



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B

Sacudo

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 18 de marzo de 2021.

Radicación: 25000-23-42-000-2014-03871-01
N° Interno: 0191-2017
Demandante: Edilberto Berrocal Araujo
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES)¹
Tema: Reliquidación pensión ordinaria de jubilación Decreto 546 de 1971 – régimen de transición de Ley 100 de 1993 – ingreso base de liquidación (IBL)² – precedente de sección segunda del Consejo de Estado

FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA – LEY 1437 DE 2011

Teniendo en cuenta que no existen irregularidades, ni nulidades procesales, decide la Sala³ el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, como apelante único, contra la sentencia del 22 de julio de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección segunda, subsección B, que accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

Pretensiones

1. El señor Edilberto Berrocal Araujo, presenta demanda con la finalidad de obtener la nulidad de las Resoluciones GNR 216572 del 27 de agosto de 2013, suscrita por la gerente nacional de reconocimiento de la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones de COLPENSIONES, que le negó la reliquidación de la pensión de jubilación, y GNR 121338 de 8 de abril de 2014, por la cual dicha funcionaria confirmó la decisión inicial, al resolver el recurso de reposición en la actuación administrativa, y del acto ficto producto del silencio administrativo negativo frente a la interposición del recurso de apelación el 9 de octubre de 2013.

2. A título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene reliquidar su pensión de jubilación en monto del 75% de asignación más elevada del último año de servicio, con fundamento en el Decreto 546 de 1971, junto con el pago de las

¹ En adelante COLPENSIONES.

² En lo que sigue IBL.

diferencias causadas entre lo reconocido y lo resultante de la reliquidación, además de condenar en costas y las demás consecuenciales.

Hechos

3. Para una mejor comprensión del asunto, a continuación la Sala ilustra la situación fáctica de la demanda.

4. El señor Edilberto Berrocal Araujo nació el 24 de febrero de 1947⁴ y ha prestado sus servicios por más de 20 años al Estado, de los cuales 10 han sido a la Rama Judicial y al Ministerio Público, de la siguiente manera⁵:

Entidad	Cargos	Desde	Hasta
Ministerio del Interior y de Justicia		13-10-1970	30-01-1974
Personería de Bogotá	- Abogado auxiliar - Asesor jurídico IV grado 26 - Asistente administrativo III	17-08-1976	19-05-1978
Senado de la Republica		22-05-1978	01-08-1978
Senado de la Republica		05-10-1978	19-07-1982
Superintendencia de Notariado y Registro		31-07-1987	29-10-1991
Ministerio de Agricultura y Desarrollo		29-01-1992	30-06-1992
Cámara de Representantes		11-12-1992	15-04-1993
Fiscalía General de la Nación	- Profesional Especializado	01-06-1995	17-10-1998
Procuraduría General de la Nación	- Asesor grado 24 - Procurador Judicial II	02-04-2001	03-09-2012 ⁶

5. A través de la Resolución 33090 de 24 de agosto de 2006⁷, la asesora Vi de la Vicepresidencia de pensiones, seccional Cundinamarca, del Instituto de Seguro Social (ISS), le reconoció al accionante una pensión de jubilación en aplicación de la Ley 33 de 1985, equivalente al 75% del promedio de lo devengado en los 3,158 días anteriores al reconocimiento, al ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, a partir del 8 de octubre de 2005 y en cuantía de \$3.271.400, acto administrativo que fue confirmado mediante la Resoluciones 53570 de 14 de

⁴ Según la cédula de ciudadanía visible a folio 2.

⁵ Conforme a los certificados de información laboral del demandante visibles a folios 22, 24, 29 y 34, la constancia que obra a folio 39, la certificación que reprec a folio 107 y la Resolución 33090 del 24 de agosto de 2006 Contenida en el CD que contiene los antecedentes Administrativos (Fl. 144A) en los archivos 0036455800000001763407014901A, 0036455800000001763407015001A y 0036455800000001763407015101A.

⁶ Fecha del certificado de historia laboral del actor, visible a folio 24.

⁷ Contenida en el CD que contiene los antecedentes Administrativos (Fl. 144A) en los archivos 0036455800000001763407014901A, 0036455800000001763407015001A y

diciembre de 2006⁸ y 1720 de 17 de septiembre de 2007⁹, suscritas por la asesora VI de la Vicepresidencia de Pensiones y la gerente (e) de la seccional Cundinamarca del ISS, al desatarse los recursos de reposición y apelación en la actuación administrativa, respectivamente.

6. El 5 de ~~diciembre de 2012~~, el demandante solicitó la reliquidación de su prestación pensional conforme al Decreto 546 de 1971, al acumular nuevos tiempos en la Rama Judicial y en el Ministerio Público, esto es, con la asignación más elevada de su último año de labores y con la totalidad de factores de salario devengados en dicho periodo, la que fue negada mediante la Resolución GNR 21672 de 27 de agosto de 2016¹⁰, suscrita por la gerente nacional de reconocimiento de la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones de COLPENSIONES, bajo el argumento que el régimen especial contenido en el norma en cita, no es aplicable a los funcionarios de las Personerías Municipales y Distritales y, en consecuencia, los tiempos servidos de aquel en la Personería de Bogotá no se pueden tener en cuenta para la aplicación del decreto *ibídem*, por no pertenecer a la estructura orgánica ni jerárquica de la Procuraduría General de la Nación.

7. Inconforme con lo anterior, el demandante interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación¹¹, que en su orden, el primero fue desatado a través de la Resolución 121338 de 8 de abril de 2014¹², expedida por la gerente nacional de reconocimiento de la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones de COLPENSIONES, que confirmó el acto recurrido, y frente al segundo el ente previsional no emitió acto que lo resolviera.

Normas vulneradas y concepto de violación

8. El accionante cimenta sus pretensiones en los artículos 48, 53, 150, 118 y 249 de la Constitución Política; 6° del Decreto 546 de 1971; 11 del Decreto 542 de 1977; 6° del Decreto 717 de 1978; 12 de la Ley 4ª de 1992; 36 de la Ley 100 de 1993, y la Ley 1421 de 1993.

✓ 9. Para ^{el} efecto, sostiene que, según la jurisprudencia de la sección segunda del Consejo de Estado, el régimen de transición contenido en la Ley 100 de 1993 es

⁸ Contenida en el CD que contiene los antecedentes Administrativos (Fl. 144A) en los archivos 003645580000001763407014301A, 003645580000001763407014401A y 003645580000001763407014501A.

⁹ Contenida en el CD que contiene los antecedentes administrativos (Fl. 144A) en los archivos 003645580000001763407013601A, 003645580000001763407013701A y 003645580000001763407013801A.

¹⁰ Visible a folios 4 a 6.

¹¹ Visible a folios 11 a 17.

una de las muestras del principio de favorabilidad reconocido por el legislador en materia laboral, debiéndose aplicar a sus beneficiarios, para el caso concreto, el Decreto 546 de 1971 en su integralidad, a través de la liquidación de su pensión con el 75% de la asignación más elevada del último año de servicio, cuestionando así el reconocimiento que obtuvo en vía gubernativa.

Contestación de la demanda

10. El ente de previsión demandando guarda silencio.

La sentencia de primera instancia

11. El *a quo*, accede a las pretensiones, al considerar que al actor, por sus servicios en la Personería de Bogotá durante los años 1976 y 1978, es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y con ello pudo pensionarse con los requisitos de edad, tiempo de servicio y tasa de reemplazo de la norma anterior, además de cobijar la base de liquidación pensional especial.

12. Así, entonces, le asiste el derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación con el 75% de la asignación mensual más elevada devengada durante el último año de servicios, de acuerdo al régimen especial que lo amparaba, este es, el del Decreto 546 de 1971, con la inclusión de todos los factores salariales percibidos. Esto, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la sección segunda del Consejo de Estado, que dispuso que el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 ampara que el IBL de las pensiones reconocidas a sus beneficiarios se calcula integrado a las normas del régimen especial de los funcionarios de la Rama Judicial y del Ministerio Público, sin ser la lista salarial taxativa sino meramente enunciativa.

13. En cuanto a las costas, determina su improcedencia, toda vez que no se causaron, conforme a lo dispuesto en los artículos 188 de la Ley 1437 de 2011 y 365 de la Ley 1564 de 2012.

Recurso de apelación

14. El ente de previsión demandado, recurre el fallo de primera instancia con el propósito que sea revocado y, en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda, al considerar que el *a quo* desconoció que el accionante es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pero que dicha norma no amparó el IBL de las pensiones reconocidas a sus beneficiarios, que en todo caso

se calcula con las reglas de esta norma y considerando los factores objeto de cotización pensional, debiendo incluirse en el IBL de su pensión el 75% del promedio de salarios cotizados durante los últimos 10 años de servicio, o el tiempo faltante para el estatus, según el caso.

Alegatos en segunda instancia y concepto del Ministerio Público

15. La partes presentan alegatos de cierre en los que manifiestan los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación, respectivamente. El Ministerio Público no rinde concepto en la causa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA PARA FALLAR

Problema Jurídico

16. De acuerdo con el cargo formulado en el recurso de apelación, le corresponde a la Sala determinar:

¿Cuál es el IBL de las pensiones del Decreto 546 de 1971 reconocidas a quienes son beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993?, y una vez dilucidado lo anterior, establecer si, ¿comprende la asignación más elevada del último año de servicio, o solo considerar los factores previstos en el Decreto 1158 de 1994 y en todo caso, los objeto de cotización, en consideración de las variables del artículo 36 de la Ley 100 de 1993?

17. Para resolver lo anterior, la sala tendrá en cuenta el estado de la jurisprudencia sobre la liquidación de las pensiones reconocidas en virtud del Decreto 546 de 1971, a beneficiarios del régimen de transición, y el análisis del caso concreto.

Estado de la jurisprudencia sobre la liquidación de las pensiones reconocidas en virtud del Decreto 546 de 1971, a beneficiarios del régimen de transición

18. Con la Ley 100 de 1993 se creó el Sistema General de Pensiones para todos los habitantes del territorio nacional con el fin de garantizar con amplia cobertura, a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte¹³. Pero con dicha implementación el legislador quiso

¹³ La fecha de entrada en vigencia del sistema de pensiones fue el 1 de abril de 1994 para el sector privado y el 30 de junio de 1995 para el sector público territorial, salvo que la respectiva

proteger a las personas que se encontraban bajo regímenes pensionales anteriores que quedarían derogados ante la entrada en vigencia del nuevo sistema.

19. El artículo 36 de la mencionada ley, estableció el régimen de transición como mecanismo de protección frente al impacto del tránsito legislativo en materia pensional para quienes no hubieren consolidado el derecho a la pensión durante la vigencia normativa anterior, pero que estaban próximos a cumplir los requisitos, caso en el cual se les mantendrían algunos presupuestos para acceder a la pensión en condiciones particulares, más favorables y diferentes frente a quienes fueran incluidos al Sistema General de Pensiones. Respecto de esta norma, la Corte Constitucional¹⁴ en sede de control de constitucionalidad precisó:

«(...) En efecto, la Sala recuerda que el propósito original del Legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993¹⁵, 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. Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo. El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36... (...).».

20. Para efectos del IBL pensional, la Corte Constitucional señaló que se establece a partir de la regla general prevista en los artículos 21 y 36 de la Ley 100. De este modo, el artículo 36 estableció dos reglas específicas en la materia:

i) Para quienes el 1° de abril de 1994, les faltara menos de 10 años para pensionarse, el IBL sería a) «el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta» para reunir los requisitos para causar el derecho a la pensión, o b) el promedio de lo «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».

ii) En los demás casos, es decir, en la hipótesis de las personas a quienes el 1°

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-258 de 2013.

¹⁵ El artículo 36 indica: «ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. || La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o 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 hiciera 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.».

de abril de 1994 les faltaban más de 10 años para reunir los requisitos de causación de la pensión, a falta de regla especial en el artículo 36 y teniendo en cuenta que el inciso segundo *ibídem* solamente ordena la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes especiales sobre edad, tiempo de cotización o servicios prestados, y tasa de reemplazo, se les debe aplicar la regla general de aquella norma.

21. Es importante señalar, que la Sala Plena de la Corporación¹⁶ unificó su jurisprudencia sobre la manera de definir el IBL respecto de las pensiones ordinarias reconocidas en virtud del régimen de transición, en sus variables periodo y factores, precisando una regla así:

«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.»

22. También fijó una subregla referida al **periodo** para liquidar las pensiones, y otra relativa a **factores** en los siguientes términos:

«(...)

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

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

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

23. También, es de recordar, que por virtud de la transición de la Ley 100 de 1993, a sus beneficiarios es posible la aplicación de normas pensionales especiales, dentro de las cuales se encuentra el Decreto 546 de 1971, aplicable a los empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público, que dispone:

«Artículo 6°. 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 de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de

servicio en las actividades citadas.».

24. Conforme a la disposición, los empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público gozan de un régimen especial para efecto de la pensión de jubilación, que les permite acceder al derecho al cumplir 55 años de edad, si son hombres, y 50 si son mujeres, con 20 años continuos o discontinuos de servicios, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente en las entidades que comprenden aquellos sectores, liquidada con la tasa de reemplazo del 75% del ingreso base.

25. Debe señalarse además, que esta normativa distingue dos sectores donde se encuentran sus destinatarios, uno, que corresponde a la Rama Judicial, que como se sabe es una de las tres ramas del poder público¹⁷, y se comprenden en ella las distintas dependencias que administran justicia en sus diversos niveles y especialidades, los órganos de dirección y administración, y además a la Fiscalía General de Nación.

26. El otro, se comprende en el Ministerio Público, que conforme a la definición hecha por la Constitución Política¹⁸, lo ejercen el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, los Procuradores Delegados y los Agentes del Ministerio Público ante las autoridades judiciales.

27. La norma constitucional a que se hizo alusión, señala expresamente qué autoridades ejercen Ministerio Público y, así mismo, describe el entorno hacia donde se dirigen las funciones de tal naturaleza, de modo que no todo empleado que pertenezca a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo o a las Personerías Territoriales, ejerce Ministerio Público.

28. Esta Corporación, sobre el particular ha señalado que:

«Ahora, es claro para la Sala que conforme el artículo 118 de la Constitución Política, el Ministerio Público es ejercido, además del Procurador General de la Nación y sus delegados y los agentes ante las autoridades jurisdiccionales, por el Defensor del Pueblo y los Personeros municipales y/o distritales.

*Pero de la lectura del referido artículo Superior no se desprende que las personerías y sus funcionarios hagan parte de la estructura de la Procuraduría General de la Nación, como quiera que las personerías -como tal- integran la estructura orgánica de la respectiva administración municipal o distrital, que cuentan con autonomía presupuestal y administrativa¹⁹, por lo **tanto no se corresponde con la realidad jurídica sostener que los que laboran en ellas deban ser considerados funcionarios del Ministerio Público, para los efectos del régimen especial pensional dispuesto en el Decreto 546 de 1971.***

En lo que no existe discusión es que la aplicación del régimen pensional

¹⁷ Artículo 113 superior.

¹⁸ Artículo 118 ibídem.

¹⁹ Ver artículo 168 de la Ley 136 de 1994, «(p)or la cual se dictan normas tendientes a modernizar la

especial que de trata este decreto, a los únicos que embarga es al Personero Municipal y/o Distrital, y a los Personeros delegados, nada más.²⁰» (negrillas y subrayas fuera de texto original).

29. De acuerdo con lo anterior, y mirándolo alrededor de las Personerías Municipales, únicamente los Personeros y sus Delegados fungen como Ministerio Público y, como tal, eventualmente pueden beneficiarse de las normas especiales contenidas en el Decreto 546 de 1971.

30. Ahora bien, en cuanto a la oponibilidad del régimen del Decreto 546 de 1971 a los beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esta Sala²¹, siguiendo la línea descrita de manera pacífica por la sección segunda de esta Corporación, ha señalado que:

«(...) Ahora bien, respecto de la oponibilidad del régimen del Decreto 546 de 1971, esta Sala²², siguiendo la línea descrita de manera pacífica por la Sección Segunda de esta Corporación, ha señalado que serán beneficiarios de él, quienes además de cumplir con las ya descritas condiciones del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se encontraran vinculados a la Rama Judicial y/o al Ministerio Público a la entrada en vigencia, esto es, 1º de abril de 1994 o 30 de junio de 1995, según el caso (...)».

31. En lo que tiene que ver con el IBL de las pensiones reconocidas a los beneficiarios del régimen pensional analizado, esta sección, acogiendo las orientaciones de la Corte Constitucional y de la Sala Plena del Consejo de Estado, antes traídas a colación, en reciente sentencia de unificación CE-SUJ-SII-021-2020 del 11 de junio de 2020²³, estableció que el reconocimiento prestacional opera de así:

«iii) Con los elementos del régimen anterior consagrados en el artículo 6.º del Decreto 546 de 1971 que son: a) la edad de 50 años si es mujer o de 55 años si es hombre; b) el tiempo de servicios de 20 años, continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de dicho decreto; c) de esos 20 años de servicio, por lo menos 10 años lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades; d) la tasa de reemplazo del 75%; e) el ingreso básico de liquidación de que tratan los artículos 21 y 36, inciso 3.º, de la Ley 100 de 1993, según el caso; es decir, si le faltare más de 10 años, será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión actualizados anualmente con base en la IPC certificado por el DANE, y si le faltare menos de 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 IPC certificado por el DANE; y f) con los factores de liquidación contemplados por el artículo 1.º del Decreto 1158 de 1994 al igual que por los artículos 14 de la Ley

²⁰ Sentencia del 19 de enero de 2015, proferida la subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Expediente 1997-2013.

²¹ Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, subsección B. consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D. C., 9 de marzo de 2017. Expediente: 05001233300020130179601 (2306-2016). Demandante: Norma Vallejo López. Demandado: COLPENSIONES.

²² «Sentencia del 26 de mayo de 2016, expediente 4554-2013. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez».

²³ Consejo de Estado. sección segunda. Sentencia de unificación de 11 de junio de 2020, expediente

4ª. de 1992 con la modificación de la Ley 332 de 1996; 297 1.º del Decreto 610 de 1998; 1.º del Decreto 1102 de 2012; 1.º del Decreto 2460 de 2006; 1.º del Decreto 3900 de 2008; y 1.º del Decreto 383 de 2013, según se trate de magistrados o empleados de la Rama Judicial o del Ministerio Público.».

32. Lo anterior, al concluir que *«la jurisprudencia imperante tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, propende por la armonía que debe existir entre el sistema integral de seguridad social creado por la Ley 100 de 1993, en cuyo artículo 36 estableció el régimen de transición general, y las dimensiones en las cuales la seguridad social en sí misma se manifiesta, que son las de servicio público obligatorio, sujeto a los principios de eficiencia, universalidad solidaridad y sostenibilidad fiscal, y de derecho público con carácter constitucional, general, exigible e irrenunciable.»*.

33. De acuerdo con la regla fijada por la sección segunda, el primer problema planteado se resuelve manifestando que el IBL de las pensiones reconocidas en virtud del Decreto 564 de 1971 a los beneficiarios del régimen de transición es el previsto en el inciso tercero del artículo 36 o el del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, según corresponda. En cuanto a factores, se atienden las previsiones del Decreto 1158 de 1994, al igual que por los artículos 14 de la Ley 4ª de 1992 con la modificación de la Ley 332 de 1996; 297 1.º del Decreto 610 de 1998; 1.º del Decreto 1102 de 2012; 1.º del Decreto 2460 de 2006; 1.º del Decreto 3900 de 2008, y 1.º del Decreto 383 de 2013, según se trate de magistrados o empleados de la Rama Judicial o del Ministerio Público.

34. Lo anterior, en consonancia con el principio de sostenibilidad fiscal desarrollado por el Acto Legislativo 01 de 2005. Estas personas se pensionan con los requisitos de edad y tiempo de servicio previstos en la norma especial mencionada.

35. En consecuencia, para la Sala sería del caso ocuparse del estudio de las normas que regulan las pensiones concebidas a la luz del Decreto 546 de 1971 a los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, en cuanto a liquidación del derecho atañe, si no fuese porque la sección segunda del Consejo de Estado recientemente resolvió el tema a través de la Sentencia de Unificación **CE-SUJ-S2-021-20**, precisando el alcance de la regla relacionada con la base de liquidación de las pensiones así reconocidas, en donde se dejó establecido que: *«(...) la regla jurisprudencial fijada es vinculante en los siguientes casos: (i) respecto de los asuntos similares que actualmente se están tramitando en el seno de la administración; (ii) respecto de los procesos similares que se están adelantando en juzgados, tribunales administrativos y Consejo de Estado.»*.

36. Dicha sentencia, constituye un precedente vinculante y obligatorio en la resolución de casos fáctica y jurídicamente iguales²⁴. En consecuencia, no tiene efectos respecto de aquellos asuntos en los que ya existe sentencia ejecutoriada. En tal virtud, los conflictos judiciales ya resueltos están amparados por la cosa juzgada y en consecuencia resultan inmodificables.

Caso concreto

37. Atendiendo al precedente, es importante recordar que la discusión del presente asunto se contrae en definir el IBL con el cual se debió reconocer la pensión del demandante, pues este pretende que se le liquide con la asignación más elevada del último año del servicio.

38. Para resolver, teniendo en cuenta los hechos expuestos con anterioridad, que no se encuentran en discusión, es posible establecer que el demandante se encontraba amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de dicha norma, contaba con más de 40 años de edad, pues nació el 24 de febrero de 1947, y acumulaba un tiempo de servicios superior a 15 años.

39. Así las cosas, al actor le asistía el derecho a acceder a la pensión según la norma anterior, pero ello implicaba en condiciones de voluntad del legislador, que ostentara la calidad de la norma que lo amparaba, en otros términos, que estuviera afiliado al régimen pensional que ahora persigue, que no es otro que el del Decreto 546 de 1971. Así, lo consideró esta Sala al analizar la oponibilidad de dicho decreto en sentencia del 9 de marzo de 2017 (Exp. 2306-2016), con ponencia de la aquí ponente, según la cual:

«(...) respecto de la oponibilidad del régimen del Decreto 546 de 1971, esta Sala²⁵, siguiendo la línea descrita de manera pacífica por la Sección Segunda de esta Corporación, ha señalado que serán beneficiarios de él, quienes además de cumplir con las ya descritas condiciones del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se encontraran vinculados a la Rama Judicial y/o al Ministerio Público a la entrada en vigencia, esto es, 1º de abril de 1994 o 30 de junio de 1995, según el caso.»

²⁴ La Corte Constitucional en sentencia C-816 de 2011 en la que estudió la constitucionalidad del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia del Consejo de Estado, precisó: «(...) sólo a la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales, en cuanto órganos de cierre de las jurisdicciones - constitucional, ordinaria, contenciosa administrativa y jurisdiccional disciplinaria-, se le asigna fuerza vinculante; y en virtud de ella, las autoridades judiciales deben acudir al precedente jurisprudencial para la solución de casos fáctica y jurídicamente iguales. Pero dicha limitación de la potestad interpretativa de jueces y magistrados no conduce a la negación completa del margen de autonomía e independencia que la Constitución les reconoce en el ejercicio de su función judicial. Por eso, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las autoridades judiciales cuentan con la facultad de abstenerse de aplicar el precedente judicial emanado de las cortes jurisdiccionales de cierre, previo cumplimiento de determinadas condiciones (...).».

²⁵ «Sentencia del 26 de mayo de 2016 expediente 4554-2013 Consejera Ponente: Sandra Iisset Itharra

40. Por lo anterior, teniendo en cuenta las particularidades del accionante, encuentra la Sala que a su situación pensional es improcedente la aplicación del Decreto 546 de 1971 para su liquidación, como se pretende en la demanda, dado que si bien es beneficiario de la transición prevista en la Ley 100 de 1993, para la fecha de su entrada en vigencia (1º de abril de 1994) no estaba afiliado al régimen pensional que se pretende, esto es, el del Decreto 546 de 1971, que está destinado a los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares, el cual por simple aplicación de la norma en el tiempo, quedó derogado por virtud del nuevo régimen de seguridad social.

41. Lo dicho, en consideración a que el demandante en su primer periodo laborado en la Personería de Bogotá entre 1976 y 1978, trabajó en los cargos de abogado auxiliar, asesor jurídico IV grado 26 y asistente administrativo III, por lo tanto, pese a que las Personerías tal como se dispuso en la norma constitucional ejercen Ministerio Público, de acuerdo con el criterio jurisprudencial de la Corporación, no significa que hagan parte de la estructura orgánica de la Procuraduría General de la Nación, toda vez que hacen parte de la administración municipal o distrital, lo que permite diferenciar sus funcionarios de aquellos que pertenecen directamente al Ministerio Público y por ende la aplicación del régimen pensional especial del Decreto 546 de 1971, cubre únicamente al Personero Municipal y/o Distrital y a los Personeros Delegados.

42. Por lo tanto, es posible establecer que el periodo trabajado por el actor en la Personería de Bogotá, en los cargos dichos, no es posible tenerlo en cuenta para la aplicación del régimen del Decreto 546 de 1971, pues por mandato de la Constitución Política, no puede predicarse de cargos distintos al de los Personeros y sus Delegados en el orden territorial, una función de Ministerio Público, los cuales serán los únicos a los que sea aplicada la normativa del decreto *ibídem*.

43. Asimismo, en atención a que el actor inició labores en la Rama Judicial (Fiscalía General de la Nación) el 1º de junio de 1995, fecha posterior al 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

44. Así las cosas, en casos como el que ocupa la atención de la Sala, en el que se pide la aplicación del régimen especial de los servidores de la Rama Judicial y del Ministerio Público, la persona deberá demostrar que antes del 1º de abril de 1994 laboró en tal condición²⁶, requisito que, como ya se dijo, de acuerdo con las pruebas allegadas, no cumple el demandante, quien se vinculó a la Rama Judicial

²⁶ En similar sentido se pronunció esta subsección en sentencia de 26 de mayo de 2016, expediente 05001-

a partir del 1º de junio de 1995, por lo que no tenía una expectativa legítima para pensionarse con el régimen especial contemplado en el Decreto 546 de 1971.

45. Al respecto, se tiene que la Corte Constitucional, en sentencia T-080 de 15 de febrero de 2013, sostuvo:

«En primer lugar, la Corporación adujo que en consideración a que la Ley 100 de 1993 busca proteger una expectativa a ser pensionado bajo las reglas del régimen al cual se encontraba inscrito el trabajador, resulta necesario que efectivamente el beneficiado estuviera en el régimen cuya aplicación reclama al momento de entrar a regir la Ley 100, de lo contrario, no existía ninguna expectativa que proteger. La Corporación señaló:

“(…) quienes a la fecha de entrada en vigencia de la ley se encontraban trabajando y adscritos a un determinado régimen pensional, no tenían propiamente un derecho adquirido a pensionarse según los requisitos establecidos por ese régimen; tan solo tenían una expectativa de derecho frente a tales condiciones o exigencias. No obstante, la nueva ley de seguridad social les concedió el beneficio antes explicado, consistente en la posibilidad de obtener la pensión según tales requisitos. Obviamente, la Ley 100, justamente en la expresión demandada, exigió que los acreedores a tal beneficio estuvieran afiliados a algún régimen pensional.

Luego, por elementales razones de lógica jurídica, era necesario establecer el condicionamiento de estar afiliado a algún régimen pensional para efectos de ser acreedor al beneficio derivado del régimen de transición, consistente en poder pensionarse de conformidad con los requisitos y condiciones previstos para el régimen anterior. (Subrayado en el texto original).

En segundo lugar, señaló que el principio de favorabilidad se aplica cuando efectivamente se tiene expectativa frente a un derecho. Señaló expresamente la Corporación:

“El principio de favorabilidad supone que existen dos normas jurídicas que regulan una misma situación de hecho, y que una de ellas es más favorable que la otra. Pero ambas normas deben estar vigentes en el momento en que el juez que analiza el caso particular va a decidir cual es la pertinente. La violación del principio de favorabilidad laboral que se plantea en la demanda, se estructura por la comparación entre el nuevo régimen y el régimen derogado, por lo cual carece de fundamento, ya que no estando de por medio derechos adquiridos, al legislador le es permitido definir libremente los requisitos para acceder a un derecho-prestación de contenido económico-social, tal cual es el derecho a la pensión de jubilación”.

Posteriormente, este Alto Tribunal adoptó la tesis contraria y señaló que para ser beneficiario de un régimen especial en virtud del régimen de transición, no resultaba necesario estar inscrito en él al 1º de abril de 1994. Por ejemplo, la Corte, en la Sentencia T-483 de 2009²⁷, consideró que se presentaba una vía de hecho por parte de Cajanal al exigir a un ex Magistrado haber estado vinculado al régimen especial cuya aplicación exigía, al momento de entrar en vigencia la Ley 100. Sobre el particular, dijo expresamente:

“En el caso concreto, al momento de entrar en vigencia el decreto 1293 de 1994 (24 de junio de 1994), el peticionario contaba con 42 años de edad y 19 años, 4 meses y 11 días laborados, tal y como el mismo Cajanal admite en el texto de su resolución núm. 37419 del 6 de agosto de 2008. La vía de hecho se configura porque Cajanal considera que el peticionario debía contar con 20 años de servicios continuos a 20 de junio de 1994, cuando lo cierto que el artículo 2º del decreto 1293 de 1994 prescribe que para ser beneficiario del régimen pensional especial de los congresistas se precisa

que a 1º de abril de 1994 la persona contase con 40 años de edad si son hombres, o treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres, y 'Haber cotizado o prestado servicios durante quince (15) años o más.' Aunado a lo anterior, es preciso tener en cuenta que el mencionado decreto opera un reenvío hacia el decreto 1359 de 1993, en lo que atañe a la forma de liquidar la pensión. En este orden de ideas, es evidente que Cajanal incurrió en una vía de hecho administrativa, por cuanto inaplicó las normas legales pertinentes al momento de reconocer y liquidar una pensión de vejez".

Esta posición fue reiterada en las sentencias T-631 de 2002²⁸ y T-771 de 2010²⁹, entre otras.

Sin embargo, en la reciente Sentencia T-353 de 2012³⁰, la Sala Séptima de Revisión propuso a la Sala Plena hacer un cambio en esta posición y retornar a la tesis original de la sentencia C-596 de 1997, por considerar que la tesis de la sentencia T-483 de 2009 **constituye una desnaturalización del régimen de transición.**

En dicha sentencia, la Corte revisó la acción de tutela interpuesta por el Seguro Social contra del Juzgado Treinta Penal del Circuito de Bogotá, por considerar que había vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, ya que ordenó, en sede de tutela y de manera definitiva, el reconocimiento y pago de una pensión especial para magistrados de altas cortes en favor de la señora Adelina Covo Guerrero, pese a que ésta no cumplía con los requisitos de edad y semanas cotizadas necesarios para la aplicación del régimen consagrado en los decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994. La Sala consideró que esta normativa no le era aplicable, por cuanto la señora Covo Guerrero, a la entrada en vigencia de la Ley 100, no se encontraba afiliada al régimen pensional de magistrados de altas cortes. En dicho fallo, esta Sala sostuvo:

"Esta Sala no comparte que en casos como el estudiado en esta ocasión, se aplique el régimen de pensiones de la Rama Judicial y del Ministerio Público a aquellas personas que a 01 de abril de 1994 no se encontraban vinculados a alguna de las dos dependencias, **pues de lo contrario se desnaturaliza el régimen de transición.**

De hecho, el propósito del legislador al establecer el régimen de transición fue garantizar el respeto por las expectativas que algunas personas tenían con relación a la adquisición de un status pensional al cotizar en un sistema o régimen distinto a los que se crearían con la Ley 100 de 1993³¹. En efecto, el inciso segundo del artículo 36 de la referida ley, establece que: 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.**

Así, el régimen de transición conservó las antiguas disposiciones legales bajo las cuales las personas venían haciendo sus aportes a la seguridad social y exigió el cumplimiento de ciertas condiciones. De modo que las personas que a 01 de abril de 1994 tuvieran 35 años o más, si son mujeres, y 40 años o más, si son hombres, mantendrán 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 del régimen anterior al que se encontraban afiliados.

Ahora bien, cuando se dice 'el régimen anterior al que se encontraban afiliados' ¿A qué se hace referencia? Para la Sala, la respuesta lógica y razonable es que se hace alusión al régimen al que se encontraban afiliados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

²⁸ «M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra».

²⁹ «M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chlajub».

³⁰ «M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chlajub».

De lo anterior se desprende otro interrogante: Si los beneficios que confiere el régimen de transición se traducen, en la preservación de los factores pensionales con base en los cuales las personas tenían la expectativa de pensionarse antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 ¿Es admisible que las personas que a 01 de abril de 1994 no tuvieran la expectativa de pensionarse con tales factores pensionales, posteriormente pretendan adquirir su pensión con base en los mismos? Para la Sala la respuesta no puede ser afirmativa, ya que no se aplicaría el régimen en el que cotizaban las personas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100, sino que debido a una favorabilidad indiscriminada se aplicaría un régimen al que las personas ni siquiera aspiraban a 01 de abril de 1994”.

Esta Sala acoge esta posición, ya que, en primer término, entiende que la existencia del régimen de transición es en sí misma una manifestación del principio de favorabilidad, pues permite a las personas pensionarse conforme a un régimen que, aunque desapareció con la Ley 100, en virtud del régimen de transición tiene efectos ultractivos para quienes se encontraban afiliados a él y, por tanto, tenían una expectativa legítima de pensionarse según sus reglas. En este orden de ideas, el régimen de transición permite, en el marco de una transición normativa, aplicar de forma ultractiva una reglamentación que es más favorable al trabajador.

En segundo término, trae la Sala a colación el hecho de que textualmente el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 señala que **“la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados”**. El tiempo verbal en el que está conjugado el verbo encontrar –presente– evidencia que el legislador hacía referencia al régimen en el que se encontrara vinculado el trabajador en el momento de expedición de la Ley 100. Por tanto, conforme a una interpretación literal, es inevitable concluir que para que a una persona se le aplique la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios cotizados, el número de las semanas cotizadas y el monto de la pensión del régimen anterior a la Ley 100, debía estar afiliado a él al entrar en vigencia el nuevo sistema,

En tercer término, encuentra la Sala una interpretación teleológica de la Ley 100 refuerza la tesis anterior. La Ley 100 de 1993 busca proteger la expectativa a ser pensionado bajo las reglas del régimen al que pertenecía el trabajador cuando comenzó el tránsito normativo. Teniendo en cuenta esta finalidad –protección de expectativas que ya habían surgido al amparo de un arreglo normativo e institucional–, resulta necesario que efectivamente el beneficiado estuviera en el régimen cuya aplicación reclama al momento de entrar a regir la Ley 100, de lo contrario, no existiría ninguna expectativa que proteger.».

46. Con fundamento en lo anterior, la Sala concluye que no procedía la reliquidación pensional pedida en la demanda, pues, se reitera, que el accionante no es beneficiario del régimen pensional especial del Decreto 546 de 1971.

47. Por todo lo anterior, se revocará la sentencia apelada que accedió a las pretensiones de la demanda, sin consideración adicional sobre el fondo del asunto.

Costas procesales

48. El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que salvo en los casos donde se discute un interés público, la sentencia **dispondrá** sobre la condena en costas atendiendo para efectos de liquidación y ejecución lo previsto en normatividad procesal civil.

49. En uso de dicha remisión, se tiene que los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, regulan su condena y liquidación, de cuyo contenido se extrae que la parte vencida será condenada a su pago y que se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación que la originó, indicando además el valor de las agencias en derecho, que serán incluidas en la liquidación. Seguidamente, se prevé el trámite para la liquidación en cabeza del Secretario que deberá hacerla, para la posterior aprobación por parte del juez.

50. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala³² en dicha temática ha precisado que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y **que principalmente aparezcan causadas y comprobadas**, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso antes mencionado; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

51. En el caso, la Sala haciendo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echa de menos alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandante, quien dentro de sus facultades hizo uso mesurado de su derecho de acción. Por ello, esta sentencia se abstendrá de condenarla.

52. En este estado, se observa que los Consejeros de Estado Cesar Palomino Cortés y Carmelo Perdomo Cuéter se encuentran impedidos para conocer del asunto, en tanto lo conocieron y realizaron actuaciones en instancia anterior, a quienes se les aceptará por encontrarlo fundado.

53. Finalmente, la Sala reconocerá a la doctora Leidy Lorena Acevedo Prada, como apoderada de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del

³² Sentencia del 19 de enero de 2015, No. Interno 4583-2013, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 16 de julio de 2015, No. Interno 4044-2013, Consejera Ponente (e) Sandra Lisset

poder que le ha sido conferido y que se encuentra visible a folio 318 del expediente.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: ACEPTAR el impedimento manifestado por los Consejeros César Palomino Cortés y Carmelo Perdomo Cuéter.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia del 22 de julio de 2016 dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, sección segunda, subsección B, que accedió a las pretensiones de la demanda y, en su lugar, **NEGAR** las mismas conforme lo expuesto.

TERCERO: Sin imposición de **COSTAS** a la parte vencida.

CUARTO: Reconocer personería a la doctora Leidy Lorena Acevedo Prada, como apoderada de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder que le ha sido conferido y que se encuentra visible a folio 318 del expediente.

QUINTO: Por la Secretaría de la sección segunda, regresar el expediente al tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase,

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.
Los Consejeros,

Firmado electrónicamente
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Firmado electrónicamente
WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Firmado electrónicamente
RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS