ha quedado claro, no es admisible predicarlo en relación con el desempeño en cargos de mayor jerarquía y remuneración con origen en un concurso de méritos. El funcionario que durante el último año de servicios haya fungido en un cargo de mayor remuneración porque, al haber ocupado el primer puesto de la lista de elegibles correspondiente, tuvo el derecho irrefutable de acceder a él, está beneficiado con la estabilidad en el ejercicio de sus funciones y ésta impide entender que, cualquiera que haya sido su duración, haya una vinculación precaria. La vocación de permanencia que tiene el desempeño de un cargo en propiedad, sustrae el carácter fugaz del vínculo e impedirá la configuración de una vinculación precaria.

Por contraste, respecto del ejercicio de cargos por nombramiento en encargo o provisionalidad, lo cierto es que es de su naturaleza ser un mecanismo transitorio para cubrir vacantes, responder a las necesidades del servicio y evitar su parálisis, en seguimiento de los principios de eficiencia y celeridad. Dada la fragilidad del vínculo entre el funcionario y el servicio público, es difícil predicar un nivel de estabilidad tal que permita llegar a las mismas conclusiones que para los cargos desempeñados en propiedad.

(...)

31.8. El abuso del derecho surgirá de modo palmario cuando además de una vinculación precaria, se presente un incremento excesivo de la mesada pensional y con él una ventaja ilegítima, que comprometa los principios de igualdad y solidaridad en el caso concreto.

La mesada pensional debe haberse incrementado de tal forma que implica un tratamiento diferenciado para quien la obtuvo. Tal incremento ha de ser verificado en cada caso concreto y dejará al descubierto el resultado del abuso del derecho desde el punto de vista del pensionado. La importancia de esta verificación es que tiene la virtualidad de revelar al juez constitucional la dimensión material de las ventajas ilegítimas, desde el punto de vista legal o constitucional, en favor del pensionado.

(...)

En esa medida, haber reliquidado la pensión de las señoras Santander y Aya sin tener en cuenta que la vinculación precaria de la que fueron beneficiarias, le otorgó una ventaja irrazonable que

199

LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO

ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO
MAGISTER DERECHO ADMINISTRATIVO

no encuentra correspondencia con su historia laboral, implica sin lugar a dudas que la interpretación de las disposiciones aplicables al caso concreto, contenidas en el Decreto 546 de 1971, se hizo sin tener en cuenta otras normas aplicables que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática de ella; con lo que se subsume la conducta de las autoridades judiciales denunciadas en un defecto sustantivo, conforme lo mencionado sobre él en esta providencia.

SU-023 del 5 de abril de 2018:

(...)

“

1.1.1.1. Corte Constitucional

1. En la jurisprudencia constitucional pueden diferenciarse dos etapas. Una, antes de la expedición de las sentencias C-253 de 2013 y SU-230 de 2015 (periodo en el cual se profirió la Sentencia T-022 de 2010 y el Auto 144 de 2012) y otra después de estas decisiones. En la primera etapa, de la que son ejemplo las sentencias T-1122 de 2000, T-1000 de 2002, T-830 de 2004, T-1087 de 2006, T-143 de 2008 y T-610 de 2009, las Salas de Revisión de la Corte Constitucional señalaron que se vulneraban los derechos pensionales cuando no se aplicaba en su integridad el régimen especial en el que se encontraban amparados los beneficiarios del régimen de transición. Lo anterior, con fundamento en el principio de favorabilidad en material laboral y la interpretación constitucional que del mismo, hasta ese momento, había hecho la Sala Plena, en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, en especial, en las sentencias C-168 de 1995 y C-279 de 1996.
2. La segunda etapa inició con la expedición de la Sentencia C-258 de 2013, la cual se ha consolidado hasta la actualidad. En dicha sentencia, la Corte estableció unos parámetros de interpretación del régimen especial que se contenía en la Ley 4ª de 1992. Estableció, entre otras cosas, que no había fundamento alguno para extender un tratamiento diferenciado y ventajoso en materia de IBL a los beneficiarios del régimen especial que consagraba dicha normativa, pues ello daría lugar a la concesión de una ventaja que, según se indicó, no había sido prevista originalmente por el legislador al expedir la Ley 100 de 1993. Frente a este aspecto, la Sala resaltó 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 pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas”. Con fundamento en esta consideración concluyó, primero, que el régimen de transición autorizaba la aplicación ultractiva de reglas las relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo y, segundo, que el “Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36” de la Ley 100 de 1993.
3. En la sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015, la Sala Plena unificó su jurisprudencia en la materia. Consideró que, “[a]unque la interpretación de las reglas del IBL establecidas en la Sentencia C-258 de 2013 [80] se enmarcan en el análisis del régimen especial consagrado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, (...), ello no excluye la interpretación en abstracto que se realizó sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en este las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca” (negritas propias)²⁰.
4. Con fundamento en esta postura unificada, y en virtud de lo dispuesto en la segunda parte del artículo 34 del Decreto 2591 de 1991²¹, las Salas de Revisión han reiterado que el régimen de transición en comento únicamente ampara las reglas relacionadas con la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y la tasa de reemplazo; en otras palabras, que los aspectos referentes al cálculo del IBL deben regirse por las normas que se encuentren vigentes.
5. Adicionalmente, la Sala Plena, en las distintas sentencias de unificación que ha expedido luego de aquella, y en que ha desarrollado de manera tangencial la materia (sentencias SU-427 de



LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO

 ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
 ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
 ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO
 MAGISTER DERECHO ADMINISTRATIVO

2016² y SU-631 de 2017²¹, SU-210 de 2017 y SU-395 de 2017), ha reiterado dicha postura sin que hasta la fecha se hubiese modificado su jurisprudencia. En particular, en las sentencias SU-210 y SU-395 de 2017 la Corte, por una parte, reiteró la tesis expuesta y, de otra, precisó que los pagos por primas técnicas y especiales no podían considerarse factores salariales para efectos de considerarlos incluidos en el IBL. Ambas conclusiones, para la Sala Plena no lesionaban los derechos de los trabajadores, como tampoco se incumplía el deber de protección en relación con el derecho al trabajo ni desconocían derechos adquiridos, por las siguientes razones: (i) la estabilidad del régimen pensional, si bien no da lugar a un derecho adquirido, sí protege una expectativa legítima. (ii) Esa especial protección se deriva no solo de la confianza a la estabilidad de las reglas pensionales, sino también del carácter progresivo de los derechos sociales, y, por consiguiente, si bien el legislador puede reformar ese régimen, tal potestad debe estar fundamentada en criterios de razonabilidad, proporcionalidad, justificación suficiente. Finalmente, (iii) estas razones permitieron que el constituyente derivado reformara el artículo 48 de la Constitución (Acto Legislativo 01 de 2005), debido a que el régimen de transición no podía ser, en sí mismo, considerado como indefinido en el tiempo.

1.1.1.2. Síntesis de la jurisprudencia de las Altas Cortes en cuanto al alcance del artículo 36 de la Ley 100 de 1993

6. Colofón del recuento anterior, puede presentarse el siguiente cuadro:

Alta Corte	Edad (norma)	Tiempo o semanas de cotización (norma)	Monto corresponde a:	IBL (norma)
Consejo de Estado (numeral 5.1.2.1 supra)	Rég. de transición.	Rég. de transición.	La liquidación aritmética del derecho	Rég. de transición.
Corte Suprema (numeral 5.1.2.2 supra)	Rég. de transición.	Rég. de transición.	Al porcentaje	Ley 100 de 1993
Corte Constitucional (numeral 5.1.2.3 supra)	Rég. de transición.	Rég. de transición.	A la tasa de reemplazo	Ley 100 de 1993

7. Dos conclusiones se derivan del estudio contenido en los numerales anteriores: primero, que, en la actualidad, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional tienen una interpretación similar del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y, segundo, que el Consejo de Estado difiere de la interpretación de las otras Altas Cortes, básicamente, porque considera: (i) que el artículo 36 da lugar a varias interpretaciones y que, ante esa situación, debe acudir a la interpretación más favorable para quien se pretende pensionar, es decir, la que resulte más conveniente en cada caso; (ii) que el concepto de "monto", desde una perspectiva gramatical, no excluye per se, la noción de IBL; y (iii) que aplicar de forma "fraccionada" el régimen de transición, esto es, determinando la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el "monto" con la norma derogada, y el IBL con la norma vigente, implica el desconocimiento de los principios de inescindibilidad normativa y de seguridad jurídica. Estos argumentos, sin embargo, no son compatibles con la jurisprudencia constitucional de unificación de la Sala Plena de la Corte Constitucional, por las siguientes razones:

8. (i) Según los criterios expuestos en la sentencia C-168 del año 1995, en la que la Corte analizó la constitucionalidad de los incisos 2° y 3° del artículo 36 de la ley 100 de 1993, la favorabilidad en materia laboral opera cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal o entre dos normas de idéntica fuente y, adicionalmente, cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones²². A juicio de la Sala, ninguno de los dos eventos se presenta en el caso concreto, primero, porque las normas que se aplican de forma ultractiva en virtud del régimen de transición no están vigentes y, por ende, en estricto sentido no puede



2021

LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO

ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
 ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
 ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO
 MAGISTER DERECHO ADMINISTRATIVO

predicarse un conflicto entre dos normas válidas²³ y, segundo, porque el mencionado artículo 36, de todas formas, no tiene varias interpretaciones; tiene una que fue fijada, en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, por la Sala Plena en la Sentencia C-258 de 2013, en los términos del numeral 5.1.2.3 supra²⁴.

9. (ii) Más allá del alcance gramatical de la palabra "monto", lo cierto es que, al analizar los antecedentes legislativos de la Ley 100 de 1993 y la literalidad del inciso 3° del artículo 36 ibídem, puede concluirse que el legislador excluyó del régimen de transición lo relacionado con el IBL, toda vez que, en el mencionado numeral, dispuso: "[e]l ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior [numeral 2°]" debe ser el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para adquirir el derecho, si es que para ello faltasen menos de diez años, o el cotizado durante "todo el tiempo" cuando faltaren menos de diez años para adquirir ese derecho.

10. (iii) No es cierto que se vulnere la seguridad jurídica, pues, precisamente, lo que se busca con la implementación de un régimen de transición es beneficiar a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas, esto es, adoptar medidas tendientes a darles certeza sobre el régimen jurídico aplicable y los instrumentos y mecanismos necesarios para garantizar la vigencia de sus derechos e intereses pensionales.

11. (iv) Tampoco es cierto que la aplicación del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de lugar, per se, al desconocimiento del principio de "inescindibilidad" o "conglobamento", en los términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Si bien es cierto que las disposiciones deben "aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido"²⁵, también lo es que aquel principio no es absoluto, pues el propio legislador puede determinar la forma en la que se debe aplicar una disposición, como, de manera expresa, lo hizo en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. De no ser así, incluso, no tendría razón de ser la aplicación del régimen de transición en materia pensional. De otra parte, advierte la Sala que, de todas formas, dicho principio admite diversas limitaciones por parte del juez, las cuales, en todo caso, tienen que ser valoradas atendiendo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

12. Por lo demás, advierte la Sala que fue el legislador el que estableció que el IBL debía regularse de esa forma, es decir, que no se trata del fraccionamiento de un régimen sino de la aplicación del mismo según los postulados legislativos, incluso, así lo entendió el Consejo de Estado antes de noviembre del año 2000, como tuvo oportunidad de precisarse en el numeral 5.1.2.1 supra.

1.1.2. Reglas de la jurisprudencia constitucional aplicables al régimen de transición y, en particular, al IBL

13. Como conclusión del análisis que antecede, las principales reglas jurisprudenciales, en cuanto al alcance del régimen de transición que estatuyó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, derivadas del ejercicio del control abstracto de constitucionalidad (Sentencia C-258 de 2013) y del alcance de los derechos fundamentales que involucra, decantadas en las sentencias de unificación antes citadas, son las siguientes:

14. (i) El régimen de transición no puede caracterizarse como una especie de derecho adquirido sino de expectativa.

15. (ii) El régimen de transición tenía como fecha final el 31 de julio de 2010, excepto para quienes hubiesen cotizado, al menos, 750 semanas al 25 de julio de 2005, momento en el cual



LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO

ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
 ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
 ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO
 MAGISTER DERECHO ADMINISTRATIVO

entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005; para estas personas, dicho régimen se mantuvo hasta el 31 de diciembre de 2014, con el fin de que pudieran reunir los requisitos para ser acreedores a la pensión de vejez. Para estos últimos efectos, el derecho debía consolidarse hasta el 31 de diciembre de 2014.

16. (iii) El régimen de transición está restringido a tres categorías de trabajadores: (i) mujeres que al 1 de abril de 1994 tuvieran 35 años de edad o más; (ii) hombres que al 1 de abril de 1994 tuvieran 40 años de edad o más; y (iii) trabajadores que hubieren acreditado 15 o más años de servicios cotizados al 1 de abril de 1994 (750 semanas) sin consideración de su edad.
17. (iv) A los beneficiarios del régimen de transición les son aplicables las reglas previstas en las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 sobre: (i) edad para consolidar el derecho; (ii) tiempo de servicios o semanas cotizadas; y (iii) monto de la pensión.
18. (v) El monto corresponde a la tasa de reemplazo o, en términos de la Corte Suprema de Justicia, al porcentaje que se aplica al calcular la pensión.
19. (vi) El Ingreso Base de Liquidación (IBL), para el caso de las personas a las que se refiere el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 del año 1993 (regla iii supra), es el que regula el inciso 3º del referido artículo 36, en concordancia con el artículo 21 ibídem y otras normas especiales en la materia.
20. (vii) Los factores constitutivos de salario, que deben tenerse en cuenta para calcular el monto de la pensión de jubilación, por un lado, deben valorarse según las consideraciones de la sentencia SU-395 de 2017 y, por el otro, tienen que ser específicamente calculados para cada caso en concreto.
21. (viii) La acreditación del carácter subsidiario de la acción de tutela, en los términos de las sentencias SU-427 de 2016 y SU-631 de 2017, a pesar de que se cuente con la posibilidad de agotar los recursos ordinarios y, eventualmente, el recurso extraordinario de revisión que regulan los artículos 19 y 20 de la Ley 797 de 2003²⁶, está supeditada, a que se trate de un supuesto de "abuso palmario del derecho". Este se configura, si se constata (i) un caso de "vinculación precaria" en "un cargo de mayor jerarquía y remuneración" y, (ii) que hubiese conllevado a un "incremento excesivo en la mesada pensional".

Los anteriores precedentes jurisprudenciales, igualmente han sido aplicados, entre otras, en las sentencias de tutela T-078 de 2014, 060 del 15 de febrero de 2017, 661 de 2017, Sentencia T-497 de 2017, 039 de 2018, 034 de 2018, 212 de 2018 y 018 de 2018, así como en los autos de Sala Plena A-326 de 2014 y A-229 de 10 de junio de 2017.

Finalmente, la causante no es beneficiaria del régimen de transición pues al 1 de abril de 1994, no contaba con los 15 años de servicio, ni tampoco con 750 semanas cotizadas para 25 de julio de 2005, y en consecuencia le resulta aplicable los presupuestos generales del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, por lo que los requisitos para el reconocimiento pensional se consolidaron cuando la demandada estaba afiliada a Colpensiones en razón del traslado masivo de pensionados de CAJANAL al ISS, siendo COLPENSIONES la competente del reconocimiento de la prestación periódica bajo estudio.

IV. DE LAS COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Por último, si en gracia de discusión el Despacho accediera a las pretensiones de la demanda y se condenará a la entidad en costas, vale la pena mencionar que de conformidad con el numeral 8º del artículo 365 del CGP, el mismo prevé lo siguiente: "Sólo habrá lugar a costas




LAURA MARITZA SANDÓVAL BRICEÑO
 ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
 ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
 ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO
 MAGISTER DERECHO ADMINISTRATIVO

cuando en el expediente aparezcan que se causaron y en la medida de su comprobación". Ello implica que no necesariamente en todos los eventos de condena deba realizarse de manera objetiva la condena en costas, salvo que en el expediente se advierte que aparezcan comprobadas.

No se desconoce el pronunciamiento del Consejo de Estado de fecha 7 de abril de 2016²⁷, en el que se acoge el criterio objetivo valorativo respecto a la causación de las costas, no obstante, como quiera que no se trata de un pronunciamiento unificado de la Sección Segunda, se considera que debe continuarse aplicando la tesis de la Subsección A del Consejo de Estado que indica: "... la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el Juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada"²⁸

Entonces, atendiendo lo expuesto en precedencia y como quiera que no se advierte temeridad o mala conducta por parte de mí representada en los términos previstos del Art. 79²⁹ del C.G.P, no hay lugar a que en tal caso se imponga dicha condena. Lo anterior, se reitera en el art. 280 del C.G.P. que establece que en la sentencia "El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella".

Sumado a lo anterior, es relevante traer a colación la sentencia de fecha 10 de abril de 2014, con ponencia de la M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz, dentro del proceso No. 15001333300920130002601, en la que se ordenó la no condena en costas, cuando se acceden parcialmente a las pretensiones de la demanda.

V. EXCEPCIONES

Me permito proponer:

PRIMERA: FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

Sustentó el presente medio exceptivo en el hecho que como es sabido la UGPP tiene a su cargo los asuntos de carácter pensional de las entidades liquidadas; también es cierto, que en razón a lo dispuesto en la Ley 1151 de 2007, se le asignó la función de reconocer los derechos pensionales causados a cargo de las administradoras del Régimen de Prima Medio y de las entidades públicas del Orden Nacional liquidadas y que tuvieran a su cargo el reconocimiento de pensiones, motivo por el cual asumió las obligaciones, entre otras, de la extinta CAJANAL.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN "A" Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 13001-23- 33-000- 2013-00022- 01. Número Interno: 1291-2014.

²⁸ Consejo de Estado. Expediente 47001233300020120001301 (1755-2013) C.P. Dra. Sandra Lissette Ibarra Vélez.

²⁹ "Se presume que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.
2. Cuando se aduzcan calidades inexistentes.
3. Cuando se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos.
4. Cuando se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas.
5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso.
6. Cuando se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas".



204

LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO
 ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
 ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
 ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO
 MAGISTER DERECHO ADMINISTRATIVO

Así mismo, conviene mencionar que si bien la Ley 100 de 1993, instituyó al Instituto de Seguros Sociales como el administrador natural del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, también lo es, a partir de la supresión y liquidación del ISS ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicha entidad fue relevada por la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES-, creada por la Ley 1151 de 2007 para, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del Instituto de Seguros Sociales ISS y de CAPRECOM, salvo el caso de los afiliados a ésta última entidad (CAPRECOM) que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011, las cuales quedaron a cargo de la misma, mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias; así, los reconocimientos pensionales fueron asumidos por COLPENSIONES a partir del 28 de septiembre de 2012.

Por su parte, el Decreto 2013 de 2012, por medio del cual suprimió y se ordenó la liquidación del Instituto de Seguros Sociales-ISS, estableció en sus Arts. 27 y 28 lo siguiente:

Artículo 27. Obligaciones pensionales del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación en su calidad de empleador. La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) asumirá en un plazo no mayor a nueve (9) meses a la fecha de expedición del presente Decreto, la administración en los términos de los artículos primero y segundo del Decreto 169 de 2008 de los derechos pensionales legalmente reconocidos por el Instituto de Seguros Sociales en Liquidación en su calidad de empleador.

Artículo 28°. Reconocimiento de pensiones. la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP, será la competente para reconocer y administrar la nómina de las pensiones válidamente reconocidas por el Instituto de Seguros Sociales - ISS, en calidad de empleador, a los cuales se refiere el artículo anterior. La misma entidad estará facultada para reconocer las pensiones de los ex trabajadores del Instituto de Seguros Sociales - ISS que hayan cumplido con la totalidad de los requisitos legales y convencionales para adquirir este derecho o a quienes habiendo cumplido el tiempo de servicio o cotización cumplan la edad requerida para tener dicho derecho en los términos de las normas que les fueran aplicables. - negrilla fuera de texto-

De manera, que la UGPP tiene solo competencia para el reconocimiento y pago de los derechos pensionales que le correspondían al liquidado ISS, tan solo en relación con los ex trabajadores del instituto en mención, es decir, solo en calidad de empleador.

Ahora bien, se advierte de la documental obrante en el expediente que el extinto ISS ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de vejez y que a la postre, en atención al deceso de la señora Gloria Inés Rodríguez de Leguizamón (q.e.p.d), le fue reconocida una sustitución pensional al demandante a través de la Resolución No. GNR 112664 del 28 de mayo de 2013, prestación periódica que pretende el beneficiario le sea reliquidada.

Es así que la entidad que otorgó el reconocimiento de la pensión de vejez, como la pensión de sobrevivientes que se pretende sea reliquidada, lo fue por el extinto Instituto de Seguros



Laura Maritza Sandoval Briceno
ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO
MAGISTER DERECHO ADMINISTRATIVO

Sociales y la Administradora Colombiana de Pensiones, respectivamente, esta última sucedió al instituto en cuestión.

De otra parte, debe mencionarse que, si bien la razón por la cual se vinculó a la entidad en el caso sub examine, lo fue en atención a que supuestamente la causante realizó aportes a la extinta CAJANAL y con posterioridad a COLPENSIONES, al ser ésta última entidad a la cual la causante realizó los aportes al sistema, pues en efecto fue quien ordenó los reconocimientos pensionales que hoy son objeto de debate procesal, sin que en ningún momento se le hiciera parte a la entidad de las supuestas cuotas pensionales que realizó la señora Rodríguez de Leguizamón (q.e.p.d), a la extinta CAJANAL

Por último, no sobra de más traer a colación lo dispuesto en el Art. 2 de la Ley 33 de 1985, que prevé:

“Artículo 2°. La Caja de Previsión obligada al pago de pensión de jubilación, tendrá derecho a repetir contra los organismos no afiliados a ellas, o contra las respectivas Cajas de Previsión, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido o aportado a ellos. El proyecto de liquidación será notificado a los organismos deudores, los que dispondrán del termino de quince (15) días para objetarlo, vencido el cual se entenderá aceptado por ellos.”

En conclusión, como quiera que el debate procesal no versa sobre el reconocimiento de una prestación periódica, que ya fue en su momento debidamente reconocida por el extinto ISS hoy COLPENSIONES, no existe fundamento legal para que se vincule la entidad, más aún cuando se insiste que no fue quien profirió los actos administrativos que son objeto de control de legalidad y de contera quien reconoció el derecho pensional cuenta con herramientas jurídicas para el cobro de los valores que por demás corresponda a los cuota partistas.

SEGUNDA: FALTA DE JURISDICCIÓN O COMPETENCIA

Sea lo primero indicar, que el Art. 104 señala los casos en los cuales la jurisdicción de lo contencioso administrativo es competente para conocer los casos puestos a su estudio, el cual a la voz reza:

ARTÍCULO 104. DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. *La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. Igualmente conocerá de los siguientes procesos:*

- 1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable.*
- 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.*
- 3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.*



LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO

ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
 ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
 ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO
 MAGISTER DERECHO ADMINISTRATIVO

4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público.

5. Los que se originen en actos políticos o de gobierno.

6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades.

7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado.

PARÁGRAFO. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%."

Por su parte, el artículo 105 *ibídem*, señala las excepciones en las cuales la jurisdicción no es competente:

"ARTÍCULO 105. EXCEPCIONES. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos:

1. Las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos.

2. Las decisiones proferidas por autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, sin perjuicio de las competencias en materia de recursos contra dichas decisiones atribuidas a esta jurisdicción. Las decisiones que una autoridad administrativa adopte en ejercicio de la función jurisdiccional estarán identificadas con la expresión que corresponde hacer a los jueces precediendo la parte resolutive de sus sentencias y deberán ser adoptadas en un proveído independiente que no podrá mezclarse con decisiones que correspondan al ejercicio de función administrativa, las cuales, si tienen relación con el mismo asunto, deberán constar en acto administrativo separado.

3. Las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.

4. Los conflictos de carácter laboral surgidos entre las entidades públicas y sus trabajadores oficiales."-*negrilla fuera de texto-*

Conforme a lo anterior, se tiene entonces que la jurisdicción conoce de los asuntos donde exista en efecto una relación legal y reglamentaria entre servidores públicos o particulares que ejerzan funciones administrativas con entidades públicas del estado, siendo entonces la excepción, tratándose de conflictos de carácter laboral surgidos entre entidades públicas y trabajadores oficiales, como ocurre en el presente caso.

Por su parte, el H. Consejo de Estado³⁰, en atención a la excepción contenida en el numeral 4 del artículo anteriormente referido, ha manifestado: "Reiteradamente esta Corporación ha precisado que la justicia contencioso administrativo no es competente para conocer las acciones de restablecimiento de carácter laboral, cuando provengan de un contrato de trabajo, porque lo que determina la jurisdicción a la cual corresponde un asunto laboral, no es la naturaleza del acto en que se consagra el derecho reclamado sino la relación de trabajo dependiente"

A su turno, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la judicatura, al resolver un conflicto negativo de jurisdicción el 27 de agosto de 2014, entre el Juzgado Cuarto Administrativo de Tunja y el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tunja, indicó lo siguiente:

³⁰ SENTENCIA DEL 6 DE MAYO DE 1994, DENTRD DEL RADICADO NO. 6153, CON PONEECIA DE C.P DOLLY PEDRAZA DE ARENAS.



LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO
 ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
 ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
 ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO
 MAGISTER DERECHO ADMINISTRATIVO

"La Sala reitera que "no es el nomen juris de la demanda la que determina la jurisdicción o tramitar el proceso, sino la real pretensión y objeto del litigio", de tal modo que corresponde al Consejo Superior de la Judicatura, en su calidad de tribunal de conflictos inter-jurisdiccionales, interpretar con carácter vinculante las normas que atribuyen competencias a las jurisdicciones que entran en colisión. Esta labor interpretativa está íntimamente ligada al análisis del caso concreto que consiste en la verificación de la realidad procesal de lo que se pretende con la demanda, integrando para ello las circunstancias de hecho y de derecho que la rodean y condicionan.

En aplicación del anterior postulada al caso concreto, la Sala constata que la demanda presentada el 5 de septiembre de 2012 por el señor Manuel José Ostos Saavedra, originalmente encausada en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, tiene como finalidad real y última la reliquidación de una pensión por parte - actualmente - de la UGPP, toda vez que en su momento Cajanal no tuvo presuntamente en cuenta la totalidad de factores salariales necesarios para dicha operación. El objeto de la litis es pues, determinar si procede o no la reliquidación de la pensión del demandante, sin que se esté cuestionando el vínculo laboral que unió en su momento al señor Ostos Saavedra con el Fondo Nacional de Caminos Vecinales. Par ella, se resalta, la controversia sometida al juez no es de carácter laboral, sino relativa a la seguridad social.

De acuerdo con las anteriores circunstancias, al tratarse entonces de un litigio dentro del ámbito de la seguridad social, la Sala debe verificar si concurren los criterios exclusivos y excluyentes de asignación del asunto a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y así determinar si aplica o no la cláusula general y residual de competencia de la jurisdicción ordinaria.

(...)

Y, en cuanto al primero de los requisitos mencionados, la Sala constata que obra en el expediente suficiente material probatorio que acredita que el demandante trabajó como auxiliar de mecánica para el Fondo Nacional de Caminos Vecinales, trabajó vinculada formalmente mediante contrato de trabajo y relacionada dentro del listado de personal perteneciente al grupo de trabajadores oficiales.

(...)

Del anterior análisis se concluye que el presente asunto corresponde a una controversia relativa a la seguridad social de un trabajador oficial cuya pensión es administrada por una entidad pública, por lo que, al no tratarse del supuesto exclusivo y excluyente de una controversia entre un empleado pública y un administrador público del régimen de seguridad social, procede naturalmente la aplicación de la cláusula general y residual de competencia de la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral y de seguridad social." (Negrita del Despacho).

Conforme a lo anterior, se colige que la jurisdicción contenciosa administrativa es competente, solo en aquellos casos donde versan conflictos de seguridad social entre una entidad pública y un empleado público.

Ahora bien, se colige de la documental aportada por la parte actora, que la señora Gloria Inés Rodríguez de Leguizamón (q.e.p.d), laboró para el ICBF desde el 8 de abril de 1976 al 31 de diciembre de 2011, en el cargo de auxiliar de servicios generales, por tanto, se puede colegir que no se trata del ejercicio de un cargo directivo o el ejercicio de funciones administrativas, por el contrario, si se logra inferir que la función por ella desempeñada es la de un trabajador oficial, situación que de facto configura la excepción en cuestión.

TERCERA: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO

Mi representada no fue quien reconoció y pago la pensión de vejez de la causante, como tampoco la pensión de sobrevivientes al demandante, de manera que es a la Administradora Colombiana de Pensiones a quien le corresponde en un supuesto la reliquidación pensional pretendida.



32

202

LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO

ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO
MAGISTER DERECHO ADMINISTRATIVO

CUARTA: PRESCRIPCIÓN DE MESADAS

Aun cuando ya se señaló que mi representada no participó en el reconocimiento pensional debatido, en caso de una eventual condena tras acceder a las pretensiones de la demanda, solicito muy respetuosamente, se declare la prescripción de las mesadas o las diferencias de las mensualidades causadas con anterioridad a los tres años de la presentación de la demanda y con respecto a la fecha de adquisición del status pensional, de acuerdo con los decretos 1848 de 1969 y 3135 de 1968.

QUINTA: SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO OFICIOSO DE EXCEPCIONES

Señor (a) Juez, si en el transcurso del proceso encuentra probados hechos que constituyen una excepción de fondo, solicito muy respetuosamente se declare de oficio en la sentencia, tal como lo prevé el Art. 180-6 del CPACA.

Así mismo, fundamento mi petición en lo preceptuado en el artículo 187 *ibídem* el cual establece: "(...) En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus (...)".

VI. MEDIOS DE PRUEBA

Para demostrar los hechos expuestos en la contestación de la demanda y en las razones de la defensa, solicito a su Señoría, se sirva decreta y practicar las siguientes pruebas:

A. DOCUMENTALES

Sírvase tener como pruebas los siguientes documentos:

1) Documentos aportados:

Tal como lo certificó el Subdirector de Gestión Documental de la UGPP, una vez revisada las transferencias efectuadas por el extinto ISS a la entidad, no se recibió expediente administrativo o pensional de la señora Gloria Inés Rodríguez de Leguizamón. Por tanto, no existe expediente administrativo que contenga los antecedentes de las actuaciones objeto de nulidad.

2) Documentales solicitadas:

Muy respetuosamente solicito se oficie a la entidad empleadora a **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF** para que certifique en relación con la señora Gloria Inés Rodríguez de Leguizamón (q.e.p.d) quien en vida se identificaba con cédula de ciudadanía No.40.008. 257: i) qué cargo desempeño **durante el periodo** comprendido desde 1 de abril de 1976 al 31 de diciembre de 2011, ii) qué funciones desempeñó durante el tiempo laborado ante la entidad y cuál fue su tipo de vinculación, es decir si lo fue como empleado público, en caso afirmativo indicar las resoluciones de nombramiento y posesión, si es del caso, o si por el contrario, lo fue como trabajador oficial, igualmente señalar los tipos y números de contratos laborales, iii) factores salariales devengados por la causante durante los periodos de 2001 al 2011, iv) se señale sobre cuáles de esos factores se realizaron descuentos por concepto de aportes a



LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO

ESP. DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
 ESP. DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE
 ESP. DERECHO ADMINISTRATIVO
 MAGISTER DERECHO ADMINISTRATIVO

pensión y, v) a qué administradora pensional o caja de previsión se hicieron los aportes pensionales y durante qué periodos.

Sobre el particular, se manifiesta que las documentales solicitadas ya fueron tramitadas ante la entidad anteriormente mencionada a través de derechos de petición conforme lo prevé el Art. 173 del C.G.P., aplicable por remisión expresa del Art. 306 C.P.A.C.A y los cuales serán aportados con el presente escrito.

VII. ANEXOS

Acompaño la contestación de la demanda con los documentos enunciados en el acápite de pruebas y en especial, el poder especial a mi conferido para actuar dentro del proceso de a referencia.

VIII. NOTIFICACIONES.

Las de la entidad demandada que represento en la calle 19 No. 68 A - 18 Bogotá D.C., correo electrónico: notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co

Su apoderada en la Calle 21 No. 10-32 Oficina 11-02 Tunja y en el correo de notificaciones judiciales Lsandovalb@ugpp.gov.co

Cordialmente,


 LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO

C. C No. 46.451.568 de Duitama

T. P. No. 139.667 del C. S. J