



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SANTA MARTA

Santa Marta D.T.C.H., dieciséis (16) de Mayo de dos mil diecisiete (2017)

REFERENCIA:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR:	ELSY ELENA MONTES DE CASTRILLO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES"
RADICACIÓN:	47-001-3333-002-2016-00019-00

Agotadas las solemnidades propias del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, procede el despacho a dictar sentencia de primera instancia, conforme a los parámetros establecidos en el artículo 187 de la ley 1437 de 2011.

I. ANTECEDENTES

1.1.- LA DEMANDA:

A través de apoderado judicial, la señora Elsy Elena Montes de Castrillo, promovió el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contra la Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES", en procura de obtener el reconocimiento de las siguientes declaraciones y condenas:

1.1.1. Declaraciones y Condenas

La demanda se presenta a efectos de obtener de esta jurisdicción las pretensiones que seguidamente se indican, así:

"1º.- Que se declare la nulidad parcial de las Resoluciones No.42206 del 17 de noviembre de 2011 expedida por el Instituto de Seguro Social Hoy – COLPENSIONES le reconoció la pensión de jubilación a la sra. Elsy Elena Montes de Castrillo, identificado con la C.C. 36.533.366 de Santa Marta y No.00007460 del 08 de agosto de 2012, también solicito la nulidad de las Resoluciones No. GNR 356358 del 10 de octubre de 2014, No. GNR 137286 del 12 de mayo de 2015 y No. VPB 57594 del 21 de agosto de 2015 dada que no tuvieron en cuenta los factores salariales tales como Prima de Navidad, Prima de Servicios, Prima

de Vacaciones, Prima Técnica, Prima de Alimentación, Auxilio de Transporte y Bonificación.

2º.- Como consecuencia de lo anterior se hagan los reajustes a la pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales tales como Prima de Navidad, Prima de Servicios, Prima de Vacaciones, Prima Técnica, Prima de Alimentación, Auxilio de Transporte y Bonificación.

3º.- Que dicho reajuste se haga con retroactividad a partir del día 01 de febrero de 2012 y las anteriores sumas de dinero que aumente la pensión de jubilación sean indexadas con base en el IPC.

4º.- **Subsidiariamente:** como consecuencia de la nulidad parcial del acto administrativo, que se hagan los reajustes a la pensión de jubilación, teniendo en cuenta los factores salariales tales como Prima de Navidad, Prima de Servicios, Prima de Vacaciones, Prima Técnica, Prima de Alimentación, Auxilio de Transporte y Bonificación, devengados durante el último año de servicio, con retroactividad a partir del 1º de febrero de 2012.

5º.- Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer, liquidar y pagar los intereses de mora, sobre las sumas adeudadas, conforme lo dispone el artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

6º.- Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones”, a que de estricto cumplimiento a la sentencia conforme lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

7º.- Condenar a la entidad demandada al pago de las costas y gastos del presente proceso en que debió incurrir mi mandante.”

1.1.2. Hechos de la Demanda:

La parte actora sustenta las pretensiones de su demanda con fundamento en los supuestos fácticos que seguidamente se transcriben:

- “1. Al amparo de las normas sustantivas laborales mi patrocinado solicito a la entidad de previsión social Instituto de Seguro Social hoy Colpensiones, al reconocimiento de su pensión vitalicia de jubilación. Petición que es escogida favorablemente por la entidad mediante la Resolución No. 042206 del 17 de noviembre de 2011.
2. Mediante la Resolución No. 00007460 del 08 de agosto de 2012, es incluida en nómina por retiro del servicio de acuerdo a la Resolución No. 042206 del

17 de noviembre de 2011, que reconoció una pensión mensual vitalicia por vejez teniendo en cuenta el 80% del promedio mensual de los sueldos devengados en los últimos diez años de servicio comprendido entre el 1 de febrero de 2002 y el 31 de enero de 2012, conforme lo señala el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

- 3.
4. Siguiendo con este orden de ideas mi representado con fundamento en el artículo 4 de la Ley 712 de diciembre de 2001 se presentó escrito ante la Administración Colombiana de Pensiones – Colpensiones el 06 de mayo de 2014 solicitando el reconocimiento de las pretensiones allí consignadas.
5. La reliquidación fue negada por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones mediante Resolución No. GNR 356358 del 10 de octubre de 2014 y tomando como fundamento la Ley 100 de 1993, se encuentra amparado por el régimen de transición, que es contemplado por el artículo 36 de la Ley 100 de 93, el cual establece que quienes a la fecha de vigencia del nuevo sistema general de pensiones contara con más de 15 años de servicios o más o tuvieran 35 años de edad, en el caso de la mujer o 40 años si es varón, se le respetara la edad, el tiempo y el monto de la pensión, que señalen las disposiciones contenidas en el régimen anterior sin embargo aclara que las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por lo establecido en la Ley 100 de 1993.
6. El 07 de noviembre de 2014 se interpone recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la Resolución No. GNR 356358 del 10 de octubre de 2014.
7. Mediante la Resolución GNR 137286 del 12 de mayo de 2015, resuelven el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución GNR 356853 del 10 de octubre de 2014, confirmando la resolución recurrida.
8. Mediante la Resolución No. VPB 57594 del 21 de agosto de 2015, resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la resolución No. GNR 356358 del 10 de octubre de 2014, confirmando la resolución apelada.
9. Todas las actuaciones y reclamos de tipo administrativo reposan en el archivo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

1.1.3. Fundamentos de derecho en que se apoyan las pretensiones:

Considera el demandante que la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, con los actos administrativos predichos, ha violado las siguientes disposiciones legales y constitucionales:

- Constitucionales: Artículos 2, 4, 6, 23, 53 y 209 de la constitución política.
- Legales: Artículo 127 y ss. y concordantes del C. S. del T.; Decreto 1045 de 1978

- Artículo 45; Ley 33 de 1985 artículos 1 y 3; Ley 100 de 1993 artículo 36; artículos 159 y ss. del C.P.A.C.A.

1.1.4. Concepto de Violación

Considero que la entidad demandada, está desconociendo los preceptos normativos de los artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y el artículo 1º de la Ley 33 de 1985; en el entendido de que desconoció los rubros que debió tener en cuenta al momento de emitir las resoluciones antes citadas, y que en su efecto la Ley 100 funciona sobre la base de las cotizaciones mientras que el monto de las pensiones se soporta en el ingreso base de liquidación – IBL y este a su vez en el ingreso base de cotización – IBC.

Indica que es clara la normativa, como quiera que el artículo 1º de la ley 33 de 1985 dispone que a partir de la vigencia de la presente ley, el empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. El párrafo de dicho artículo reza: “para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuaran aplicándose las disposiciones sobre la edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley”.

Sostiene que la Ley 100 de 1993 fijo la edad para acceder a la pensión de jubilación, previo expresamente de forma general el régimen de transición para dejar a salvo el régimen anterior al 1º de abril de 1994, al cual se estuviera afiliado en cuanto a la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez, para aquellas personas que a 1º de abril de 1994, tuvieran más de 35 años, si es mujer, o 40 años, si es hombre, o 15 años o más de años de servicios cotizados.

Que así las cosas, y al revisar la situación del demandante, se advierte que su poderdante, para el 1º de abril de 1994, tenía 42 años de edad, e inicio sus labores a partir del 22 de enero de 1976; de donde se desprende que cumple con los supuestos exigidos por el régimen de transición, por lo que se le debe aplicar el artículo 1º de la ley 33 de 1985 y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

También soporto esta acción, con base en la T – 158 de marzo 2 de 2006, con ponencia del Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, mediante la cual se fijan los parámetros para liquidar o reliquidar las pensiones de los trabajadores oficiales y empleados públicos, citando en ella la jurisprudencia existente sobre la interpretación de los incisos 2º y 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993, para el cálculo del monto base de la pensión de los beneficiarios del régimen de transición.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - COLPENSIONES

Se opone la entidad demandada a todas las pretensiones del demandante tendiente a que se declare la nulidad de los actos administrativos, resolución 42206 del 17 de noviembre de 2011 y la GNR 356358 del 10 de octubre de 2014 y las otras que resuelven los recursos de reposición y apelación, toda vez que la pensión se liquidó bajo la condición más beneficiosa para el actor y los factores que está solicitando no se tuvieron en cuenta porque no fueron cotizados por el empleador.

Señala que revisada las Resoluciones en comento encuentran que la pensión fue reconocida sobre la 797 de 2003, posteriormente lo que solicito es que cambie de régimen por ser más beneficioso a la ley 33 de 1985, para que se le liquide con el 75% de lo devengado en el último año de servicio. Que las dos respuestas de la entidad hacen un cálculo y aducen que esto no arroja un mayor valor y que por ende no tiene ningún sentido la reliquidación.

Sostiene la entidad que recaba tal posición de acuerdo a la sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015 de la Corte Constitucional, que dispuso que no era precedente acceder a tal solicitud porque como quiera que se encuentra en transición se tomara en cuenta el régimen anterior a la edad, el tiempo y el monto, sin embargo que para el cálculo del IBL por ende se toma lo estipulado en el inciso 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993 o el artículo 21 de la misma Ley, donde el IBL no es un aspecto de la transición por lo que el monto es independiente al régimen especial al que se pertenezca.

Que así mismo, la circular interna 16 de 2015 de Colpensiones hace una nota aclaratoria corroborando lo anterior afirmación de que el IBL no es un aspecto sometido a transición porque lo que se trata es evitar que los regímenes anteriores tuvieran efectos ultractivos y los únicos factores salariales que se deben tener en cuenta son los contemplados en el Decreto 1158 de 1994 siempre y cuando sobre los mismos se hubieran efectuado los aportes al sistema general de pensiones, que por ello los actos administrativos emitidos por la entidad fueron válidos, legales y justos al momento de establecer el IBL por cuanto se entiende que se establece con lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 199, es decir el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años.

Finalmente Indica, que es vinculante la jurisprudencia de las altas cortes en especial del órgano que interpreta la Constitución por razones de coherencia del sistema jurídico, garantía del derecho a la igualdad, del principio de legalidad, seguridad jurídica, interpretación armónica de los principios de autonomía e independencia judicial y otros principios y derechos fundamentales como la igualdad. Que por ello existen razones y motivos suficientes para apartarse de lo preceptuado por el Consejo de Estado, y antes bien aplicar el precedente de la Corte Constitucional.

1.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes procesales en resumen alegaron lo siguiente:

1.3.1. Parte demandante

Encontrándose en término la parte actora guardo silencio respecto a la presente Litis.

1.3.2. Parte demandada - COLPENSIONES

La parte demandada reitero los argumentos expuestos en su escrito de contestación, adicionando sobre el sub-judice que:

Revisada las resoluciones en comento, la pensión fue reconocida sobre la 797 de 2003, posterior a ello se solicitó el cambio de régimen por ser más beneficioso la ley 33 de 1985 para que se le liquide al 75% de lo devengado en el último año de servicio, aduciendo que las dos respuestas de la entidad hacen un cálculo que no arroja un mayor valor y por ende no tuvo ningún sentido la reliquidación.

Señala que con la demanda encontraron un certificado de ingresos laborales que dan cuenta de valores que no se han tenido en cuenta para establecer el IBL, lo que sin duda generó en cierta parte que la actora tuviese derecho a que se revise su mesada con respecto a los factores, pero en lo que tiene que ver con el 75% de lo devengado en el último de servicio no se acompasa con lo que la entidad ha venido esgrimiendo sobre la sentencia de la Corte Constitucional 230 que explica que el IBL no fue un aspecto sometido a la transición razón por la cual no le es factible acceder a dichas pretensiones.

Indica que de acuerdo con la sentencia del 29 de abril de 2015 la Corte Constitucional, tiene que el monto pensional es independiente al régimen especial al que se pertenezca y que así mismo lo sostiene la circular interna 16 del 2015 de Colpensiones, corroborando la anterior afirmación de que el IBL no es un aspecto sometido a transición, por lo que se trata es evitar que los regímenes anteriores tuvieran efectos ultractivos y que los únicos factores salariales que se deben tener en cuenta son los contemplados en el Decreto 1158 de 1994 y cuando sobre los mismos se hubieran efectuados los aportes al sistema general de pensiones y se determinara de acuerdo a lo establecido en la Ley 100 de 1993 en sus artículos 21 e inciso 3º del artículo 36, que respeta tiempo, edad y semanas cotizadas; tal como lo argumenta la mencionada sentencia de la Corte Constitucional SU – 230; y por ende se toma lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, esto es con el promedio de la cotización en los 10 últimos años de servicio.

Que conforme a dicha sentencia y a la circular interna 16 de 2015 de Colpensiones solicita que no se acceda a las pretensiones del actor y por ende no se condene a la entidad demandada.

1.3.3. Concepto del Ministerio Público

Encontrándose en término el Delegado del Ministerio Público ante este despacho, emitió su concepto sobre la presente Litis, en la que conceptuó lo siguiente:

Que en el presente caso se demostró que a la actora le fue reconocida la pensión de jubilación como beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, al momento de entrada en vigencia de dicha ley, es decir 1º de abril de 1994, tenía 35 años o más, motivo por el cual le era aplicable el régimen anterior a la vigencia del sistema general de pensiones, esto es, la ley 33 de 1985 en su artículo 1º.

Señala que la Ley 33 de 1985, establece que la pensión vitalicia de jubilación se decretara por el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, y estableció los aportes a tener en cuenta en la base de liquidación del empleado oficial. Sin embargo, aduce que aunque dicha Ley no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios tal y como se indicó en la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010 por la Sección Segunda del Consejo de Estado, radicación 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09).

Indica que bajo esos supuestos, es necesario tener en cuenta el precedente que existe sobre el presente asunto y según el cual, la liquidación de la pensión de jubilación para quienes se encuentren cobijados por la disposición del régimen de transición de la ley 100 de 1993 (art. 36) y la ley 33 de 1985, debe hacerse reliquidando la pensión con el 75% de los factores devengados en el último año de servicio, tal como lo argumenta la mencionada sentencia del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010.

Dice además, que no desconoce que el artículo 36 de la ley 100 de 1993 en su inciso 3º establece que "el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del IPC, según certificación que expida el DANE", que por tanto dicha norma establece un criterio para la liquidación.

Que tampoco desconoce que la Corte Constitucional en sentencia C-258 DE 2013 hizo un análisis del art. 36 de la ley 100 de 1993 y al interpretar el mismo, indicó que el beneficio del régimen de transición solo genera una ventaja sobre el requisito de edad, tiempo de servicio y cotizaciones, pero no frente al IBL a efectos de liquidación, criterio este que fue retomado por dicha Corte en sentencia SU 230 de 2015 en la que estableció la regla de interpretación de la aludida norma, y determinó que se estaría quebrantando el principio de inescandibilidad de la norma si se aplica un porcentaje diferente al consagrado por la misma ley 100 de 1993 en su art. 36; que ello solo podría ocurrir cuando en presencia de un régimen especial, se hubiere omitido fijar el método de encontrar la base reguladora, criterio este reiterado por el Alto Tribunal Constitucional en sentencia SU-427 de 2016., por lo que concluye que el IBL no fue

para la Corte Constitucional un aspecto sometido a transición y por tanto el aplicable es el consagrado por la Ley 100 de 1993.

Finalmente aduce, que debe tenerse en cuenta que el Consejo de Estado se pronunció sobre los criterios antes esbozados, a través de la sentencia de unificación de la sección segunda C.P. Gerardo Arenas Monsalve de fecha 25 de febrero de 2016, donde señaló que no se podía generalizar la declaratoria de inexecutable condicionada del art. 176 de la Ley 4ª, puesto que con ello se afectaría a un grupo considerable de ciudadanos que no hacen parte de los pensionados con prerrogativas o privilegios, y que dicha sentencia de manera expresa rebate la aplicación de las sentencias C.258 de 2013 y su-230 de 2015 de la Corte Constitucional a casos como el de la demandante.

Considera que en armonía del artículo 10 del CPACA, la providencia vinculante para la jurisdicción de lo contencioso administrativo y las autoridades administrativas, es la proferida por el Consejo de Estado, máxime cuando la sentencia SU-230 del Corte Constitucional se profirió frente a un caso concreto diferente al que nos ocupa, por lo que solicita acceder a las pretensiones de la demanda y no declarar probadas las excepciones, por cuanto la reliquidación que hizo con base a la ley 33 de 1985 se realizó sin contemplar la totalidad de los factores salariales recibidos por el demandante durante el último año de prestación del servicio.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a resolver el asunto sometido a consideración, con el siguiente derrotero: **1) Control de legalidad; 2) Problema Jurídico; 3) Medios probatorios; 4) Marco Jurídico y Jurisprudencial; 5) Análisis del caso concreto; 6) Conclusión 7) Parámetro para el restablecimiento del derecho si a ello hubiere lugar y por último 8) Condena en costas 9) Decisión.**

2.1. Control de Legalidad.

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de cada una de las etapas procesales se ejerció un control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por esta agencia judicial la existencia de vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso e impidan proferir sentencia de fondo. Por lo anterior encontrándose saneada la actuación es procedente desatar la Litis.

2.2. Problema Jurídico A Resolver.

Así las cosas, tal como se indicó en audiencia inicial, el litigio se circunscribe en determinar si a la demandante le asiste el derecho a que se le reliquide el ingreso base de su mesada pensional dentro de los parámetros establecidos por la ley 33 de 1985 ordenando la inclusión de todos los factores salariales devengados al momento de adquirir su reconocimiento pensional, en aplicación del artículo 36 de la ley 100 de 1993 para tales efectos.

2.3. Medios Probatorios

Para demostrar los hechos y los supuestos en que se apoyan las normas violadas se allegaron los siguientes medios de prueba documentales relevantes para la acción que reposan en el expediente administrativo obrante en medio magnético así:

- El demandante prestó sus servicios en la Secretaria de Educación del Distrito de Santa Marta, desde el 30 de septiembre de 1976 hasta el 07 de febrero de 2012, como Auxiliar de Servicios Generales (Fl.30).
- a) A través de la Resolución No. 042206 del 17 de noviembre de 2011 le fue reconocida pensión de jubilación al demandante, teniendo en cuenta el promedio de los salarios cotizados durante los últimos 10 años, con IBL del 80%. (fls. 2 al 7).
- b) Mediante Resolución No. 00007460 del 08 de agosto de 2012, se incluye en nómina la prestación económica reconocida a la actora mediante Resolución No.042206 del 17 de noviembre de 2011. (fls. 8 al 9).
- c) Con escrito de fecha 06 de mayo de 2014, Solicitud de revisión de factores salariales a pensión vitalicia con fecha 06 de mayo de 2014, dirigida a Colpensiones por el apoderado de la demandante, para que sea reconocida bajo en ámbito de la Ley 33 de 1985 en armonía con el artículo 45 del decreto 1045 de 1978. (Fls. 10 al 12).
- d) Con Resolución GNR 356358 del 14 de octubre de 2014, negó la reliquidación de la pensión de vejez a la actora. (fl. 14 al 15)
- e) Notificación Personal al apoderado de la accionante de la Resolución GNR 356358 del 14 de octubre de 2014. (fl. 16)
- f) Escrito de recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra de la Resolución GNR 356358 del 10 de octubre de 2014 presentado por el apoderado de la demandante a Colpensiones. (fls. 19 al 21)
- g) Con Resolución GNR 137286 de mayo 12 de 2015, confirmo en todas sus partes la Resolución GNR 356358 del 10 de octubre de 2014. (fl. 23 al 24).-

- h) Con Resolución VPB 57594 del 21 de agosto de 2015 resolvió recurso de apelación confirmando en todas sus partes la Resolución GNR 356358 del 10 de octubre de 2014. (fl. 25 al 28)
- i) Con escrito de fecha 12 de febrero de 2014 la Secretaria de Educación del Distrito de Santa Marta, da respuesta a la actora de su solicitud de certificación salarial, la cual es anexada junto a los formatos de los salarios devengados desde enero de 1999 a diciembre de 2011. (fls. 29 al 40)
- j) Copia cedula de ciudadanía de la accionante. (fl. 41)
- k) Antecedentes administrativos aportados en CD (fl. 75)

2.4. Marco Jurídico y Jurisprudencial

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, consagro un régimen de transición, en el que se señala:

"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 hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE...."

Al igual, el Decreto 691 del 29 de marzo de 1994, estableció en su artículo 2º la vigencia del sistema general de pensiones para los servidores públicos, en el que dispuso que el sistema general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, comenzó a regir para los servidores públicos del orden nacional incorporados mediante el artículo 1º de este decreto, el 1º de abril de 1994, y para los servidores públicos departamentales, municipales y distritales, y de sus entidades descentralizadas, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1995. ..."

Pues al momento de entrar en vigencia ésta, la demandante contaba con más de diecisiete (17) años de servicio y tenía cuarenta (40) años de edad. Lo que quiere decir, que gracias a su edad y su tiempo de servicios los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez y la cuantía de esta deben ser los indicados en las Leyes 33 y 62 de 1985 que disponen:

Ley 33 de 1985

"Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

(...).

Ley 62 de 1985:

"Artículo 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.**

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."

En este orden de ideas, se tiene que la precitada Ley 33 de 1985 dispuso que las pensiones de los empleados oficiales serían liquidadas por el 75% del salario promedio que sirvió de base para calcular los aportes durante el último año de servicio como se mencionó anteriormente, y enumeró en su artículo 3º los factores que serían considerados para la determinación de la base de los aportes.

No obstante frente, a la indicación de dichos factores, el **Consejo de Estado, en pronunciamiento jurisprudencial de unificación de 4 de agosto de 2010**, señaló que no sólo se incluirán como factores en la liquidación pensional de los servidores públicos cobijados por la Ley 33 de 1985, aquellos que taxativamente consagra el artículo 3º de dicha ley, modificado por la Ley 62 de 1985, sino que también habrán de incluirse todos aquellos factores devengados por el empleado oficial durante el último año de prestación de servicios, con el fundamento de que constituyen salario aquellas sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución de sus servicios.

Por su parte, el **7 de mayo de 2013, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-258 de 2013** se ocupó de realizar un estudio relacionado con el régimen de transición en pensiones de los Congresistas, aprovechando la oportunidad para fijar la regla de aplicación del IBL para efectos de la liquidación de la pensión de manera general, indicando que el mismo no quedaba cobijado por las normas de transición. Su estudio se basó en las normas del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, e hizo el análisis correspondiente y adicionalmente señaló que esa interpretación permitía llenar el vacío que se produciría por la declaración de inexequibilidad que en este caso se estaba haciendo

Es así como en posteriores decisiones, la Corte Constitucional tuvo en cuenta esa regla para señalar que el ingreso base de liquidación deber ser el fijado de conformidad con el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así lo expreso en la **sentencia SU - 230 de 2015** donde en sede de control abstracto de constitucionalidad, **adoptó una interpretación sobre la aplicación integral del régimen especial de los beneficiarios del régimen de transición e interpretó la regla a seguir sobre el IBL**, estableciendo que este no era un aspecto sujeto a transición como lo era la edad, el tiempo de servicio y número de semanas cotizadas, y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 como la regla que deben observarse para determinar el monto de la mesada pensional, pues la misma debe ser calculada con independencia del régimen especial al que se pertenezca quien adquiere el derecho.

Pese lo anterior, **la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en pronunciamiento jurisprudencial del 25 de febrero de 2016¹**, con ocasión de la expedición de la Sentencia SU-230 del 2015 de la Corte Constitucional, y a diferencia de ese alto tribunal, reiteró que su posición unánime es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprenda la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%), a excepción de las pensiones de congresistas y asimilados, regidas por la

¹ Sentencia 25000234200020130154101 de Febrero 25 de 2016

Ley 4° de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la Sentencia C-258 de 2013. Sentencia del 25 de febrero de 2016 Expediente: 25000234200020130154101, Consejero ponente: DR. GERARDO ARENAS MONSALVE, en la cual se plasmó lo siguiente:

".....

Sobre los alcances de la sentencia SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional

*La Sala no puede pasar por alto que al momento de resolverse el presente recurso se dio a conocer por parte de la Corte Constitucional el contenido total de la **Sentencia SU- 230 de 2015**, en la cual abordó el tema de régimen de transición y señaló como precedente en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen de transición, lo dicho por esa misma Corte en la sentencia C-258 de 2013. A continuación procede la Sala de la Sección Segunda del Consejo de Estado a fijar su posición con respecto a la referida sentencia de la Corte Constitucional.*

La sentencia SU-230 de 2015 se produjo como resultado de la acción de tutela interpuesta por un ciudadano contra la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Banco Popular S. A., al estimar vulnerados sus derechos fundamentales por cuanto al liquidar su pensión de jubilación (regida por la Ley 33 de 1985 en virtud del régimen de transición pensional), no se tuvo en cuenta el salario promedio que sirvió de base a los aportes en el último año de servicios, sino que se ordenó liquidarla con base en el promedio de los aportes cotizados durante los últimos 10 años.

Tal como lo destaca la sentencia de la Corte Constitucional, la controversia interpretativa específica estriba en la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual al referirse a que las pensiones del régimen de transición deben reconocerse respetando la edad, tiempo y monto del régimen anterior que corresponda al afiliado. Además, el inciso tercero del referido artículo 36 de la Ley 100, dispuso un ingreso base de liquidación de las pensiones de transición, con lo cual el alcance de la expresión "monto" ha originado la importante controversia que ahora mismo se analiza. En esta sentencia SU-230 de 2015, la Corte Constitucional señala que "existe una línea jurisprudencial consolidada de las salas de revisión de tutelas...cuya ratio decidendi precisa que se vulneran los derechos pensionales cuando no se aplica en su integridad el régimen especial en que se encuentra amparado el beneficiario del régimen de transición", y enumera un importante número de sentencias de tutela y de constitucionalidad de esa Corte donde se ha sostenido esa postura, que ha sido la misma que invariablemente ha sostenido el Consejo de Estado respecto de la liquidación de estas pensiones, es decir, donde se afirma que el "monto" equivale al porcentaje y al ingreso base, de modo que las pensiones del régimen de transición se liquidan con el promedio salarial correspondiente por regla general al último año de servicios.

Señala la Corte Constitucional que, pese a lo anterior, debe fijar un nuevo criterio interpretativo, y trae como sustento del mismo que esa Corporación “en la sentencia C-258 de 2013 fijó el precedente que debe ser aplicado al caso que se estudia, en cuanto a la interpretación otorgada (sic) sobre el monto y el ingreso base de liquidación en el marco del régimen de transición, y por ende, a todos los beneficiarios de regímenes especiales”.

En esta oportunidad la Sección Segunda del Consejo de Estado considera que la sentencia SU-230 de 2015, dado que tuvo como origen una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que casó el fallo recurrido y ordenó liquidar la pensión con el promedio de los últimos 10 años, lo que hizo fue avalar la interpretación que tradicionalmente ha tenido la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, con respecto a las competencias que corresponden a la jurisdicción ordinaria.

Ahora bien, dado que dentro de sus competencias, la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de los regímenes especiales del sector público en materia pensional, y que a su interior se aplican no uno sino múltiples regímenes normativos especiales de pensiones, en virtud del régimen de transición pensional, la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de referirse específicamente a las interpretaciones acerca del monto de las pensiones de transición por parte de esta jurisdicción y las ha considerado ajustadas a la Constitución y a la ley, con excepción de las pensiones del régimen de Congresistas y asimilados al mismo, precisamente en virtud de la sentencia C-258 de 2013.

En efecto, la sentencia C-258 de 2013, proferida para definir la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4° de 1992, dispuso que en las pensiones cobijadas por el régimen pensional de Congresistas y asimilados a este, por tratarse de un régimen privilegiado, debían tener interpretaciones restrictivas y no amplias, en virtud del principio de sostenibilidad financiera establecido en la Constitución.

Ahora, con la sentencia SU-230 de 2015 se generalizan los criterios de una sentencia cuya motivación se basó en argumentos de desigualdad frente a la generalidad de los afiliados a la seguridad social, y se señala por parte de la Corte Constitucional que la referida sentencia C-258 de 2013 constituye “precedente” para extender la interpretación que allí se dispuso a la generalidad de las pensiones del régimen de transición, siendo que los argumentos de la sentencia de constitucionalidad se limitaban a las normas de la Ley 4° de 1992 y no a la interpretación de múltiples normas jurídicas en que se ha sustentado la liquidación de las pensiones del régimen de transición de los regímenes especiales del sector público. En efecto, señaló expresamente la sentencia C-258 de 2013 sobre el particular:

“En este orden de ideas, el análisis de constitucionalidad que se llevará a cabo en esta providencia se circunscribe al régimen pensional

especial previsto en el precepto censurado, el cual es aplicable a los Congresistas y los demás servidores ya señalados. Por tanto, en este fallo no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de la profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas, entre otros. En consecuencia, lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados.” (subrayas originales de la sentencia).

Quiere en esta oportunidad el Consejo de Estado señalar que, de conformidad con lo expuesto y como se expresó con anterioridad en esta providencia, el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%). La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4° de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013, pues conforme a la parte resolutive de la referida sentencia de control constitucional, “las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL), aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso”.

Esta providencia que fue dejada sin efectos por la sección quinta del consejo de estado en sede constitucional magistrada ponente LUCY JEANNETT BERMUDEZ BERMUDEZ, mediante fallo de tutela del 15 de diciembre de 2016, en la que tuteló el derecho fundamental al debido proceso de la UGPP, por desconocer el precedente de la corte constitucional en la sentencia SU 230 de 2015, y ordenó proferir una nueva sentencia de remplazo en la que debía aplicar el precedente constitucional antes señalado.

Por su parte, la corte constitucional, el 9 de noviembre de 2016, con ponencia del Magistrado JORGE IVAN PALACIO PALACIO, expidió sentencia T-615 de 2016, en donde aclaró que el precedente de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, no aplica para personas que hayan consolidado su derecho pensional antes de la expedición de esas sentencias.

La sección segunda del consejo de estado, en cumplimiento del fallo de tutela emitido por la sección quinta del consejo de estado, con ponencia del magistrado CESAR PALOMINO

CORTES, profirió sentencia de remplazo el 9 de febrero de 2017, en la que aplicó el precedente de la corte constitucional, pero reiteró que el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993, debe interpretarse de manera armónica, integral y en aplicación del principio de inescindibilidad normativa, ateniendo su finalidad; pues la interpretación que ha venido aplicando esa Corporación resulta razonable y favorable tanto de los derechos laborales como de las finanzas pública y en materia pensional se encuentran de por medio derechos constitucionales fundamentales que no pueden desconocerse, y que igualmente, debe interpretarse la noción de salario en sentido amplio y no restrictivo.

2.4.1. Sentencias de unificación jurisprudencial del H. Consejo de Estado y su fuerza vinculante.

La Sala del Tribunal Administrativo del Magdalena, en sentencia de primera instancia de fecha 27 de abril de 2016, dentro del expediente 47-001-2333-000-2013-00240-00, dispuso que:

“En materia contenciosa administrativa también se notaban intentos de consolidar criterios e interpretaciones jurídicas del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, al establecerse el recurso extraordinario de súplica ante la Sala Plena de la Corporación, con la expedición de la Ley 11 de 1975, regla que se mantuvo a pesar de las modificaciones que se efectuaran con el artículo 130 del Decreto 2304 de 1989 y el artículo 194 de la Ley 446 de 1998.

Por otra parte, la Ley 270 de 1996 – Ley Estatutaria de Administración de Justicia – estableció en su artículo 37 las funciones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, adjudicando entre otras, la de “6. Conocer de los procesos que le remitan las secciones para cambiar o reformar las jurisprudencia de la Corporación.”

Así mismo, el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 adicionó el artículo 36 de la Ley Estatutaria, creando el mecanismo de revisión eventual en las acciones populares y de grupo, con el fin de unificar la jurisprudencia, abriendo la posibilidad de legal de que esta figura también fuese aplicado en relación con procesos originados en el ejercicio de otras acciones cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción de lo contencioso administrativo (parágrafo 1º del artículo 36).

Fueron todos estos intentos por fortalecer las decisiones judiciales del Alto Tribunal Contencioso Administrativo, los que quedaron reflejados de forma determinante con la expedición de la Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – al colocar en cabeza de la Corporación la responsabilidad de unificar criterios jurídicos frente a casos de importancia jurídica o trascendencia económica o social, o por necesidad de consolidar o sentar jurisprudencia.

El artículo 270 del nuevo ordenamiento administrativo, “no definió lo que se entiende por sentencia de unificación jurisprudencial pues se limitó a enunciar cuáles sentencias tienen ese carácter”², no obstante se deriva de la disposición normativa y los antecedentes expuestos que las sentencias de unificación jurisprudencial tienen por finalidad materializar los principios de seguridad jurídica, igualdad y debido proceso.

Podría definirse como un mecanismo, que surge como garantía de los derechos fundamentales de todas aquellas personas que acuden a la administración o a instancias judiciales en procura de la resolución de un conflicto mediante la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico. De ahí que la pretensión legislativa sea, por una parte que frente a situaciones fácticas y jurídicas idénticas la decisión corresponda de igual manera, y de otra parte que la administración y los operadores judiciales cuenten con instrumentos que redunden en la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución y la ley y la preservación del orden jurídico (art. 102 Ley 1437 de 2011).

Ya la H. Corte Constitucional había tenido la oportunidad de pronunciarse frente a este fenómeno jurídico³, no sólo en virtud del control de constitucionalidad, sino por estar atribuida a la Corporación la revisión eventual de las acciones de tutela. En esa medida, en auto No. 208 del 1º de agosto de 2006, magistrado ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño, al pronunciarse sobre el desconocimiento del precedente constitucional como causal de nulidad de las sentencias, al precisar el término jurisprudencia en vigor, reconoció la función unificadora de las altas cortes y la fuerza vinculante de sus decisiones:

“El término jurisprudencia en vigor, de acuerdo con este entendimiento, corresponde al precedente constitucional fijado reiteradamente por la Corte, que en diversas decisiones trata problemas jurídicos análogos con presupuestos fácticos idénticos, frente a los cuales adopta de manera uniforme la misma regla de decisión. Sin embargo, tal necesidad de reiteración opera sin perjuicio del ejercicio de la autonomía interpretativa de la que es titular la Sala Plena de la Corte, la cual está facultada para modificar la jurisprudencia constitucional bajo la existencia de condiciones específicas, entre ellas “(i) los cambios que el Constituyente introduzca en la normatividad; (ii) la evolución que vayan mostrando los hechos de la vida en sociedad y (iii) los nuevos enfoques que promueva el desarrollo del pensamiento jurídico.”[21]⁴

² Sentencias de Unificación Jurisprudencial. Fuerza vinculante del precedente jurisprudencial. Alfonso Vargas Rincón. Magistrado de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011. Impreso en 2012.

³ Sentencia C-083 de 1995. Sentencia T-123 de 1995. Sentencia 1625 de 2000. Sentencia C-180 de 2006. Sentencia C-713 de 2008.

⁴ Cfr. Auto 131/04.

Esta argumentación resulta compatible con la naturaleza del sistema judicial colombiano de derecho legislado. En principio, como lo ha sostenido esta Corporación, la interpretación del artículo 230 de la Carta Política, en cuanto consagra el principio de la autonomía judicial, hace inferir que la fuente primaria para la decisión judicial está conformada por las normas que integran bloque de constitucionalidad y las previsiones del derecho ordinario, por lo que la jurisprudencia y la doctrina toman la forma de fuentes auxiliares de la interpretación de tales textos.

No obstante, **el contenido y alcance del principio mencionado debe comprenderse en armonía con las previsiones contenidas en la misma Carta Política, que adscriben a las altas cortes la función de unificación jurisprudencial dentro de cada una de sus jurisdicciones. Por esta razón, sus precedentes adquieren fuerza vinculante.** Además, como ya se indicó, el seguimiento de dichas reglas jurisprudenciales adquiere especial relevancia al momento de definir la coherencia interna del sistema de justicia, la defensa de la seguridad jurídica y la protección del derecho a la igualdad de quienes concurren a la jurisdicción con la legítima convicción que se conservará la ratio juris utilizada reiteradamente para la solución de problemas jurídicos anteriores y análogos a los que se presentan nuevamente ante el conocimiento de los jueces.

(Resaltado fuera del texto original)

Tras las anteriores precisiones debe señalar la Sala que las sentencias de unificación jurisprudencial del H. Consejo de Estado cumplen un papel preponderante en la tarea del fallador, en la medida que fijan criterios orientadores en la aplicación y resolución de problemas jurídicos puestos en conocimiento de esta jurisdicción.

Respetuosos de la normatividad y en garantía de los preceptos constitucionales que rigen la actividad judicial, **la Corporación hace aplicación irrestricta de la sentencia de unificación jurisprudencial de fecha 25 de febrero de 2016 proferida por el Máximo Tribunal Contencioso Administrativo, frente a la interpretación y aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, específicamente en lo que al modo de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición se refiere. "**

Del análisis de los precedente judiciales anteriores se desprende que si bien es cierto la Corte Constitucional en la sentencia C-258 del año 2013 plantea una interpretación totalmente diferente al régimen de transición a la que ha adoptado la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado; tesis que ha reiterado además en la sentencia T-078 de 2014, SU-230 de 2015 y SU – 427 de 2016, no puede perder de vista el Despacho que en los términos de los artículos 228 y 230 de la constitución política los jueces en sus providencias solamente están sometidos al imperio de la Constitución y la ley, siendo de esta forma la jurisprudencia y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

Igualmente, es pertinente acotar que la propia Corte Constitucional en la sentencia C-335 del año 2007 decantó que el precedente jurisprudencial es obligatorio el que emane de los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones e incluso el que emane de la Corte Constitucional, bien sea en sede de control abstracto de constitucionalidad o en sede de tutela, razón por la cual y pes que este fallador en sentencia anterior, aplico el precedente judicial generado por la Corte constitucional, hoy en aplicación al precedente vertical señalado por el superior jerárquico como órgano de cierre acudirá a dar aplicación al precedente reiterado en las sentencias de Unificación del H. consejo de Estado que estudian el tema.

En ese sentido, el precedente de las llamadas Altas Cortes es obligatorio y vinculante, para los jueces de inferior jerarquía y los demás órganos del Estado, quienes conociéndolo están obligados a su aplicación. La razón, su función de tribunal de cierre y unificación, pues estos están llamados a brindar coherencia al sistema jurídico, al fijar el contenido de la ley o de la situación sometida a su conocimiento, hecho que implica su obligatoria observancia por parte de todos los operadores jurídicos sin excepción.

En ese orden de ideas, y por ser el Alto Tribunal Administrativo el Órgano de Cierre, de la Jurisdicción Contenciosa, en el presente asunto, este Despacho se acogerá a los precedentes de unificación de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado en las sentencias del 4 de agosto del 2010 y 25 de febrero de 2016, dispuestas al caso que nos ocupa, tal como lo ha hecho el Tribunal Administrativo del Magdalena en la mencionada providencia.

Pues bien, atendiendo ese principio de autonomía e independencia judicial observa el despacho que existen dos criterios de interpretaciones respecto del artículo 36 de la ley 100 del 1993, la primera adoptada por el Consejo de Estado en forma reiterada y pasiva, en virtud del cual las personas beneficiarias del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, debe aplicarse el inciso 2º del dicha disposición y no el 3º, en virtud de que las leyes 33 y 62 de 1985 reglan la totalidad de presupuestos para el reconocimiento pensional de allí que no sea posible aplicar la hipótesis del inciso tercero del artículo 36 de la ley 100, por que al haber regulado el legislador la totalidad de aspectos a tener en cuenta para el reconocimiento pensional no existe ningún elemento pensional que regule la ley 100 que resulte aplicable a las pensiones regidas por la leyes 33 y 62 de 1985.

En este sentido el Consejo de Estado ha entendido que la expresión "monto previsto en ese inciso segundo del artículo 36 de la ley 100 de 1993", comprende además el ingreso base de liquidación, de allí que de manera reiterada y pacífica hubiere sostenido que la pensión de jubilación debe liquidarse con el 75% del promedio de los factores salariales que sirvieron de base para los aportes, posteriormente en la sentencia de unificación de criterio de la Sala Plena de la Sección Segunda citada en esta providencia y que data del 4 de agosto del año 2010, decantó que esos factores salariales enlistados en las ley 33 y 62 del 1985 no son taxativos sino meramente enunciativos y que como tal debe tercer en cuenta para los efectos de la liquidación de las pensión la totalidad de factores salariales

devengados por el actor durante su último año de servicio a excepción de aquellos que expresamente el legislador ha excluido.

De lo dicho surge, que si bien es cierto la pensión de vejez fue reconocida y reliquidada con factores que hacen parte de los expresados en las Leyes 33 y 62 de 1985, a la luz de del nuevo criterio jurisprudencial, dicha liquidación no se ajustan a derecho, ya que al no ser taxativo sino meramente enunciativo el listado de factores salariales contenidos en la Ley 33 y 62 de 1985, es procedente que la pensión de vejez de la actora se liquide sobre todos los factores salariales acreditados mediante la certificación visible a folios 40 a 42 del expediente, devengados durante el último año de servicio, esto es, del (30 de enero de 2011 al 30 de enero de 2012) tales como el **la asignación básica mensual, auxilio de transporte, prima de alimentación, bonificación por servicios, prima de servicio, prima de navidad, prima de vacaciones y prima técnica.**, teniéndose en cuenta que la actora fue retirada del servicio el 30 de enero de 2012, tal como lo expresa la resolución No.00007460 de agosto 08 de 2012 expedida por el ISS.⁵

3.- CONCLUSION

3.1. Declaraciones y condenas

En conclusión se tiene que los requisitos de edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión frente a la situación de la señora ELSY ELENA MONTES DE CASTRILLO se rigen íntegramente por la Ley 33 de 1985 y las normas que lo modifiquen, aclaren o complementen, requisitos éstos que se cumplieron a cabalidad, motivo por el cual el Instituto de Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES" procedió a reconocer su pensión de jubilación.

Por lo que es imprescindible dar aplicación a las sentencias de unificación de la 04 de agosto de 2010 y 25 de febrero de 2016 proferida por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado citada de manera precedente. En ese sentido, **la actora tiene derecho a que su pensión se le reconozca en un porcentaje equivalente al 75% del promedio del último año de servicios, incluyendo todos los factores salariales y demás conceptos que reciba el empleado como contraprestación directa de sus servicios devengados en ese periodo**, sin que haya lugar a decretar las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación, buena fe, genérica e innominada formuladas por el extremo pasivo.

Así las cosas, este despacho judicial declarará la nulidad parcial de las Resoluciones N° 42206 del 17 de noviembre de 2011 que reconoció la pensión de jubilación y la No. 00007460 del 08 de agosto de 2012; y la nulidad de las Resoluciones No. GNR 356358 del 10 de octubre de 2014, la cual niega la reliquidación de una pensión de vejez, la No. GNR 137286 del 12 de mayo de 2015, que resuelve el recurso de reposición contra la Resolución No. GNR 356358 del 10 de octubre de 2014 y la No. VPB 57594 del 21 de agosto de 2015, por la cual resuelve un recurso de apelación en contra de la resolución GNR 356358 del 10

⁵ Folio 8 al 9 del expediente.

de octubre de 2014 proferidas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES antes ISS, en tanto que al reconocer la pensión de la señora ELSY ELENA MONTES DE CASTRILLO no se incluyeron todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicios acreditados mediante la certificación visible a folio 39 a 40 del expediente, devengados durante el último año de servicio (2011-2012) tales como el **suelo mensual, prima de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y prima técnico.**

Como consecuencia de lo anterior a título de restablecimiento del derecho, se ordenara a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reliquidar la pensión de la actora teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicio (2011-2012).

3.2. Ajustes De Valores Adeudados:

Los mayores valores que resulten de la reliquidación de las mesadas pensionales de la demandante, así como los aportes que deben hacerse a la entidad de previsión por dichos incrementos, serán ajustados teniendo en cuenta para ello las fechas de causación y de pago efectivo de los mismos. Lo anterior, siguiendo la fórmula utilizada por el H. Consejo de Estado, la que se expresa en los siguientes términos:

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por concepto de reliquidación pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha en que se efectuó el pago, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente.

En razón de tratarse de pagos sucesivos o continuos, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, por cada mesada pensional debida teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

3.3. De las excepciones propuestas:

En ese orden de ideas, las excepciones de mérito propuestas por el extremo pasivo de la Litis, como inexistencia de las obligación reclamada, cobro de lo no debido y compensación de fundamento jurídico, ante la palmaria transgresión del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, así como de la reiterativa jurisprudencia contencioso administrativa que ha definido como factores salariales a incluirse dentro de la base de liquidación de la pensión, todos aquellos conceptos que se reciban de manera habitual y periódica como contraprestación de la labor ejecutada.

La entidad a la vez deberá deducir los aportes correspondientes a los nuevos factores que se incluyan y sobre los cuales la accionante no haya cotizado a fin de garantizar la sostenibilidad del sistema.

Los mayores valores que resulten de la reliquidación y reajuste de las mesadas pensionales del demandante, serán ajustados teniendo en cuenta para ello las fechas de causación y de pago efectivo de los mismos. Lo anterior, siguiendo la fórmula utilizada por el Consejo de Estado.

3.4 Prescripción:

Siendo entendida la prescripción como una sanción al titular del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la ley le otorga,⁶ a los servidores públicos, le es aplicable como regla general el término prescriptivo de tres (3) años, de que trata el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 (por medio del cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968 - por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

Atendiendo esta disposición normativa, corresponde a deberá analizarse si en el presente asunto operó el fenómeno prescriptivo de las mesadas pensionales de la demandante, teniendo en cuenta la fecha de reconocimiento del derecho pensional y de la solicitud de reliquidación.

Pues bien, en el subexamine, se tiene que la parte actora suspendió el fenómeno Jurídico de la prescripción con la presentación de la solicitud de reliquidación de la pensión de vejez, efectuada en calenda del 06 de mayo de 2014, como se observa a folio 10 al 12 del expediente, en consecuencia se suspendió el termino de prescripción, por lo tanto el término prescriptivo se cuenta para las mesadas causadas con tres años de anterioridad a dicha fecha, por lo tanto se encuentran prescritas las diferencias de mesadas causadas antes del 06 de mayo de 2011.

3.5. Sobre la improcedencia de ordenar el pago de intereses moratorios

Observa el despacho que dentro de las pretensiones elevadas por la parte demandante se solicita que sobre las sumas de dinero a reconocer, se ordene a la parte demandada a liquidar y pagar intereses moratorios desde la ejecutoria de la sentencia que se profiera hasta el pago efectivo de la condena, sin embargo no es viable impartir orden de pago de tales intereses, en razón a que este fallador esta ordenando la indexación de las sumas adeudadas conforme a la formula anteriormente transcrita establecida por el H. Consejo de Estado, resaltando el despacho la incompatibilidad que hay en reclamar intereses moratorios frente a la orden de indexación.

Así se determinó en reciente pronunciamiento el H. Consejo de Estado indicó⁷:

⁶ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Subsección "B" Sentencia del 24 de junio de 2010, M.P. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ PÁEZ.

⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO, Bogotá, D.C., 9 de agosto de 2012, Radicación número: 11001-03-06-000-2012-00048-00(2106), Actor: MINISTERIO DE

"La indexación y los intereses moratorios concomitantes"

El fundamento legal de la indexación, según el Consejo de Estado¹, reside en artículo 178 de Código de lo Contencioso Administrativo, que a la letra dispone:

"ARTICULO 178. AJUSTE DE VALOR. La liquidación de las condenas que se resuelvan mediante sentencias de la jurisdicción en lo contencioso administrativo deberá efectuarse en todos los casos, mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y cualquier ajuste de dichas condenas sólo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor"

En este punto, la Corporación ha venido señalando que el ajuste de las sentencias condenatorias obedece al hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda, que en tratándose de servidores del Estado, disminuye en forma continua el poder adquisitivo de sus ingresos, por lo que la indexación es un acto de equidad, cuya aplicación se sustenta además en el artículo 230 de la Constitución Política, que dispone:

"ARTICULO 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial."

Es así que cuando se ordena el restablecimiento del derecho con la indexación, se busca que dicho restablecimiento "represente el valor real al momento de la condena que es el equivalente al perjuicio recibido."²

Se precisa además que la jurisprudencia de la Sección Segunda de esta Corporación ha manifestado que "en razón a que tanto la indexación como el reconocimiento de intereses moratorios obedecen a la misma causa, cual es la devaluación del dinero, son incompatibles", por lo tanto, si se ordena el reconocimiento de intereses por mora concomitantemente con la indexación, se estaría condenando a la entidad a un doble pago por la misma causa.⁴

En tal medida, cuando en la condena judicial de reintegro, se ordena la actualización de las sumas liquidadas a favor del accionante, desde la fecha en que se causaron a la fecha de su pago efectivo, no puede condenarse simultáneamente, a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia, al pago de los intereses de mora previstos en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, pues resultan incompatibles."

RELACIONES EXTERIORES. Referencia: Criterios para cumplir las sentencias laborales dictadas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo que ordenan el reintegro y pago de emolumentos.

(Resaltado fuera de texto).

Lo anterior de conformidad a la Jurisprudencia de las Altas Cortes⁸ quienes han coincidido en manifestar sobre la incompatibilidad de reconocer intereses moratorios e indexación sobre una misma obligación, en razón a que los intereses moratorios incluyen un componente inflacionario, que conlleva por ende, el reajuste o indexación indirecta de la prestación, razón por la cual no se accederá a tal pretensión.

3.6 Costas

No se condenará en costa a la parte demandante, dado que de su actuación no se puede concluir que su actuación se dilatoria o haya actuado con malicia o de mala fe.

4. DECISIÓN

En mérito de las razones expuestas, el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SANTA MARTA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLÁRESE la nulidad parcial de las resoluciones Nos. 042206 del 17 de noviembre de 2011 y No. 00007460 del 08 de agosto de 2012,, y la nulidad de las Resoluciones Nos. GNR 356358 del 10 de octubre de 2014, No. GNR 137286 del 12 de mayo de 2015 y No. VPB 57594 del 21 de agosto de 2015, por medio de las cuales el Instituto de Seguros Sociales (Hoy Colpensiones) reconoció la pensión de jubilación a la demandante y la Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES" negó la reliquidación de la misma, respectivamente, por falta de inclusión de todos los factores salariales correspondientes para la liquidación de la pensión de la señora ELSY ELENA MONTES DE CASTRILLO.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDENESE** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a reliquidar la pensión de la señora ELSY ELENA MONTES DE CASTRILLO, identificada con cedula de ciudadanía No. 36.533.366 expedida en Manta Marta – Magdalena, teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado por ésta durante el último año de servicio, es decir los años 2011 a 2012, esto es teniendo en cuenta el **suelo mensual, prima de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados, prima de servicio, prima de navidad, prima de vacaciones y prima técnica.**

Las sumas que resulten serán actualizadas conforme a la formula señalada en la parte motiva de esta providencia.

⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 3 de septiembre del 2009. Expediente 2001-03173. C.S.J.-Sala de Casación Laboral - C-781 de 2003, Rad. 41392 del 6/12/2011.

En caso de no haberse efectuado aportes respecto de los factores cuya inclusión se ha ordenado en esta sentencia, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, deberá deducir dichos aportes en la proporción que correspondía al demandante.

CUARTO: declárese prescritas todas aquellas diferencias pensionales derivadas de las mesadas causadas con anterioridad al 06 de mayo de 2011 en virtud de la prescripción trienal decretada por este despacho en aplicación de los artículos 41 del decreto 3135 de 1968 y 102 del decreto 1848 de 1969.

QUINTO: Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES dar cumplimiento a esta sentencia en los términos previsto en el artículo 192 y siguientes del CPACA.

SEXTO: Dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A. a excepción del reconocimiento de intereses moratorios, en tanto no hay lugar a ello por incompatibilidad con la indexación ordenada sobre de los valores que hay lugar a cancelar.

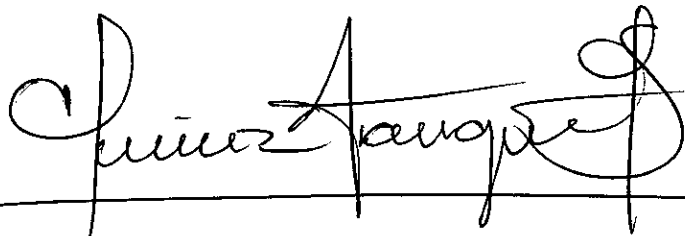
SÉPTIMO: Sin condena en costas.

OCTAVO: niéguese las demás suplicas de la demanda.

NOVENO: Notifíquese la presente providencia conforme lo ordena el artículo 203 del C.P.A.C.A

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,



LINA PAOLA ARANGUREN ESPITIA

