



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, junio tres (03) del año dos mil veintidós (2022)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 15759333300220190006000
Demandante: GERMÁN ROBERTO GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ
Demandado: UGPP

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho¹ decidir de fondo la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, mediante sentencia en primera instancia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, el señor GERMÁN ROBERTO GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ por intermedio de apoderado solicita se declare la nulidad de la Resolución RDP 4071 de 2017 expedidas por la UGPP mediante que negó la reliquidación de la pensión de jubilación y de las resoluciones RDP 13940 y RDP 19127 de 2017, que ratificaron la primera.

Como consecuencia, y a título de restablecimiento del derecho solicita se declare que el señor Germán Roberto Gutiérrez Rodríguez en su calidad de trabajador del ISS y la ESE Policarpa Salavarrieta, tiene derecho a una pensión de jubilación liquidada con el 100% del promedio de ingreso de los últimos tres años de servicio a partir del 1 de mayo de 2008 y se ordene el pago de las diferencias entre el valor de la mesada reconocida y el valor que corresponde a la reliquidación según lo ya indicado, sobre las cuales no haya operado el fenómeno de prescripción (*fls. 2 y 3 arch 001*).

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos (*fls. 3 y 4 arch 001*) que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente manera.

Señala la demanda que el señor Germán Roberto Gutiérrez Rodríguez nació el 1 de diciembre de 1952, por lo que cumplió 55 años de edad el 1 de diciembre de 2007 y que prestó sus servicios al ISS y a la ESE Policarpa Salavarrieta hasta el 30 de abril de 2008, por lo que mediante la Resolución 1701 de 2008, ésta última (la ESE), le reconoció una pensión de jubilación con un mesada de \$1.295.561, decisión que fue objeto de recurso de reposición, que fue resuelto mediante la Resolución 3738 de 2008, confirmando.

Indica que el señor Germán Roberto Gutiérrez Rodríguez solicitó se le tuviera en cuenta solo el tiempo laborado en el ISS y se desechara el laborado en la ESE Policarpa Salavarrieta.

¹ Una vez establecida la inexistencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado y la estructuración de los presupuestos procesales para ello (Son aquellos requisitos que deben estar presentes en todo proceso, para que al Juez le resulte posible proferir una sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material, sobre las pretensiones y excepciones propuestas. Ellos son: a) demanda en forma; b) competencia; c) capacidad para ser parte; e) capacidad procesal y f) legitimación en la causa).

Arguye que con Resolución 3409 de 2010, el ISS reconoció la pensión convencional solicitada, considerando un IBL del 28 de febrero de 1997 al 27 de febrero de 2007, indexados hasta el 1 de mayo de 2008 y una mesada pensional de \$1.730.301.

Manifiesta que a través de sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral de Sogamoso del 20 de abril de 2011, se reconoció a Germán Roberto Gutiérrez la garantía de fuero sindical, la aplicación de la convención colectiva vigente suscrita entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social, hasta el 30 de abril de 2008 y el pago de unas diferencias salariales entre el 30 de marzo de 2007 al 30 de abril de 2008, la cual fue confirmada en sentencia del 23 de agosto de 2012.

Expresa que el 1 de abril de 2016, el demandante solicitó la pensión de vejez, la cual fue atendida por COLPENSIONES mediante la Resolución GNR 327109 de 2016 que reconoce la pensión de jubilación compartida a partir del 1 de abril de 2013 por valor de \$1.783.418.

Dice que mediante la Resolución RDP 048423 del 22 de diciembre de 2016, la UGPP modificó el valor de la mesada pensional por compartibilidad fijándola en la diferencia que resultare de la otorgada por el ISS a partir del 1 mayo de 2008 (\$1.295.561) y la reconocida por Colpensiones (\$1.783.418).

Señala que el 19 de septiembre de 2016, el demandante solicitó ante la UGPP la reliquidación de la pensión con un IBL equivalente al 100% del promedio de lo devengado entre el 28 de febrero de 2004 y el 27 de febrero de 2007, últimos tres años de labores en el ISS.

Expresa que por Resolución RDP 4071 del 6 de febrero de 2017, la UGPP negó la reliquidación solicitada, decisión confirmada mediante las resoluciones RDP 013940 del 31 de marzo de 2017 y RDP 19127 del 9 de mayo de 2017.

Arguye que al señor Germán Roberto Gutiérrez Rodríguez le es aplicable la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el Instituto de los Seguros Sociales y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social 2001-2004, suscrita el 31 de octubre de 2001.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

De orden constitucional: artículos 1, 2, 29, 48, 53 y 55 de la Constitución Política.

De orden Legal: artículo 47 de la Ley 100 de 1993, inciso segundo, artículo 13 de la Ley 797 de 2003 y artículo 12 del Decreto 758 de 1990.

De orden convencional: artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo Celebrada entre el Instituto de los Seguros Sociales y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social 2001-2004, suscrita el 31 de octubre de 2001.

De orden jurisprudencial: De la Corte Constitucional, C – 1035 de 20018 y del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Rad. 25000-23-25-000-2002-06050-01(0363-08) del 2 de octubre de 2008.

Expresa que con la decisión adoptada en los actos administrativos demandados la UGPP ignoró que siendo el ISS una Empresa Industrial y Comercial del Estado, conforme al artículo 33, último inciso 34 y 36 del Decreto 461 de 1994, el actor, como trabajador de dicho Instituto se rige laboralmente por el artículo 3 del Decreto 1651 de

1977, el párrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990 y por los artículos 3, 414 y 416 del CST y la Convención Colectiva.

Indica que la convención colectiva vigente a la fecha de consolidación del derecho pensional del demandante, esto es 1 de mayo de 2008, es la suscrita el 31 de octubre de 2001, entre el ISS y Sintraseguridad Social, por lo que le es aplicable el artículo 28 de la misma, toda vez que cumplió 55 años de edad el 1 de diciembre de 2007.

Señala que además la Resolución 3409 de 2010, reconoció la pensión convencional del actor tomando como ingreso base de liquidación la suma de \$207.636.108 en 10 años, que dividido en 120 meses arroja un valor mensual de \$1.730.301, donde se nota que el valor porcentual acogido es el 100% del IBL, luego la aplicación de dicho IBL es un derecho adquirido, pero el ISS se abstuvo de aplicar plenamente el artículo 98 de la Convención Colectiva, que obliga a tomar para el IBL los factores salariales devengados en los últimos tres años, a cambio de los diez años que incluyó y la respectiva indexación, que llevara los salarios devengados a valor de 2007.

Explica que con la decisión adoptada por la UGPP de negar la reliquidación de la pensión convencional del demandante, dejó de considerar que el demandante fue trabajador del ISS desde el 1 de diciembre de 1984, cumplió 40 años de edad a 1 de diciembre de 1992, luego su pensión debe liquidarse conforme a las normas vigentes antes de 1 de abril de 1994, siendo beneficiario de acuerdo integral y Convención Colectiva de 2001 (fls. 4-6 arch. 001).

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro de la oportunidad legalmente establecida la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales – UGPP, contestó la demanda (archivo 010) oponiéndose a las pretensiones y expresa la entidad no puede dar por ciertos hechos ajenos y que por tanto debe probarse que el demandante solicitó que se le tuviera en cuenta solo el tiempo laborado en el Instituto de los Seguros Sociales y se desechara el tiempo laborado en la ESE Policarpa Salavarrieta

Explica que el Juzgado Segundo Laboral Sogamoso en sentencia del 20 de abril de 2011 se reconoció al demandante la garantía del fuero sindical, se ordenó la aplicación de la convención colectiva vigente suscrita el 31 de octubre de 2001 entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social hasta el 30 de abril de 2008, además ordenó el pago de unas diferencias salariales entre el 30 de marzo de 2007 y el 30 de abril de 2008, la cual fue confirmada mediante sentencia del 23 de agosto de 2012.

Expresa que contrario a lo señalado por el demandante, en relación con la aplicación de la convención colectiva de trabajo referida, el demandante se encuentra inmerso en el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que le fue reconocida la pensión de jubilación respetando las condiciones de tiempo y edad del antiguo régimen señalado en el Decreto 1653 de 1977, que determina un régimen especial de prestaciones de los funcionarios de la seguridad social adscritos al ISS, pero indica que el IBL se establece conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994, por cuanto el derecho a la pensión se causó en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, además de la ofensiva, propuso las excepciones denominadas:

- a) “Falta de Jurisdicción o competencia”
- b) “Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido”
- c) “Inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales”
- d) “Prescripción de mesadas”

6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue radicada en la Oficina de Apoyo Judicial de Duitama, cuyo reparto correspondió al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Duitama (*arch. 02*), el que mediante auto del 7 de marzo de 2019, remite por competencia (*fl. 9, arch. 002*), siendo asignada a este Despacho.

Por auto del 8 de abril de 2019 (*arch. 004*) se admite la demanda. En proveído del 26 de agosto de 2019, se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial para el día 11 de diciembre de 2019 (*arch. 013*) fecha en que se desarrolló dicha audiencia, hasta el auto que resolvió excepciones, el cual fue objeto de recurso de apelación (*archs. 015*),alzada que fue resuelta por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en auto del 22 de octubre de 2020, confirmándola (*arch. 017*).

Por auto del 26 de julio de 2021, se fijó fecha para continuar la audiencia inicial el día 19 de agosto de 2021, la cual se llevó a cabo surtiéndose as etapas pertinentes (*archs. 023 y 024*).

El día 14 de octubre de 2021, se realizó la audiencia de pruebas (*archivos. 31 y 32*), en la que se recaudaron las pruebas documentales, se dispuso cerrar la etapa probatoria, prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, correr traslado para presentar alegatos de conclusión y para que el Ministerio Publico rindiera concepto.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de **la UGPP** presenta alegatos de conclusión dentro de la oportunidad legal (*archivo 34*), en términos similares a los expuestos en la contestación de la demanda, en los que indica que los servidores públicos fueron incorporados al sistema general de pensiones por disposición del Decreto 691 de 1994 y señala que conforme a la interpretación que ha dado la Corte Constitucional al régimen de transición previsto en la ley 100 de 1993, C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-395 de 2017, de la Corte Constitucional solo se permite la aplicación ultractiva de elementos como la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y la tasa de reemplazo contemplados para determinar las mesadas pensionales de sus beneficiarios, aclarando que el ingreso base de liquidación no era un aspecto sujeto a aplicación transición.

En el caso *sub examine*, el demandante se encuentra amparado por el régimen de transición, como quiera que tal y como se advierte en el acto de reconocimiento pensional, adquirió su derecho con 20 años de servicio, y con el 75%, conforme fue reconocido y liquidado a través de la Resolución No. 1701 del 19 de agosto de 2008, incluyendo en el IBL los factores devengados entre el 1 de junio de 1998 al 30 de mayo de 2008, conforme lo prevé el art. 36 de la Ley 100 de 1993 y los decretos 1653 de 1977 y 1158 de 1994

Entonces, en vigencia de la Ley 100 de 1993, no es viable que el ingreso base de liquidación se calculara con el promedio de lo devengado en los últimos tres años, indicando el Art. 98 de la convención colectiva de trabajo del ISS, sino que el derecho a la pensión, contraria a lo afirmado en la demanda, corresponde al promedio de lo devengado en los últimos diez años o el tiempo que le hiciere falta y que el Acto legislativo 01 de 2005 establece que las convenciones colectivas de trabajo no pueden establecer condiciones pensionales distintas a las establecidas en el sistema general de pensiones, refiriendo quienes son los funcionarios de la seguridad social prevista en el decreto 416 de 1997.

Menciona que la demandante laboró en el Instituto de Seguros Sociales desde el 2 de enero de 1986 al 28 de febrero de 2007, desempeñándose como odontólogo general,

por lo que no se desempeñó por 20 años en los cargos enlistados en el decreto 416 de 1997, por lo tanto no puede ser catalogado como funcionario de la seguridad social y no es beneficiario del decreto 1653.

La parte **demandante** no presentó alegatos de conclusión, pese a que se recibe misiva que así lo indica, empero no son anexan (*archivo 34*) y el **Ministerio Público** no rindió concepto.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae determinar si el señor Germán Roberto Gutiérrez Rodríguez tiene derecho a que se reliquide la pensión de jubilación reconocida por el Instituto de los Seguros Sociales – ISS, con aplicación de la convención colectiva de trabajo celebrada entre ésta y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social suscrita el 31 de octubre de 2001 y en consecuencia establecer si la pensión de jubilación se debe liquidar con el 100% del promedio de lo devengado en los últimos tres años de servicio contados en el periodo comprendido entre el 28 de febrero de 2004 y el 27 de febrero de 2017.

9. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Régimen pensional de los trabajadores de la seguridad social

El Decreto 2324 de 1998. *“Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre Seguro Social Obligatorio y se decreta el funcionamiento del Instituto Colombiano de Seguros Sociales”*, en su artículo 1 indica que el Instituto de Seguros Sociales es una entidad autónoma de derecho social, con personería jurídica y patrimonio propio, distinto de los bienes del Estado.

Por su parte, el artículo 4 de la norma en comento enseña: *“Los empleados y obreros del Instituto y de las Cajas Seccionales serán trabajadores particulares y gozarán de los consiguientes derechos y prestaciones sociales.” (...)*

El Decreto 443 de 1991, *“Por el cual se reorganiza el Instituto Colombiano de Seguros Sociales”*, establece la seguridad social como un servicio público orientado y dirigido por el estado (*art. 1*) y da al Instituto de los Seguros Sociales la calidad de entidad de derecho social, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (*art. 9*).

El Decreto 1651 de 1977, *“Por el cual se dictan normas sobre administración de personal en el Instituto de los Seguros Sociales”*, en su artículo 3 estipuló:

ARTICULO 3o. DE LOS SERVIDORES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Serán empleados públicos de libre nombramiento y remoción, el Director General del Instituto, el Secretario General, los subdirectores y los Gerentes Seccionales de la entidad. Tales empleados se sujetarán a las normas generales que rigen para los funcionarios de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Las demás personas naturales que desempeñen las funciones de que trata el artículo precedente, se denominarán funcionarios de seguridad social, con excepción de las personas que cumplan las funciones relacionadas con las siguientes actividades que serán trabajadores oficiales, aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado de ropa y transporte.

Los funcionarios de seguridad social estarán vinculados a la administración por una relación legal y reglamentaria de naturaleza especial, que les confiere el derecho a celebrar colectivamente con el Instituto Convenciones para modificar las asignaciones básicas de sus cargos.

La norma en comento, en su artículo 19, dispone:

ARTÍCULO 19. DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN. *“El funcionario de seguridad social que haya prestado servicios durante veinte años continuos o discontinuos al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco años si es varón o de cincuenta si es mujer, tendrá derecho al reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación. Esta pensión equivaldrá al ciento por ciento del promedio de lo percibido en el último año de servicios por concepto de los siguientes factores de remuneración:*

- a) *Asignación básica mensual.*
- b) *Gastos de representación.*
- c) *Primas técnica, de gestión y de localización.*
- d) *Primas de servicios y de vacaciones.*
- e) *Auxilios de alimentación y de transporte.*
- f) *Valor del trabajo en dominicales y feriados, y*
- g) *Valor del trabajo suplementario o en horas extras.*

No obstante lo anterior, cuando hubiere lugar a la acumulación de las pensiones de jubilación y de retiro por vejez, por ningún motivo podrá recibirse en conjunto, por uno y otro concepto, más del ciento por ciento del promedio a que se refiere el presente artículo. Por consiguiente, en dicho caso el monto de la pensión de jubilación será equivalente a la diferencia entre el referido porcentaje y el valor de la pensión de vejez.”

Ahora, el Decreto 2148 de 1992, *“por el cual se reestructura el Instituto de los Seguros Sociales, ISS”,* frente a la naturaleza del ISS señala que a partir de dicha norma funcionaría como una empresa industrial y comercial de estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, capital independiente y vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

La Ley 100 de 1993 *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”,* en el párrafo del artículo 235 señaló que los trabajadores del Instituto de los Seguros Sociales mantendrían el carácter de empleados de la Seguridad Social.

Por su parte, el inciso 1 del artículo 275 de la norma en comento estableció:

“ARTÍCULO 275. *Del Instituto de Seguros Sociales. El Instituto de Seguros Sociales, es una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el régimen de sus cargos será el contemplado en el Decreto-Ley 1651 de 1977 y podrá realizar los contratos de que trata el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.*
(...)”

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia C-579 del 30 de octubre de 1996, declaró inexecutable el párrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993, el inciso 2o del artículo 3o del Decreto-Ley 1651 de 1977, en el aparte que dice: *“las demás personas naturales que desempeñen las funciones de que trata el artículo precedente, se denominarán funcionarios de seguridad social”* y señaló que dicha sentencia solamente producirá efectos hacia el futuro, a partir de su ejecutoria. Al efecto explicó:

“Por lo tanto, en principio quienes prestan sus servicios a una empresa calificada como industrial y comercial del Estado tienen la calidad de trabajadores oficiales vinculados por una situación contractual de carácter laboral. Es la excepción la posibilidad de ostentar la calidad de empleado público, y para determinarla se ha adoptado el criterio de la actividad o función, pues sólo si se trata de tareas de dirección o confianza podrá darse ésta, regida por una relación legal y reglamentaria. Pero además, es necesario

que en los estatutos de la respectiva empresa se indique qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por empleados públicos.

(...)

Por ello resulta explicable que cuando en materia de la prestación del servicio público de salud y bajo la dirección y control del Estado, la entidad pública encargada de la misma adopta la forma de Empresa Industrial y Comercial del Estado por vía especial, las personas que a ella se encuentren vinculadas adquieren la calidad de trabajadores oficiales, salvo las excepciones establecidas en la misma ley en relación con determinados empleos o cuando en los respectivos estatutos de dicho organismo se precisen qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

Por consiguiente, resulta imperativo concluir que quienes prestan sus servicios en el Instituto de Seguros Sociales, convertido en Empresa Industrial y Comercial del Estado en virtud del Decreto 2148 de 1992 y de la Ley 100 de 1993, dada la actividad especial desarrollada por dicha entidad, tienen por regla general, la calidad de trabajadores oficiales con las salvedades a que se ha hecho referencia, impuestas por la ley o por los estatutos de la misma.

(...)

De esta manera, con la reestructuración del Instituto de Seguros Sociales, dicha entidad se transformó en Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, y por consiguiente aunque es evidente que el legislador puede crear Empresas Industriales y Comerciales del Estado con un régimen diferente al que generalmente se adopta para sus trabajadores en la categoría de oficiales con la posibilidad de crear tipos distintos y determinar restricciones mayores en lo concerniente a la fijación del régimen respectivo, en el caso particular y especial del Instituto en referencia, teniendo en cuenta la actividad desarrollada por el mismo en la prestación del servicio público de seguridad social en idénticas circunstancias competitivas con respecto a entidades privadas, es procedente concluir que al haber adoptado aquél la forma de Empresa Industrial y Comercial del Estado, sus trabajadores adquieren la calidad de oficiales, con las salvedades mencionadas, al igual que las empresas de servicios públicos domiciliarios que acogieron idéntica situación.

(...)

A juicio de la Corte, al disponer el párrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993 que los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales, dada su naturaleza de empresa industrial y comercial, mantendrán el carácter de empleados de la seguridad social, se desconoce el principio constitucional de igualdad de quienes prestan sus servicios a las empresas industriales y comerciales del Estado y de servicios públicos domiciliarios, por cuanto éstas, dada su naturaleza, por regla general vinculan a las personas que laboran para ellas en calidad de trabajadores oficiales, y excepcionalmente, según sus estatutos, a quienes desempeñen cargos de dirección y confianza se les otorga la categoría de empleados públicos -Decreto 3135 de 1968 y sentencias Nos. C-484 de 1995 y C-253 de 1996-, la cual también puede ser asignada para determinados cargos en forma específica por la misma ley.

Por consiguiente, quienes laboran al servicio del Instituto de Seguros Sociales, convertido en Empresa Industrial y Comercial del Estado, a raíz de la reestructuración que se produjo en la citada entidad, adquieren en consecuencia por regla general la calidad de trabajadores oficiales con todos los derechos inherentes a esta clase de servidores públicos, como el de la negociación colectiva, con las excepciones señaladas en la ley (artículo 55) o en la misma Constitución que considera a la salud como objetivo fundamental de su actividad en la prestación del servicio público inherente a la finalidad del Estado (artículo 366 CP.), y por consiguiente no es posible decretar la huelga, ni realizar cesación colectiva de trabajo.

(...)

Por lo anterior, se declarará la inexecutable del párrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993, por vulnerar el principio constitucional de igualdad de quienes prestan sus servicios a las empresas industriales y comerciales del Estado, por cuanto éstas por regla general vinculan a las personas que laboran para ellas en calidad de trabajadores oficiales, y excepcionalmente como empleados públicos, cuando desempeñan cargos de dirección y confianza.

(...)

No obstante que la demanda se dirige exclusivamente contra el párrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993, esta Corporación en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 6o. del Decreto 2067 de 1991, según el cual, “la Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales”, declarará la inexecutable del aparte del inciso 2o del artículo 3o del Decreto-Ley 1651 de 1977, que dice: “las demás personas naturales que desempeñen las funciones de que trata el artículo precedente, se denominarán funcionarios de seguridad social (...)”, por constituir unidad normativa con la parte del precepto acusado.

Es evidente a juicio de la Corporación, en este caso, la unidad o conexidad entre los dos preceptos, en cuanto el primero -artículo 235- mantiene la clasificación de los trabajadores de la seguridad social, y el segundo cataloga genéricamente como funcionarios de la seguridad social a las demás personas naturales de que trata la disposición en referencia.

Por lo tanto se declarará la inexecutable del párrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993 y del inciso segundo del artículo 3o. del Decreto-ley 1651 de 1977 en el aparte mencionado, con la advertencia de que la sentencia solamente producirá efectos hacia el futuro, a partir de su ejecutoria, respetando los derechos adquiridos (artículo 58 CP.) y las situaciones consumadas con anterioridad a la misma.

Determinación del IBL pensional

Conforme lo ha explicado el Consejo de Estado², uno de los objetivos de la Ley 100 de 1993 fue unificar la normativa en cuanto a la diversidad de regímenes pensionales especiales existentes. Sin embargo, con el fin de impedir el menoscabo de los derechos de quienes se encontraban próximos a pensionarse o tuvieran cierto tiempo de servicio, se previó el régimen de transición.

Así, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispone que aquellas personas que al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social integral, es decir, al 1 de abril de 1994, contaran con 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, se les reconocerá la pensión de jubilación de conformidad con el régimen anterior al cual se encontraban afiliados, esto es, la pensión de jubilación respecto a la edad, tiempo de servicio y monto de la misma se les aplicará el régimen anterior.

Es decir, el régimen de transición consiste en la autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con **los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo**, siendo que, el Ingreso Base de Liquidación fue un aspecto no sometido a transición, conforme se puede colegir del artículo 36 la ley 100 de 1993³.

² Consejo de Estado, Sección Segunda. Rad 25000 23 25 000 2012 00173 01(1310-14) del 21 de febrero de 2019

³ Corte Constitucional, sentencia C-258 de 2013

Recientemente el Consejo de Estado, Sala Plena, en su condición de máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo y en cumplimiento de su misión de órgano vértice o de cierre para efectos de unificar la jurisprudencia, reconsideró el criterio interpretativo que venía aplicando la Sección Segunda de esta Corporación, que acaba de citarse, la cual se encuentra vertida en la **sentencia de 28 de agosto de 2018**, Exp. 52001-23-33-000-2012-00143-01 Consejero Ponente Cesar Palomino Cortez, fija la siguiente regla sobre el IBL en el régimen de transición

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

Adicionalmente definió las siguientes **Subreglas**:

Primera.- Para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

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

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

Segunda.- Los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente **aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones**.

Ha de destacarse que la regla y sub-reglas fijadas en la referida Sentencia, ha sido adoptada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en providencia del 25 de septiembre de 2018⁴, al re-liquidar la pensión de una servidora pública beneficiaria del régimen de transición, para lo cual indicó

“...es importante destacar que en la providencia del 28 de agosto de 2018 fueron fijadas varias sub-reglas, dentro de las cuales se advierte que los factores salariales para el cálculo de la pensión de vejez son únicamente aquellos sobre los cuales se han realizado cotizaciones al sistema de pensiones, lo anterior en aplicación del principio de solidaridad.”

Respecto la forma de calcular el IBL respecto de los beneficiarios del régimen de transición, el Consejo de Estado en sentencia del 5 de febrero de 2019⁵, explicó:

“Como lo indicó la parte demandante, la Corte Constitucional ya sentó una regla sobre la inclusión o no del IBL en el régimen de transición.

(...)

Así pues, aunque la Corte se ocupaba, en dicha oportunidad, de un asunto relacionado con el régimen de transición en pensiones de los Congresistas, lo cierto es que en

⁴ Radicado No 150013333001201600036-01, M.P. Fabio Ivan Afanador García.

⁵ Consejo de Estado, Sala Veintidós Especial de Decisión. RAD.11001-03-15-000-2018-01884-00(REV) del 5 de febrero de 2019

materia de aplicación del IBL para efectos de la liquidación de la pensión, fijó una regla al indicar que el IBL no quedaba cobijado por las normas de transición. Su estudio se basó en las normas del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, del que se hizo el análisis correspondiente, y del que se concluyó que la interpretación permitía llenar el vacío que se produciría por la declaración de inexequibilidad.

(...)

*Por ende, como ya se explicó, el precedente fijado por la Corte Constitucional es **vinculante para los jueces, incluyendo las altas corporaciones como el Consejo de Estado** y, por ende, independiente de que se compartan o no las consideraciones acuñadas por el máximo tribunal constitucional el deber de la autoridad judicial es acatarlas.*

(...)

En consonancia con lo anterior, es importante resaltar que esta Corporación, en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, acogió el precedente ya sentado por la Corte Constitucional, (...)

De acuerdo con las reglas fijadas en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, transcritas ampliamente en precedencia, el único régimen especial que estaría excluido de las reglas establecidas es el docente, por cuanto la misma Ley 100 de 1993 expresamente indicó que a éstos no les era aplicable la mencionada normativa.”

10. CASO CONCRETO

Conforme a lo manifestado por las partes el punto en discusión en el presente asunto radica en establecer si el señor Germán Roberto Gutiérrez Rodríguez tiene derecho a que se reliquide la pensión de jubilación reconocida por el extinto Instituto de los Seguros Sociales – ISS, con aplicación de la convención colectiva de trabajo celebrada entre éste y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social, suscrita el 31 de octubre de 2001 y en consecuencia establecer si la pensión de jubilación se debe liquidar con el 100% del promedio de lo devengado en los últimos tres años de servicio contados desde el 28 de febrero de 2004 y el 27 de febrero de 2007.

Estudiadas en conjunto las pruebas susceptibles de valoración que obran en el expediente, en orden cronológico están acreditadas las siguientes circunstancias particulares y relevantes para resolver el asunto puesto a consideración.

Con derecho de petición del 11 de enero de 2008, el demandante solicita al ISS, el reconocimiento de pensión de jubilación convencional. Al efecto alude al artículo 98 de la Convención Colectiva (fls. 342-343, carpeta “CC 7211444” y arch 1 carpeta “1 CC 7211444”) y al respecto, con la Resolución 1306 del 8 de mayo de 2008 (fls. 60-62 carpeta “cc 7211444” y arch. 24 carpeta “1 CC 7211444”), la entidad niega el derecho reclamado, al considerar que la ESE Policarpa Salavarieta es la competente para atender la solicitud pensional, acto administrativo fue objeto de recurso reposición, el cual fue resuelto mediante la Resolución 3738 del 21 de agosto de 2008, confirmando (fls. 148-153, carpeta “CC 7211444” y arch. 30 carpeta “1 CC 7211444”)

Entonces, mediante la Resolución No. 1701 del 19 de agosto de 2008 (fl. 393, carpeta “CC 7211444” y arch. 46 carpeta “1 CC 7211444”), la ESE Policarpa Salavarieta en Liquidación, **reconoce pensión de jubilación** al demandante, por haber laborado por el termino de veinte años en distintas Entidades de derecho público y cumplió las condiciones del Régimen de Transición establecido en la ley 100 de 1993, razón por la cual se hace acreedor a los beneficios del tiempo y edad de antiguo régimen contenido en el Decreto 1653 de 1977, pero el I.B.L. se establece de acuerdo al

Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y con los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994, por cuanto el derecho a la pensión de Jubilación se causó en vigencia de la Ley 100 de 1993 y se calcula con los salarios devengados desde el 1 de Junio de 1998 al 30 de Mayo de 2008, que ascienden a la suma indexada de \$207.289.702, dando un promedio de \$1.727.414 y aplica tasa del 75% lo que arroja una mesada de \$1.295.561, a está a cargo de las entidades concurrentes. Reseña:

(...) Que la prestación aquí reconocida tiene el carácter de compartida con la pensión de vejez a cargo de la Administradora de Pensiones ISS y, por tanto, al cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos en el Sistema General de Pensiones, para el otorgamiento de la pensión de vejez, la citada Administradora asumirá su reconocimiento y pago, siendo de cuenta del empleador jubilante, únicamente, la diferencia que resultare entre el valor de la pensión de vejez y el valor de la pensión de jubilación por él otorgada, si a ello hubiera lugar.”

De lo anterior, obra la respectiva liquidación (archivo 35 y 44 carpeta “1 CC 7211444”)

Mediante la Resolución No. 1709 del 20 de agosto de 2008, expedida por la ESE Policarpa Salavarrieta, Liquidador FIDUAGRARIA S.A., se desvincula de la planta de cargos de dicha entidad al señor Germán Roberto Gutiérrez Rodríguez, a partir del 21 de agosto de 2008 “por pasar a la Nómina de Jubilados de la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta en Liquidación (...)” (fl. 310, carpeta “CC 7211444”)

A través de la Resolución 3409 del 15 de diciembre de 2010, el extinto Instituto de los Seguros Sociales reconoció al demandante **pensión mensual vitalicia de jubilación** a partir del 1 de mayo de 2008 (fls. 9- 13 arch. 001 y 423 a 426, carpeta “CC 7211444”)

“Que GUTIERREZ RODRIGUEZ GERMAN ROBERTO, cumplió las condiciones del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual tiene derecho a los beneficios del monto, tiempo y edad del régimen contenido en el Artículo 19 del Decreto Ley 1653 de 1977, pero el I.B.L. es el indicado en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994.

(...)

En lo referente al reconocimiento prestacional, como quiera que no se toman en cuenta para el cómputo de los veinte (20) años de servicio, los laborados en la respectiva Empresa Social del Estado, sino exclusivamente los servidos continua o discontinuamente al Instituto, será de cargo de éste último, el respectivo reconocimiento y pago de la prestación (...), por lo tanto deberá continuar cotizando a la correspondiente administradora de pensiones a efecto de compartir la prestación, un vez se cumplan los requisitos establecidos en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida para la respectiva pensión de vejez.

(...)

Que el ingreso base de liquidación, de conformidad con el Decreto 1158 de 1994, está conformado por los salarios devengados desde el 28 de febrero de 1997, hasta el 27 de febrero de 2007 (3600 días), indexados hasta el 1 de mayo de 2008, fecha a partir de la cual se concede la pensión de jubilación, los cuales ascendieron a la suma de (...) \$207.636.108 dando un promedio de (...) \$1.730.301, cifra que corresponde al valor mensual de la pensión de jubilación.

Que no obstante lo anterior, para efectos de liquidar el retroactivo resultante desde el 1 de mayo de 2008 hasta 30 de octubre de 2010, éste se liquida sobre la cuantía mensual de ...(\$434.740) y equivale a la diferencia resultante entre (...) \$1.730.301 (pensión ISS) menos (...) \$1.295.561 (pensión ESE Policarpa Salavarrieta)”
(subrayado fuera de texto).

Mediante la Resolución GNR 327109 del 2 de noviembre de 2016, COLPENSIONES reconoce **pensión de vejez** al demandante, aplicando régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, al efecto, el Decreto 758 de 1990, siendo exigible

desde el 1 de diciembre de 2012 (al cumplir 62 años de edad), pero aplica prescripción trienal dado que la UGPP solicita el reconocimiento pensional el 1 de abril de 2016, por lo que el disfrute del derecho pensional se reconoce a partir del 1 de abril de 2013, tasa del 90% por valor de 1.783.418 para ese año, sin perjuicio del retroactivo que también reconoce (fls. 233-241, carpeta "CC 7211444").

Con la Resolución RDP 048423 del 22 de diciembre de 2016, la UGPP modifica la mesada pensional por compatibilidad y ordena el pago de un mayor valor de la **pensión de vejez** del demandante (fls. 394-400, carpeta "CC 7211444")

La Resolución RDP 005793 del 16 de febrero de 2017, la UGPP modifica la Resolución RDP 048423 de 2016, al "encontrarse que por error involuntario, en el artículo primero de la parte resolutive, se indicó de manera incorrecta el valor de la pensión de jubilación, por tanto, se debe corregir la inconsistencia, aclarando que el valor correcto es \$1.730.301, conforme a la Resolución 3409 del 15 de diciembre de 2010 y no como quedo registrado en el acto administrativo objeto de aclaratoria." (fls. 217-219, carpeta "CC 7211444")

Ahora, mediante derecho de petición con Radicado No. 201650053119972 del 19 de septiembre de 2016 (fl.264-266 "CC 7211444"), el demandante solicita al ISS, que con base en las competencias que le confiere el Art. 6 del Decreto 5021/2009, con base en lo establecido en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL"

Con la Resolución RDP 004071 del 6 de febrero de 2017 (fls. 18- 23 arch. 001, 303-308, 372-376, carpeta "CC 7211444"), mediante la cual la UGPP negó la reliquidación de la pensión al demandado y al efecto señaló:

"Que de acuerdo con lo anterior se pudo establecer que el solicitante se encuentra inmerso en el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, motivo por el cual fue reconocida una pensión vejez respetando las condiciones de tiempo y edad del antiguo régimen contenido en el Decreto 1653 del 5 de agosto de 1977 mediante el cual se determina un régimen especial de prestaciones de los funcionarios de Seguridad Social adscritos al ISS, pero el IBL se establece conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994, por cuanto el derecho a la pensión se causó en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Que en virtud al Decreto 691 de 1994 artículo primero, los servidores públicos fueron incorporados al Sistema General de Pensiones, previsto en la Ley 100 de 1993.

(...)

Teniendo en cuenta lo anterior es preciso indicar que el peticionario se encontraba cobijado por el Decreto Ley 1653 de 1977 en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 así:

- 1. Edad de pensión: 55 años para hombres y para mujeres.*
- 2. Tiempo de servicios: 20 años*
- 3. Monto: 75%*
- 4. Ingreso Base de Cotización: Artículo 18 de la Ley 100 de 1993: Se entiende por Ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación de Índices de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE.*

Es pertinente aclarar que la liquidación se efectúa con el tiempo que le hiciera falta para cumplir el status jurídico de pensionado o los 10 últimos años y los factores base para calcular la liquidación son los establecidos en el decreto 1158 de 1994, las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez,

se rigen por lo establecido en la ley 100 de 1993 y demás disposiciones que las reglamentan.

Que el Decreto 1158 de 1994 señala:

(...)

Que cabe apreciar entonces que los factores aducidos por el solicitante, los cuales no se tuvieron en cuenta para liquidar la pensión de vejez, no se encuentran establecidos en el articulado anterior, por lo tanto no son tenidos en cuenta como base para calcular la liquidación de dicha pensión.

Son disposiciones aplicables Convención colectiva del ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL Ley 100 de 1993, Decreto 1158 de 1994, C.P.A.C.A.”

Contra este acto administrativo, el demandante presentó ante la UGPP, recurso de reposición y en subsidio de apelación (fls.273-275, carpeta “CC 7211444”), el cual fue resuelto mediante la Resolución RDP 013940 del 31 de marzo de 2017, confirmándola (fls. 24- 31 arch. 001 y 105 a 109 y 123 a 127, 180-184 y 401 a 405 carpeta “CC 7211444”) y al efecto señala:

“Que por lo anterior es claro para esta entidad que el régimen aplicable es el contenido en el Decreto Ley 1653 de 1977 en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como tuvo en cuenta en la resolución No. 1701 del 19 de agosto de 2006, encontrándose la misma ajustada a derecho como quiera que los factores pretendidos por el solicitante, los cuales no se tuvieron en cuenta para liquidar la pensión de vejez, no se encuentran establecidos en el articulado 1 del Decreto 1158 de 1994.”

Con la Resolución RDP 019127 del 9 de mayo de 2017 (fls. 32-37 arch. 001 y 247-251 carpeta “CC 7212444”), la UGPP resuelve recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución 4071 de 2017, confirmándola y señaló:

“Debido a la norma anteriormente descrita, se verifica que el interesado se encuentra cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, toda vez que al momento de entrar en vigencia el nuevo sistema general de pensiones contaba con más de 40 años de edad, adquiriendo el status pensional el 01 de diciembre de 2007.

De conformidad con lo anterior el causante, se pensionó con 20 años de servicio prestada como funcionario de seguridad social, 55 años de edad y el 100% del promedio de los factores salariales descritos en el Decreto 1158 de 1994, devengados en los últimos 10 años de servicio, encontrándose dicha liquidación ajustada a derecho, razón por la cual no es procedente reliquidar la pensión de jubilación de la manera pretendida por el apelante.

Ahora bien en cuanto a la aplicación de la convención colectiva de trabajo esta instancia advierte que tal como ya se citó, la pensión de jubilación reconocida al apelante, corresponde a la otorgada a los funcionarios de la seguridad social establecida en el Decreto 1653 de 1977 y no a la convencional, razón por la cual no es procedente aplicar dicha norma.”

Igualmente, con Certificado expedido por el ISS del 15 de enero de 2008, se señala que el demandante: *“estuvo vinculado en planta a ésta institución en calidad de trabajador oficial, desempeñando el cargo de Odontólogo General, Grado 36, Nivel A, Jornada 4 horas, así: del 2 de enero de 1986 hasta el 24 de junio de 2003 en el grupo de trabajo de salud oral, Centro de Atención Ambulatoria CAA Duitama, y del 25 de Junio de 2003 al 28 de febrero de 2007 en el Departamento Seccional de Contratación Servicios de salud en Sogamoso”* (fl. 339, carpeta “CC 7211444”) En el mismo sentido se pronunció el Jefe de Recursos Humanos del Seguro Social, seccional Boyacá en certificado de fecha 8 de febrero de 2010 (fls. 14- 17 arch. 001).

Conforme a lo hasta aquí expuesto se logra establecer que la demandada UGPP, con los actos administrativos expedidos en relación con la pensión de jubilación del accionante, ha hecho el reconocimiento de la misma en aplicación del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, consecuentemente, al Artículo 19 del Decreto Ley 1653 de 1977, tema sobre el cual no existe discusión entre las partes (*parte final fl. 5 e inicial fl 6, arch. 01*), en el entendido que las condiciones de edad, tiempo de servicios y monto allí establecidos, se compaginan con lo dispuesto en el artículo 98 de la Convención Colectiva cuya aplicación solicita el extremo demandante. No obstante lo anterior, en lo que existe discrepancia es en el Ingreso Base de Liquidación con el que se debe hacer el reconocimiento pensional del señor Gutiérrez Rodríguez.

De lo allegado al expediente se logra establecer que en los actos administrativos mediante los cuales Colpensiones reconoce la pensión de jubilación al demandante, así como en los que niega la reliquidación pensional –actos demandados-, señala que para obtener el IBL se debe dar aplicación al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y para obtener el IBC se toman los factores salariales establecidos en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 y artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, teniendo en cuenta el promedio de lo cotizado durante los diez últimos años de servicio.

Por su parte, el extremo accionante solicita la aplicación del artículo 98 del “ACUERDO INTEGRAL Instituto de Seguros Sociales y SINTRASEGURIDADSOCIAL, Bogotá, Octubre 2001” (*fls. 38- 81 arch. 001*), que en su artículo 98, indicó:

**“ARTÍCULO 98.
PENSIÓN DE JUBILACIÓN**

El Trabajador Oficial que cumple veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el período que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:

(i) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio.

(ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.

(...)

Para estos efectos se tendrán en cuenta los siguientes factores de remuneración:

- a. Asignación básica mensual*
- b. Prima de servicios y vacaciones*
- c. Auxilio de alimentación y transporte*
- d. Valor de trabajo nocturno, suplementario y en horas extras*
- e. Valor del trabajo en días dominicales y feriados*

En el mismo sentido, allega providencia mediante la cual el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Sogamoso, dentro del proceso de fuero sindical, presentada por el señor Germán Roberto Gutiérrez Rodríguez contra el ISS y la ESE Policarpa Salavarrieta, señala que el trabajador tiene derecho a que se mantengan los salarios y prestaciones sociales que venía percibiendo en el Seguro Social y que fueron desmejorados al ser incorporado en la planta de personal de la ESE Policarpa Salavarrieta, en sentencia del 29 de abril de 2011 (*fls. 37- 58 carpeta “cc 7211444”*). Así:

“PRIMERO: RECONOCER, la garantía de fuero sindical al señor GERMAN ROBERTO GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo resuelto anteriormente, se ordena el reconocimiento de los beneficios convencionales y legales, establecidos en la convención colectiva de trabajo, suscrita entre el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, para los años 2001-2004, hasta el 30 de abril de 2008, a favor del demandante GERMAN ROBERTO GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, de conformidad con los argumentos expuestos en este fallo.

Por su parte, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo – Sala Civil Familia Laboral, en sentencia del 23 de agosto de 2012, confirma la decisión adoptada judicial antes referida (*fls. 283-303 carpeta “cc 7211444”*)

Por lo anterior, la parte demandante argumenta que con base en las providencias judiciales antes referidas, tiene derecho a que se aplique de manera íntegra al artículo 98 de la Convención Colectiva.

Al respecto, como ya se señaló, en los actos de reconocimiento de la pensión de jubilación del demandante, la accionada a efectos de determinar edad, tiempo de servicios y monto pensional, tuvo en cuenta lo dispuesto en el Decreto 1653 de 1977 que a su vez, se compagina con lo dispuesto sobre el tema, en el artículo 98 la Convención Colectiva cuya aplicación solicita. Distinto ocurre con el tema del IBL, pues al efecto es del caso manifestar que las providencias en mención no se pronunciaron específicamente sobre el derecho pensional de jubilación del demandante, sino a la garantía de fuero sindical y las prerrogativas que con el reconocimiento de éste, tenía el señor Gutiérrez Rodríguez.

Lo anterior no obsta, para que se pueda dar aplicación a lo dispuesto en sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, que en atención a la multiplicidad de posiciones judiciales en relación con la forma de determinar el IBL, en aplicación del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció las reglas pertinentes para tal efecto. En este punto es del caso señalar que si bien es cierto en la mencionada providencia se efectuó el respectivo análisis para quienes aplicara Ley 33 de 1985, también lo es que la misma es aplicable al presente caso, en atención a las características o naturaleza de la decisión adoptada, esto es, las circunstancias que allí se analizan se componen de elementos asimilables para el caso bajo estudio, iterado por el Consejo de Estado en sentencia del 5 de febrero de 2019⁶ ya citada.

En este orden, conforme a lo allegado al expediente se establece que pese a que mediante la Resolución No. 1701 del 19 de agosto de 2008 (*fl. 393, carpeta “CC 7211444” y 46 carpeta “1 CC 7211444”*), la ESE Policarpa Salavarrieta en Liquidación, reconoció la pensión de jubilación del demandante, teniendo en cuenta el artículo 21 del Decreto 1653 de 1977, estableciendo la cuantía de la pensión con el 75%, al verificar que cumplía las condiciones del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, en cuanto a los beneficios de tiempo y edad señalados en el antiguo régimen contenido en el Decreto 1153 de 1977, pero el IBL se establece de acuerdo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 con los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994, conformado por los salarios devengados del 1 de junio de 1998 al 30 de mayo de 2008 (3600 días o 10 años), por cuanto el derecho a la pensión de jubilación se causó en vigencia de la Ley 100 de 1993

⁶ Consejo de Estado, Sala Veintidós Especial de Decisión. RAD.11001-03-15-000-2018-01884-00(REV) del 5 de febrero de 2019

Ahora que con la Resolución 3409 del 15 de diciembre de 2010, el Instituto de los Seguros Sociales reconoció al demandante pensión mensual vitalicia de jubilación a partir del 1 de mayo de 2008 (fls. 9- 13 arch. 001 y 423 a 426, carpeta "CC 7211444"), en aplicación al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo referente a monto, tiempo y edad conforme a lo dispuesto al artículo 19 del Decreto Ley 1653 de 1977, pero frente al IBL se da aplicación al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, se liquida con los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994, esto es, por los salarios devengados desde el 28 de febrero de 1997, hasta el 27 de febrero de 2007.

En este punto es del caso señalar que si bien en dicho acto no se plasmó la tasa de remplazo aplicada, conforme a las sumas allí reseñadas, esto es (...) \$207.636.108 dando un promedio de (...) \$1.730.301, cifra que corresponde al valor mensual de la pensión de jubilación, las que se relacionan en la liquidación allegada al expediente (fls. 186 a 188 y 225 a 226 carpeta "cc 7211444") de la que se extrae:

*"DIAS 3600 ACUMULADO TOTAL= 207.636.108 INDEX A 2008
PROMEDIO MENSUAL= 1.730.301"*

De lo anterior se logra inferir que el porcentaje utilizado para la determinación de la mesada pensional del demandante en el acto en mención fue del 100%, pese a que en la Resolución RDP 004071 del 6 de febrero de 2017 se estableciera que se utilizó el 75%, lo que de todas maneras fue aclarado luego en la Resolución RDP 019127 del 9 de mayo de 2017, señalando el mismo, de nuevo, en un 100%, lo que además fue reconocido por la parte accionante en el acápite de la demanda denominado: "**LAS NORMAS PRESUNTAMENTE VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE SU VIOLACIÓN**" (fl. 5, arch. 001).

Por otra parte es del caso aclarar que distinto a lo manifestado en el escrito de demanda, las resoluciones GNR 327109 del 2 de noviembre de 2016 y RDP 048423 del 22 de diciembre de 2016, se pronuncian frente a la **pensión de vejez del** demandante, por lo que se establece de manera clara, conforme a lo relatado por la parte demandante y lo allegado al expediente, que el último acto administrativo sobre el que se pronunció la parte demandada, frente a la pensión de jubilación del demandante, es la Resolución 3409 del 15 de diciembre de 2010, de lo que es dable inferir que es esta la que establece las condiciones en que se está reconociendo la misma al señor Gutiérrez Rodríguez.

Claro lo anterior, se establece que no hay lugar a lo solicitado por la parte demandante en el sentido que se reliquide la pensión de jubilación del demandante teniendo en cuenta el 100% del promedio de los ingresos de los últimos tres años de servicios, en aplicación de manera íntegra del artículo 98 de la Convención Colectiva, Lo anterior en el entendido que si bien la Ley 1653 de 1977, establece los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, los cuales se compaginan con lo señalado en la Convención Colectiva cuya aplicación se solicita, no sucede lo mismo con el IBL, que como ya se explicó, en virtud de la disparidad de tesis jurisprudenciales en torno al tema frente a la aplicación del mismo en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, llevó al establecimiento de unas reglas que para el caso bajo estudio sería como pasa a explicarse.

Teniendo en cuenta que el señor German Roberto Gutiérrez Rodríguez, nació el 1 de diciembre de 1952, conforme da cuenta la copia de su cédula de ciudadanía y su registro civil de nacimiento (fls. 121 y 175, carpeta "CC 7211444" y arch. 10 carpeta "1 CC 7211444"), por lo que para el momento de la entrada en vigencia de la Ley 36 de 1994, esto es, 1 de abril de 1994, el demandante contaba con 42 años de edad, empero la requerida para tener derecho a la pensión de jubilación era entonces de 55 años de

edad, por lo que le faltaban más de diez años para cumplir con dicho requisito, por lo que el ingreso base de liquidación aplicable es el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, conforme a las reglas señaladas en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018.

En relación con los factores salariales tenidos en cuenta para conformar el IBL, conforme a la segunda sub regla establecida en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones. Para el caso en concreto, se establece que en la Resolución 3409 del 15 de diciembre de 2010 se señaló que para tal efecto se tuvieron en cuenta los previstos en el Decreto 1158 de 1994. Ahora, conforme se señaló en el certificado expedido por el ISS, el monto de \$1.701.301, como mesada pensional se obtuvo teniendo en cuenta: “*asignación básica (prima antigüedad ISS o prima compensación ESE)*” del mes de marzo de 1997 al mes de febrero de 2007.

Ahora, de lo allegado al expediente no se encuentra prueba alguna que dé cuenta de los factores salariales con los que el señor Germán Roberto Gutiérrez Rodríguez, cotizó a pensión, sin que le sea posible a este Despacho determinar de manera cierta, si en el IBL aplicado al demandante en el acto que le reconoció la pensión de jubilación, debieron incluirse factores salariales adicionales o distintos a los allí reconocidos, carga probatoria que correspondía a la parte demandante para la prosperidad de sus pretensiones.

Así las cosas, no avizora este Despacho vicio de ilegalidad en las resoluciones RDP 4071 de 2017, RDP 13940 del 31 de marzo de 2017 y RDP 19127 de 2017, que negaron la reliquidación de la pensión de jubilación del señor Germán Roberto Gutiérrez Rodríguez pues, en las mismas se reiteran las condiciones con la que en principio se reconoció la pensión de jubilación a éste, lo que como ya se analizó se encuentra ajustada a derecho.

11. DECISIÓN SOBRE EXCEPCIONES

En el escrito de contestación de la demanda (*fls. 28-35, arch. 12*) la UGPP propuso como excepciones de mérito denominadas: *a) Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido, b) Inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales*, fundamentadas en que el reconocimiento y pago de la pensión del demandante se adelantó conforme a las normas que regulan el caso concreto.

Por lo tanto el medio exceptivo está llamado a prosperar, ya que es acorde con el criterio vertido en esta providencia respecto del Ingreso Base de Liquidación a aplicar al caso del señor Germán Roberto Gutiérrez Rodríguez, el que se somete al orden jurídico constitucional y legal y la interpretación jurisprudencial calificada que se ha pronunciado al respecto.

No se resuelve la excepción denominada *prescripción de mesadas*, en la medida que su estudio pendía en la prosperidad de las pretensiones de la demanda, aspecto que no ocurre en el presente asunto.

12. COSTAS

Teniendo en cuenta el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, interpretado por

el Tribunal Administrativo de Boyacá, M.P. José Ascensión Fernández Osorio, en sentencia de fecha 28 de octubre de 2021, al decir que la condena en costas solo puede imponerse cuando de forma evidente la demanda o su oposición carezca de sustento jurídico.

En este orden, esta instancia no impondrá condena en costas como quiera que la tesis de la parte actora contó con sustento argumentativo, pese a que no fue aceptada por el Despacho, suerte que siguen las agencias en derecho.

13. DECISION

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito judicial de Sogamoso, *Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley*,

FALLA:

Primero.- Declarar fundadas las excepciones denominadas: *Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido* y la de *inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales* propuestas por la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal - UGPP.

Segundo.- Negar las pretensiones de la demanda.

Tercero.- Sin condena en costas en esta instancia.

Cuarto.- Ejecutoriada esta providencia, devolver a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello y archívese el expediente, previa liquidación de costas, dejando las anotaciones de rigor.

Quinto.- Reconocer personería al abogado Gustavo Montero Cruz, identificado con cédula de ciudadanía No. 6.759.399 de Tunja y T.P. 228.328 del C.S. de la Judicatura como apoderado de la parte demandante, conforme al escrito de poder obrante a 35 del expediente.

smgs

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO

Juez

Firmado Por:

Nelson Javier Lemus Cardozo
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
002
Sogamoso - Boyaca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **88e396d15d851bf5a7b3621b36f8832ffca1614b778bf5a13b53fc0dfc6dcd01**

Documento generado en 03/06/2022 08:35:17 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>