



**JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
SINCELEJO (Sucre)
SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Sincelejo (Sucre), agosto treinta y uno (31) de dos mil dieciocho (2018)

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN:	No. 70-001-33-33-007-2017-00072-00
DEMANDANTE:	ELIS MARINA GUEVARA SIERRA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES"
ASUNTO:	RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN - LEY 33 DE 1985 - PRESTACIÓN RECONOCIDA BAJO LAS PREVISIONES DEL <u>DECRETO 758 DE 1990</u> -INCLUSIÓN DE NUEVOS FACTORES -NO SE DEMUESTRA FAVORABILIDAD PARA CAMBIO DEL RÉGIMEN.

1. ASUNTO A DECIDIR

Agotado el trámite procesal ordinario previsto en la Ley 1437 de 2011, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia en primera instancia, dentro del proceso promovido por la señora ELIS MARINA GUEVARA SIERRA, en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, en adelante "COLPENSIONES".

2. ANTECEDENTES.

1. La demanda.

ELIS MARINA GUEVARA SIERRA, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO previsto en el artículo 138 del CPACA, presentó demanda¹ en contra de COLPENSIONES, a fin de obtener la nulidad parcial de las Resoluciones No. GNR 19362 del 29 de enero de 2013 y GNR 181828 de 18 de junio de 2015 que le reconocieron una pensión de vejez; así como la nulidad absoluta de las Resoluciones N° GNR 171730 de 14 de junio de 2016 y N° VPB 39573 de 18 de octubre de 2016, que le negaron la reliquidación de esa prestación.

¹ fs. 2-20

Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene a COLPENSIONES reconocer y pagar los siguientes conceptos:

La reliquidación de la pensión de jubilación desde el 30 de junio de 2015 hasta la fecha en que se dicte sentencia, incrementando el valor de la mesada pensional inicial a la suma de \$1.275.717,91, o en el valor que se establezca en el proceso, como consecuencia de la aplicación de la Ley 33 de 1.985 e inclusión de nuevos factores salariales, como VACACIONES, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS, PRIMA DE SERVICIO Y PRIMA DE NAVIDAD percibidos por ella durante su último año de servicios, además de la ASIGNACIÓN BÁSICA MENSUAL.

El retroactivo pensional que se genere de las diferencias existentes entre el valor de la pensión que se reconoció y el valor real que debió ser reconocido, a partir del 30 de junio de 2015 hasta cuando se efectúe la inclusión en nómina de pensionados de la nueva cuantía de la mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, con los incrementos anuales de Ley.

Adicionalmente solicita se indexe el valor de las mesadas, primas y demás emolumentos adeudados hasta la fecha en que se haga efectivo el pago del retroactivo que resulte de la reliquidación efectuada.

Se condene a la entidad demandada al pago de costas del proceso y agencias en derecho y a dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 de la Ley 1437 del 2011.

Finalmente pidió que la liquidación de las anteriores condenas se efectué mediante la moneda de curso legal en Colombia, y se ajusten tomando como base el índice de precios al consumidor.

El petitum se basó, en los hechos que se resumen, así:

La señora ELIS MARINA GUEVARA SIERRA, prestó sus servicios personales a la GOBERNACIÓN DE SUCRE y a la E.S.E CENTRO DE SALUD SAMPUÉS por más 20 años, devengando como último salario la suma de (\$ 1.435.927, 00)

correspondiente al cargo de Auxiliar en Área de la Salud en la Empresa Social del Estado, pues así se hace constar en la certificación anexa a la demanda.

Conforme al hecho anterior, la señora ELIS MARINA GUEVARA SIERRA laboró por espacio de más de 30 Años es decir 10.150 días de servicios prestados a las entidades públicas señaladas, cotizando en pensiones al Instituto Seguro Social un total de 11.450 semanas cotizadas.

El 29 de agosto de 2014 la señora ELIS MARINA GUEVARA SIERRA al cumplir con 55 años de edad y más de 20 años de servicios prestados al Estado, solicitó ante COLPENSIONES-Seccional (Sucre) el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a la que por disposición legal tenía derecho; petición que fue resuelta de manera favorable a través de la Resolución No. GNR 19362 del 29 de enero de 2015.

En dicho acto administrativo se dispuso reconocer a favor de la señora ELIS MARINA GUEVARA SIERRA una pensión mensual de vejez condicionada al retiro definitivo del servicio en los términos previstos por la Ley para el disfrute de la pensión que le fue otorgada.

La entidad demandada, tomó como base para liquidar la prestación económica de la señora GUEVARA SIERRA, el artículo 21 de la ley 100 de 1.993, debiendo aplicar la Ley 33 de 1985.

Posteriormente mediante la Resolución No 181828 del 18 de junio de 2.015 COLPENSIONES se ingresó en nómina la pensión reconocida a la señora ELIS MARINA GUEVARA SIERRA en cuantía de \$ 1.210.235.

La actora ELIS GUEVARA SIERRA presentó derecho de petición en el que solicitó a COLPENSIONES liquidar su pensión, con la aplicación de la Ley 33 de 1.985 tomando su última asignación mensual e incluyendo nuevos factores salariales devengados por ella en su último año de servicios.

La entidad pública demandada resolvió de forma negativas las peticiones de la demandante materializando su decisión en las Resoluciones Nos. GNR 171730 del 14 de junio de 2016 y No VPB 39573 del 18 de octubre de 2.016, esta última que agotó la actuación administrativa.

La señora ELIS MARINA GUEVARA SIERRA es beneficiaria del Régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, en su artículo 36, ya que al entrar en vigencia este régimen pensional contaba con más de 35 años de edad, ya que al 1° de abril de 1994 tenía 36 años de edad y más de 15 años de servicios prestados al Estado.

Dispone el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que: "*La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios 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*".

La demandante es beneficiaria del Régimen de transición mencionado, por lo tanto, tiene derecho a que se le aplique el régimen anterior al que se encontraba afiliada, este es, el establecido en la ley 33 del 29 de enero de 1985 normatividad aplicable para la liquidación de su pensión de vejez.

Denuncia que el artículo 1°, inciso 1° de la Ley 33 de 1985 establece que: "El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (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 servicios".

Informa que el Decreto 1045 del 7 de junio de 1978, en su artículo 45 enlista los factores de salario que se deben tener en cuenta para la liquidación de cesantías y pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales.

COLPENSIONES al liquidar la pensión de jubilación de la señora GUEVARA SIERRA y establecer el salario base de liquidación, tomó el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, al cual se le aplicó el monto pensional establecido en el artículo 34 de la Ley en mención, modificado por el artículo 10 de la ley 793 de 2003.

Para determinar el salario base de liquidación de la pensión de la señora ELIS MARINA GUEVARA, debió tomarse el último salario devengado, incluyendo los factores salariales como: VACACIONES, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS, PRIMA DE SERVICIO y PRIMA NAVIDAD percibidos por la señora ELIS GUEVARA SIERRA durante su último año de servicios, factores que sirvieron de base para calcular los aportes en pensión.

Durante el último año de servicios la demandante, percibió la siguiente asignación mensual y factores salariales, así:

FACTORES SALARIALES	VALOR
SUELDO	\$1.435.927
VACACIONES	\$865.420
BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS	\$502.574
PRIMA DE SERVICIOS	\$738.904
PRIMA DE NAVIDAD	1.603.525

El valor inicial de la mesada pensional de la señora ELIS GUEVARA SIERRA debió deducirse mediante las siguientes operaciones aritméticas:

(...) ASIGNACIÓN BÁSICA MENSUAL \$ 1.435.927

VACACIONES+ BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADA+ PRIMA DE SERVICIO+ PRIMA DE NAVIDAD = \$ 3.710.423, 00/12 = \$ 265.030.214

MESADA PENSIONAL INICIAL = ASIGNACIÓN BÁSICA + DOCEAVA (12) PARTE DE LOS FACTORES SALARIALES X 75%

MESADA PENSIONAL INICIAL = \$ 1.700.957,21 X 75 % = \$ 1.275.717,91(...)

Conforme a las operaciones matemáticas indicadas COLPENSIONES, debió cancelar a la señora ELIS MARINA GUEVARA SIERRA una mesada pensional inicial de \$ 1.275.717,91 y no la suma de \$ 1.210.235, 00, como se hizo en la Resolución No. GNR 181828 del 18 de junio de 2.015.

A través de petición formal la señora ELIS MARINA GUEVARA SIERRA, solicitó a su último empleador - ESE CENTRO SALUD DE SAMPUÉS se sirviera certificar los factores salariales que se tuvieron en cuenta para efectuar los aportes respectivos en pensiones a la I.S.S desde su vinculación hasta el último día en que prestó sus servicios a esa entidad y se sirviera certificar la fecha a partir de la cual se retiró del servicio oficial

La E.S.E CENTRO SALUD DE SAMPUÉS resolvió la solicitud de la actora mediante oficio sin fecha en el que relacionó los factores que sirvieron de base para efectuar los aportes a la I.S.S, tales como asignación básica mensual, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad, en el mismo sentido se certificó que la fecha de retiro del servicio de la señora ELIS MARINA GUEVARA de esa entidad fue el día 30 de Junio de 2015.

2. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Considera la demandante, que, con la actuación administrativa demandada, se violaron los siguientes preceptos constitucionales y legales: artículo 36 de la Ley 100 de 1.993; el artículo 3º inciso 2º y 3º de la Ley 33 de 1.985 y el artículo 45 del Decreto 1045 del 7 de junio de 1.978.

Inició el concepto de violación, trayendo a colación la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, referente a que el derecho a pedir una pensión de jubilación no prescribe, insistiendo en que tratándose de un derecho vitalicio subsiste la acción correspondiente durante la vida del titular, por lo tanto, lo que prescribe son las mesadas pensionales dentro del término establecido por la Ley.

En este orden de ideas, señaló que el derecho pensional no se extingue y por ende no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo a los factores que constituyen parte integrante del derecho, siendo aplicable el aforismo que dice que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, por lo que el salario es factor esencial para el reconocimiento de la pensión.

Afirmó que su tasación es imprescriptible como lo es el derecho mismo a la pensión y por lo tanto cualquier factor salarial que se hubiese omitido al determinar la liquidación de la prestación puede reclamarse en cualquier tiempo, como soporte de esta apreciación citó la sentencia de 2 de marzo de

1979, expediente No. 1.965 con ponencia del Magistrado Dr. Samuel Buitrago Hurtado.

Añadió que el H. Consejo de Estado en sentencia de 23 de marzo de 1979 proferida en el expediente No. 2049 expresó claramente que "si el derecho de reclamar la Pensión de Jubilación es imprescriptible, en cualquier momento puede reclamarse igualmente el reajuste del salario básico, sobre el cual fue reconocida la pensión, sin que sea presupuesto de la demanda la acusación de la Resolución en la que se reconoció la pensión, va que el acto, en realidad no es nulo, sino incompleto, en cuanto no tuvo en cuenta algunos factores salariales".

Indicó que siguiendo el criterio jurisprudencial no hay necesidad de demandar el acto administrativo que reconoce la pensión y que este no es nulo sino incompleto al ser carácter imprescriptible, razón por la cual no se demanda la nulidad de la resolución que dio origen al derecho de la pensión de jubilación de la señora ELIS MARINA GUEVARA SIERRA.

Como argumentos concretos respecto a la violación a las normas citadas, sostiene que COLPENSIONES con su negativa de no aplicar la Ley 33 de 1985 para la liquidación de la pensión de jubilación de la señora ELIS MARINA GUEVARA y acoger lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 chocó tajantemente con lo expuesto por el H. Consejo de Estado en la sentencia 13 de marzo de 2003 C.P ANA MARGARITA OLAYA FORERO, en la medida que se abstiene de reconocer los factores salariales devengados por la demandante durante su último año de servicios.

3. CONTESTACIÓN.

La demandada COLPENSIONES, ejerció su derecho de contradicción y defensa dentro de la oportunidad procesal para ello², oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por considerar que carecen de fundamentos jurídicos que las soporten.

Atinente a los hechos admitió los relacionados con la expedición de los actos administrativos demandados, respecto a los demás consideró en su mayoría que

² fs. 82-88

no constituyen hechos sino conceptos personales del apoderado actor y específicamente respecto al hecho "decimo" aseguró que no le consta, toda vez que son situaciones ajenas a Colpensiones.

Como argumentos de defensa sustentó que no hay lugar a la reliquidación solicitada por la accionante, toda vez que mediante Resolución GNR 19362 del 29 de enero de 2015 esa entidad reconoció una pensión de vejez a la demandante, en cuantía al año 2015 de \$1.205.025, con IBL de \$1.338.917 y una tasa de reemplazo del 90%, con **1.263** semanas cotizadas, de conformidad con el Decreto 758 de 1990.

No obstante a lo anterior, aseguró que mediante Resolución GNR 171730 del 14 de junio del 2016, la entidad reliquido la pensión de vejez de la demandante a partir del 30 de junio del 2015 en cuantía de \$1.211.834 y para el 2016 por valor de \$1.293.875, con una tasa de remplazo del 90%, con **1.353** semanas de cotización, de conformidad con el Decreto 758 de 1990.

Con base en lo anterior, arguyó que los actos administrativos concedieron la pensión de jubilación de la señora GUEVARA SIERRA bajo los parámetros legales que regulan la materia, como lo es, el Decreto 758 de 1990 teniendo en cuenta **el principio de favorabilidad.**

Señaló que el artículo 12 del Decreto 753 de 1990 establece que "tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos: a) sesenta (60) años de edad para el caso de los varones y cincuenta y cinco (55) o más años de edad .si es mujer y, b) y un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un numero de mil(1000) semanas en cualquier tiempo"

Anotó que el párrafo anterior se aplica por remisión del artículo 36 de la ley 100 de 1993 que establece lo siguiente; "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 encuentran

afiliados. Que las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993"

Informa que para establecer el monto de la liquidación de la prestación de la demandante, se tuvo en cuenta el artículo 20 del decreto 758 de 1990, en donde se dispone, que el monto pensional empieza con 45% del Ingreso base de liquidación siempre que el asegurado acredite 500 semanas cotizadas, y se incrementa en 3 puntos porcentuales por cada 50 semanas cotizadas que excedan las primeras 500 semanas, con un porcentaje máximo del **90%** por 1250 semanas, por lo que, al asegurado al acreditar 1.099 semanas, le corresponde un 78% de la tasa de reemplazo, sobre el Ingreso Base de Liquidación.

Recalcó que la prestación reconocida mediante la Resolución N° GNR 171.730 del 14 de junio de 2016 expedida por Colpensiones se liquidó con un I.B.L. de \$1.346.482 actualizado anualmente con índice de precios al consumidor expedida por el DANE, y teniendo en cuenta que al momento de solicitar la pensión la accionante tenía un total de **1.353** semanas cotizadas la cual se liquidó con el 90%.

Con base a lo anterior, expresó que la pensión de vejez de la accionante fue liquidada conforme las disposiciones que regulan la materia, y una vez realizadas las operaciones aritméticas el valor arrojado es igual al que actualmente se encuentra disfrutando la afiliada, motivo por el cual no-hay lugar a hacer nueva liquidación en la forma como lo solicita la parte demandante.

Afirma que en el caso en particular no hay lugar al reconociendo de los interés e indexación solicitados en la demanda, pues aclara que tal reconociendo se refiere al atraso de sumas de dinero ya reconocidas, situación que no se está presentando pues desde el momento en que se reconoció la prestación de manera diligente se han venido cancelando.

Insistió en que la pensión de la demandante se otorgó teniendo en cuenta el **principio de favorabilidad**, por ello se le aplicó el régimen más conveniente que aquel contenido en la Ley 33 de 1985, toda vez que se aplicó **una tasa de reemplazo del 90%** y si se aplicase el otro régimen, su tasa no sería superior al 75%. Por lo anterior, se reconoció y liquidó el régimen más favorable para el

reconocimiento de la pensión de la señora ELIS MARINA GUEVARA SIERRA en debida forma.

Con base en lo anterior, COLPENSIONES propuso las excepciones de "inexistencia de las obligaciones reclamadas", "improcedencia para reliquidar la pensión de vejez" y "prescripción".

4. ALEGATOS.

En la audiencia inicial celebrada el 9 de agosto de 2018³, se declaró precluido el periodo probatorio, se prescindió de la audiencia de alegatos y juzgamiento y, en su lugar, se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al representante del Ministerio Público para que conceptuara en esa misma diligencia.

4.1. La demandante a través de su apoderada sustituta, en esta oportunidad, presentó sus alegatos de conclusión en el proceso de la referencia al **Minuto 29:43** de la diligencia para reafirmar que sus pretensiones van encaminadas a que se declare la nulidad parcial y absoluta de los actos demandados, respectivamente.

Lo anterior, en atención a que le asiste el derecho a que se reajuste su pensión de jubilación a partir del 30 de junio de 2015 hasta la fecha en que se dicte sentencia, incrementado el valor de la mesada inicial a la suma de \$1.275.717 como consecuencia de la aplicación de la Ley 33 de 1985 e inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en su último año de servicios.

Respecto a los factores que deben tenerse en cuenta para liquidar su prestación precisó que son; bonificación por servicios prestados, prima de servicios y prima de navidad percibidos, lo que debe hacerse por ser beneficiaria del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que a la fecha de 1º de abril de 1994 contaba con 36 años de edad y 15 años de servicios.

4.2. La demandada COLPENSIONES, hizo uso de esta etapa, indicando que mediante los actos administrativos demandados, se reconoció y reliquido la pensión a la demandante teniendo en cuenta el régimen previsto en el Acuerdo

³ Ver acta de la audiencia, a fs. 109-112; y el correspondiente CD, a f. 118.

No. 049 de 1990, dado que éste, al compararse con los de la Ley 33 de 1985 y la Ley 100 de 1993, resulta ser el más favorable para la situación de la señora ELIS MARINA GUEVARA SIERRA.

Adujo que las pretensiones de la demandante deben negarse, en razón a que COLPENSIONES aplicó correctamente la ley al calcular el ingreso base de liquidación que le correspondía a la demandante y reconoció el régimen que le era más favorable.

5. MINISTERIO PÚBLICO.

El representante del Ministerio Público delegado ante esta célula judicial, resignó conceptuar en este proceso.

III. CONSIDERACIONES

1. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

En esta oportunidad se permite advertir el Juzgado que estudiado nuevamente el contenido del plenario se encuentra que la señora ELIS MARINA GUEVARA SIERRA no presentó recurso alguno en sede administrativa contra de los actos administrativos que reconocieron su pensión de vejez, esto es, las Resoluciones No. GNR 19362 del 29 de enero de 2013 y GNR 181828 de 18 de junio de 2015 a pesar que en ellos le fueron concedidos los de apelación y reposición.

Así las cosas, en principio existiría una irregularidad que viciaría el trámite del proceso, empero como tal situación no fue advertida por el Juzgado al momento de admitir el medio de control y en etapas posteriores y tampoco fue alegado por la entidad demandada en el curso del proceso, dicha situación estaría subsanada, al no haber impugnada oportunamente por las partes (parágrafo del artículo 133 del C.G.P.).

Por lo anterior, es procedente realizar el control de legalidad en contra de todos los actos administrativos demandados.

2. COMPETENCIA.

El Juzgado es competente para conocer en primera instancia de la presente demanda, teniendo en cuenta que la cuantía de la misma no supera los

cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes, conforme lo establece el numeral 2º del artículo 155 del CPACA; y porque el último lugar donde la demandante prestó su servicios fue en el Centro de Salud de Sampués E.S.E ubicado en el Departamento de Sucre, lo que se ajusta a lo previsto el numeral 3º del 156 ibídem.

3. ACTUACIÓN DEMANDADA.

Con la demanda se pretende la declaratoria de nulidad parcial de las Resoluciones No. GNR 19362 del 29 de enero de 2013 y GNR 181828 de 18 de junio de 2015 que le reconocieron una pensión de vejez a la señora ELIS MARINA GUEVARA SIERRA; así como la nulidad absoluta de las Resoluciones N° GNR 171730 de 14 de junio de 2016 y N° VPB 39573 de 18 de octubre de 2016, que le negaron la reliquidación de esa prestación.

3. PROBLEMA JURÍDICO.

Atendiendo los parámetros indicados en la audiencia inicial celebrada en el presente proceso⁴, el problema jurídico se centra en determinar ¿Si el régimen que le fue aplicado a la señora ELIS MARINA GUEVARA SIERRA, es favorable para ella, y si acceder a las pretensiones de la demanda, lo que implica una variación en el régimen pensional aplicado que le fue aplicado, le es favorable o no, como lo determinó Colpensiones, para acceder entonces a las pretensiones de la demanda?

En este mismo punto y como problema jurídico asociado debe estudiarse la necesidad de la carga argumentativa que debe cumplir la parte demandante en estos asuntos, en la medida que no resulta suficiente para este caso en concreto que se pida la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicios, cuando no se trae al expediente ni argumentación ni pruebas que desvirtúen el estudio de favorabilidad realizado por Colpensiones en los actos administrativos demandados, lo resulta necesario en virtud del desarrollo al principio de justicia rogada que caracteriza a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

⁴ Fls 109-118

En todo caso, de demostrarse que la demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación bajo el régimen establecido en la Ley 33 de 1985 se deberá realizar el estudio de la prescripción trienal.

4. TESIS.

En esta oportunidad, de acuerdo con el material probatorio arrimado al plenario, el Juzgado considera que las pretensiones de la demanda no encontrarán prosperidad, como quiera que, los actos administrativos demandados hacen un estudio de favorabilidad pensional para la demandante que no es posible desconocer sin que haya sido demostrado en el proceso las razones por las cuales se estima que el sistema escogido por la entidad pagadora de la pensión no era el más apropiado para la demandante.

Pues, debe advertirse que en el expediente se encuentra probado que a la señora ELIS MARINA GUEVARA SIERRA se le reconoció una pensión de jubilación con una tasa de remplazo del 90% sobre el valor del ingreso base de liquidación mientras que el reclamado por la demandante, esto es, el dispuesto en la Ley 33 de 1985 lo es por el 75% del ingreso base de liquidación, el cual resulta inferior al reconocido.

5. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

5.1 Rectificación de criterio de la suscrita juez⁵.

Antes de abordar el estudio del tema central en este asunto, la suscrita Juez debe hacer claridad sobre su postura en relación con este debate y especialmente en determinados casos que tienen las siguientes condiciones y que ya fueron resueltos por este Juzgado, a saber:

i) Fueron adelantados por personas que ocuparon el cargo de auxiliares de enfermería o auxiliares de la Salud de las Empresas Sociales del Estado, que venían cotizando al Instituto de los Seguros Sociales.

⁵ Artículo 7. Legalidad

Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, **estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión.** De la misma manera procederá **cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos.**

El proceso deberá adelantarse en la forma establecida en la ley.

ii) La entidad pública demandada es la Administradora Colombiana de Pensiones por ser la sucesora del Instituto de los Seguros Sociales.

iii) Tienen similares a las pretensiones a las aquí debatidas, las cuales van dirigidas a que se reliquide la pensión de jubilación del extremo activo con base en la Ley 33 de 1985 e inclusión de todos los factores salariales devengados devengados en el último año de servicios, cuando el régimen de pensión de vejez que les fue aplicado al momento del reconocimiento de la prestación fue el dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990-Decreto 758 de 1990, en virtud del estudio de favorabilidad realizado por la entidad pagadora de la pensión.

En los anteriores la suscrita Juez accedió a las súplicas de la demanda, declarando la nulidad de los actos acusados y ordenando la aplicación del régimen contenido en la Ley 33 de 1985, no obstante, en esta oportunidad se rectifica ese criterio, porque se considerada que acceder a lo pretendido implica realizar una variación en el régimen pensional reconocido aun cuando las partes no acreditan que el aplicado no es el más beneficioso para su situación, estudio que no puede continuar haciendo el Juzgado de oficio sin que las partes se esfuercen con su actividad argumentativa y probatoria en desvirtuar tal estudio de favorabilidad.

Lo anterior, en consideración a qué, acceder a las pretensiones en esas condiciones quebrantaría el principio pilar de la Jurisdicción Contencioso Administrativa esto es, el de la justicia rogada, entendido como la carga procesal que debe asumir el accionante para desvirtuar la presunción de legalidad de la que gozan los actos administrativos, obligación que no puede ser asumida por el Juez como en este caso.

Dicho lo anterior, se pasa a fijar el marco normativo y jurisprudencial con el que se desatará la litis trabada entre las partes.

-Régimen de transición Ley 100 de 1993

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, en su artículo 36 reglamentó el régimen de transición pensional, el cual 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. 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...".

Conforme a la norma transcrita, quienes para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior al cual se hallaban afiliados, esto es, en cuanto a la edad para acceder a la pensión de jubilación, al tiempo de servicio y al monto de la prestación.

- Régimen pensional del acuerdo 049 de 1990 (Decreto 758 de 1990).

El Acuerdo 049 de 1990, fue expedido el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios y aprobado por el Gobierno mediante **Decreto 758 de 1990**, mediante el cual se estableció el régimen del seguro social obligatorio de vejez, muerte e invalidez.

Conforme al artículo 1º del acuerdo, eran sujetos obligatorios del seguro social de origen no profesional:

1. En forma forzosa: a) Los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a *patronos particulares* mediante contrato de trabajo o de aprendizaje; b) *Los funcionarios de seguridad social del Instituto de Seguros Sociales* y, c) Los pensionados por jubilación cuyas pensiones vayan a ser compartidas con las pensiones de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales o asumidas totalmente por él.
2. En forma facultativa: a) Los trabajadores independientes; b) Los sacerdotes diocesanos y miembros de las Comunidades Religiosas y, c) Los servidores de entidades oficiales del orden estatal que al 17 de julio de 1977 se encontraban registradas como patronos ante el ISS.
3. Otros sectores de población respecto de quienes se amplíe la cobertura del régimen de los seguros sociales obligatorios.

Sin embargo, **algunas entidades públicas facultadas**, optaron por afiliar a sus empleados al ISS, a quienes por consiguiente, también les resultaba aplicable el régimen establecido en el Acuerdo 049 de 1990.

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se derogó el régimen pensional del Acuerdo 049 de 1990, al igual que los demás regímenes pensionales aplicables al sector público, **sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes causaron el derecho pensional antes de la vigencia de aquélla, y del régimen de transición previsto en el artículo 36 ibídem**, que prolongó su aplicación para quienes a 1º de abril de 1994 hubieren cumplido 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, tal y como fue antes anunciado.

En el mismo sentido, y no obstante las reformas orientadas a su desmonte⁶, también los beneficiarios del régimen de transición -y los beneficiarios de éstos- afiliados del ISS, **conservaron el derecho a obtener las pensiones con arreglo a las previsiones de dicho acuerdo, a en aplicación del principio de la condición más beneficiosa**.

La Corte Constitucional ha reconocido la posibilidad de que quienes estuvieron afiliados al seguro social, y por consiguiente, son beneficiarios del régimen establecido en el Acuerdo 049 de 1990, por virtud de la transición, acumulen los aportes que hubieren realizado a las cajas de previsión social, para efectos de completar los requisitos exigidos por el acuerdo en orden a acceder a la pensión de vejez, bajo la consideración de que no existe en aquél ninguna disposición que exija fidelidad en la cotización⁷, y así ha estimado que *"se vulneran los derechos fundamentales de las personas que, a pesar de cumplir el requisito de 1000 semanas de cotización y la edad, según la regulación del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, se les niega la pensión de vejez bajo el argumento de la exclusividad de cotizaciones al ISS. Así, de acuerdo con la ratio decidendi reiterada por la Corte Constitucional para decidir estos casos, es posible la acumulación de semanas cotizadas al ISS y a otras entidades de previsión social existentes antes de 1993 para otorgar pensiones de vejez bajo Acuerdo 049 de 1990, en*

⁶ Ley 797 de 2003 - A.L. 01 de 2005.

⁷ T-090 de 2009, T-398 de 2009, T-583 de 2010, T-093 de 2011, T-1334 de 2011, T-599 de 2011.

aplicación del régimen de transición, bajo el supuesto del cumplimiento de los requisitos de las 1000 semanas de cotización y la edad requerida"⁸.

En todo caso, debe advertirse que en estas hipótesis, la aplicación del Acuerdo 049 (Decreto 758 de 1990) tiene como premisa que la entidad a cuyo cargo esté el reconocimiento pensional corresponda al ISS, precisamente por tratarse de un reglamento privativo, aplicable a sus afiliados; de ahí que la Corte Suprema de Justicia haya orientado, por ejemplo, que *"resulta impertinente pedirle a la Caja Nacional de Previsión Social que reconozca las prestaciones estatuidas en el Acuerdo 049 de 1990, por cuanto esta disposición es propia de los reglamentos del Instituto de Seguros Sociales."*⁹ Subraya del Juzgado.

Por ello, debe concluirse que la posibilidad de aplicar el Acuerdo 049 de 1990, se limita a aquellos servidores públicos o sus beneficiarios que durante su vinculación **estuvieron afiliados al ISS** y que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 habían **causado los derechos –pensionales- que dicho acuerdo consagra, bajo las condiciones que el mismo establece, o con posterioridad a ella si estuvieran cobijados por el régimen de transición.** (Negrillas del Juzgado).

En este efecto, los artículos 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990 establece como requisitos para obtener la pensión los siguientes:

"Artículo 12. Requisitos de la Pensión por Vejez. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos: "a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y, "b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo ".

⁸ T-201 de 2012 MP. Nilson Pinilla.

⁹ C.S.J., Sala de Casación Laboral, MP. Gabriel Miranda Buelvas, sentencia de 21 de junio de 2011, exp. 37.619

"Artículo 20. "II. Pensión de vejez. "a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y, "b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario (...)"

Así las cosas, en el caso de las mujeres, una vez se acredite el cumplimiento de los 55 años de edad y quinientas (500) semanas cotizadas dentro de los últimos veinte años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, podrá obtener el reconocimiento pensional en las condiciones establecidas en el Acuerdo 049 de 1990.

En el evento en que las quinientas semanas señaladas anteriormente no se hayan cotizado dentro de los veinte años anteriores al cumplimiento de la edad, sólo podrá acceder a la pensión de vejez una vez acredite como mínimo mil semanas de cotización en cualquier tiempo.

-Régimen pensional previsto en la ley 33 de 1985.

La Ley 33 de 1985, la cual dispuso en su artículo 1º, que el empleado público tendrá derecho al pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio base para los aportes durante el último año de servicio, siempre que preste o haya prestado 20 años continuos o discontinuos de servicios y tenga 55 años de edad; esta norma derogó el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, que disponía que la pensión sería equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

Señaló, además, los factores que deben servir para determinar la base de liquidación de los aportes, así:

"ARTICULO 3o. 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 de 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; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días 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."

La anterior disposición fue modificada por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y en cuanto a factores salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación estableció:

"ARTÍCULO 1. 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 la 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."

Así entonces, como se dijo la Ley 33 de 1985, en su artículo 1º, establece que el porcentaje del 75% se aplica sobre la base compuesta por el promedio de lo devengado durante el último año de servicios.

-De los factores salariales aplicables régimen de la Ley 33 de 1985.

Sobre los factores que se deben tener en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, es del caso aplicar la tesis fijada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 4 de agosto de 2010, CP: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, en la que se concluyó que la preceptiva contenida en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, es un principio general y no puede considerarse de manera taxativa, por tal razón deben incluirse todos los factores efectivamente devengados realizando los aportes que correspondan

Cita la providencia:

"Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse."

(...)

la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiando su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos."
(Negrillas del Juzgado)

Y, en la misma sentencia el Consejo de Estado, para explicar su posición en cuanto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta para definir la

cuantía de la mesada pensional, concurre al principio de favorabilidad de la ley en materia laboral, en el siguiente sentido:

"La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, parte del supuesto que las pensiones de jubilación se liquidan con base en los factores que fueron objeto de aportes para la seguridad social y, a su turno, enlista los factores susceptibles de las deducciones legales. Esta premisa normativa puede ser interpretada en el sentido que sólo los factores mencionados por la norma pueden tenerse en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, concluyendo que cuando el trabajador efectúe aportes sobre factores no enlistados en dichas normas debe ordenarse su devolución. Sin embargo, también podría entenderse válidamente que pueden incluirse todos los factores salariales devengados por el empleado deduciendo el pago que por aportes debía haberse efectuado al momento de reconocer el beneficio pensional.

Para desatar dicha ambigüedad interpretativa es preciso acudir al principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios¹⁰."

Es importante destacar que la anterior posición jurisprudencial ha sido reiterada en sentencias proferidas con posterioridad¹¹, en las cuales se da aplicación a las leyes 33 y 62 de 1985, en su integridad, es decir, para efectos de las reliquidaciones ordenadas, se han tenido en cuenta todos los factores salariales recibidos por el actor en el último año de servicios.

En ese sentido, la preceptiva contenida en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, debe entenderse como un principio general y por lo tanto no puede considerarse de manera taxativa, por tal razón deben incluirse todos los factores efectivamente devengados realizando los aportes que correspondan,

¹⁰ Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

¹¹ Véase las sentencias de la Sección Segunda - Subsección B, del 17 de marzo del 2011, CP: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, radicado N° 1159-10; y, del 3 de febrero de 2011, CP: BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PAEZ, radicado N° 0665-08.

atendiendo el concepto de salario determinado por el Decreto 1045 de 1978. Con esa perspectiva, el Consejo de Estado expuso:

*"Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los **factores que constituyen salario**, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.*

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978¹²." (Negrillas del Original)

Cabe señalar entonces que cada régimen pensional se debe aplicar en su integridad, atendiendo el principio de inescindibilidad de la norma, es decir, sin fraccionamiento alguno y sin que sea procedente tomar una parte de uno y otra de otro, para hacer un reconocimiento pensional, el cual se encuentra resguardado como derecho fundamental por la máxima norma constitucional, especialmente cuando ello resulta más favorable para el trabajador. En concreto, el Consejo de Estado ha dicho:

¹²Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 16 de febrero de 2012, radicado No. 25000-23-25-000-2007-00001-01 (0302-11), Consejero ponente Dr. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO.

*"Entre tanto, como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación y así lo solicitó en la demanda"*¹³.

Y más adelante, señaló en la misma providencia, lo siguiente:

"Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación.

En efecto, durante el último año de servicio, comprendido entre el 31 de octubre de 2001 y el 31 de octubre de 2002, el actor devengó los siguientes conceptos: asignación básica; alimentación; bonificación por recreación; bonificación semestral; bonificación por servicios; diferencia de horario; dominicales y festivos; horas extras; inc. (sic) Antigüedad; prima de productividad; prima de navidad; prima de vacaciones; indemnización de vacaciones.

*CAJANAL, de acuerdo con lo probado en el proceso, al liquidarle la pensión de jubilación tuvo en cuenta la asignación básica, dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y, diferencia de horario, factores que fueron devengados entre el 1 de abril de 1994 y el 31 de octubre de 2002"*¹⁴.

Como corolario de las normas cuya parte pertinente se transcribió, y acogiendo la interpretación y argumentos expuestos por el H. Consejo de Estado sobre la materia, es claro que para liquidar las pensiones de jubilación reconocidas bajo la Ley 33 de 1985, se debe tener en cuenta todos los factores salariales

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de agosto del 2010, radicado No. 0112-09, Consejero Ponente Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

¹⁴ *Ibídem*.

devengados por el trabajador durante el último año de servicio en que alcanzó el status de pensionado, aunque sobre ellos, o alguno de ellos, no haya mención taxativa por la Ley 62 de 1985; y en caso de que no se hayan efectuado las deducciones por aportes sobre todos los factores, se concede a la caja de previsión respectiva el derecho a realizarlo, para cubrir los nuevos factores salariales base de liquidación pensional.

Ahora bien, la Corte Constitucional a través de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, ambas con fuerza vinculante y efectos *erga omnes* dada su naturaleza, ha precisado que el IBL no es un aspecto del régimen de transición, criterio que ha reiterado recientemente en la sentencia SU-427 de 2016 con la que, además, unificó criterio acerca de la procedencia del recurso de revisión en los casos donde se presente un abuso del derecho, consistente en el aprovechamiento de una interpretación jurisprudencial para acceder a beneficios pensionales con una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en el monto de esa prestación.

Sea lo primero dejar constancia de que dicho criterio no ha sido acogido por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, como quedó dicho en la sentencia del 25 de febrero de 2016, radicado No. 25000234200020130154101, Consejero Ponente Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE, a través de la cual esa Sección reiteró que su posición unánime es que la base de liquidación de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprenda todo lo devengado en el último año de servicio y el porcentaje dispuesto legalmente, que es por regla general el 75%. Al respecto dijo:

"Quiere insistir el Consejo de Estado en las razones que sustentan su postura tradicional con respecto al ingreso base de las pensiones del régimen de transición, y que ahora reitera:

- La complejidad de los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición, hace altamente razonable la interpretación que tradicionalmente ha tenido esta Corporación respecto de la expresión "monto" contenida como criterio general en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.*

- Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencias de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica. La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional. El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como lo son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico, que en todo caso ya se asumió para la generalidad de los pensionados, quedando muy pocos pendientes de esa decisión. Debe recordarse que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, además de introducir el concepto de sostenibilidad financiera al sistema pensional, dispuso que el Estado "asumirá la deuda pensional que esté a su cargo".
- Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas.
- La Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa, en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le sería aplicable, dado que como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a defender su posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos aquí expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema.

- Los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que la misma Corte Constitucional ha estimado incorporados a la Constitución Política colombiana en virtud del llamado "bloque de constitucionalidad", no se predicán exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales. Si la interpretación tradicional del Consejo de Estado sobre el concepto de "monto" en las pensiones del régimen de transición del sector público se ha aplicado a la generalidad de los pensionados de dicho sector, tanto en sede administrativa como en las decisiones judiciales, y esa interpretación ha sido compartida por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y de tutela, no parece acorde con los referidos principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que se pretende introducir con la sentencia SU-230 de 2015."

Las anteriores consideraciones de la Corporación de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo son compartidas en su integridad por esta célula judicial, puesto que, *ad portas* de la extinción del régimen de transición, como lo determinó el Acto Legislativo No. 01 de 2005, la aplicación de los criterios fijados por la Corte Constitucional a través de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 resultarían vulnerantes del derecho de igualdad de aquellas personas que, aun habiendo alcanzado el *status* de pensionado en régimen de transición antes del 31 de diciembre de 2014, verían disminuida su mesada pensional en la medida en que el ingreso base de liquidación de la misma sería determinado en forma diferente a como lo ha sido para los restantes pensionados, a quienes no se ha aplicado el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 como ahora lo determina la Corte Constitucional en las citadas sentencias, sino con los parámetros definidos por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

De esta manera, este Juzgado argumenta en forma explícita y justificativa las razones por las que se apartará de los parámetros que vienen definidos en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional, en ejercicio de su independencia y autonomía judicial, la que encuentra apoyo en lo dicho por esa Alta Corte en la sentencia C-816 de 2011¹⁵ y, por ello, aplicará para este caso en concreto la posición del Consejo de Estado ya reseñada en

¹⁵ Sentencia 1º de noviembre de 2011 **Referencia:** Expediente D-8473. **Actor:** Francisco Javier Lara Sabogal

esta providencia, concluyendo que en este asunto en particular la primera mesada pensional del causante y/o pensionado debió ser determinada teniendo en cuenta el 75% de la última asignación mensual percibida por el trabajador, así como la totalidad de los factores salariales percibidos durante el último año de servicios como se encontraba regulado por la Ley 33 de 1985, y su modificatoria la Ley 62 de 1985, con la interpretación que de ellas ha hecho el Consejo de Estado en forma reiterada.

En la sentencia C-816 de 2011, sobre la cual este Juzgado funda su facultad para apartarse del precedente vertical constitucional, se lee:

"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. Así, el juez dispone de un margen de apreciación de los supuestos fácticos del caso concreto y de interpretación de las normas aplicables al mismo, que le permite apartarse del precedente judicial, es decir, optar por no aplicar la razón jurídica con base en la cual se resolvió el caso anterior. Sin embargo, el juez o tribunal no puede ignorar el precedente del órgano de cierre de su jurisdicción -la ordinaria, la contenciosa administrativa, la jurisdiccional disciplinaria, y en todo caso, la constitucional-: tienen frente a ella el deber de desarrollar una argumentación explícita justificativa de su inobservancia, es decir, satisfacer una carga dialogal con el precedente, como fundamento de la decisión discrepante. En tales casos, por la iniciativa razonada del juez, el precedente judicial puede no ser aplicado, siempre con referencia expresa al mismo y con justificación jurídica del apartamiento. En la citada sentencia

C-634 de 2011, la Corte dijo: La Corte también refirió al grado de vinculación para las autoridades judiciales del precedente jurisprudencial emitido por las altas cortes. Resulta válido que dichas autoridades, merced de la autonomía que les reconoce la Carta Política, puedan en eventos concretos apartarse del precedente, pero en cualquier caso esa opción argumentativa está sometida a estrictos requisitos, entre otros (i) hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales. Esta opción, aceptada por la jurisprudencia de este Tribunal, está sustentada en reconocer que el sistema jurídico colombiano responde a una tradición de derecho legislado, la cual matiza, aunque no elimina, el carácter vinculante del precedente, lo que no sucede con otros modelos propios del derecho consuetudinario, donde el precedente es obligatorio, basado en el principio del stare decisis. Sin embargo, debe resaltarse que la opción en comento en ningún modo habilita a las autoridades judiciales para, en el ejercicio distorsionado de su autonomía, opten por desconocer el precedente, tanto de carácter vertical como horizontal, ante la identidad de supuestos jurídicos y fácticos relevantes, sin cumplir con los requisitos antes mencionados.

Por lo tanto, resultarán inadmisibles, por ser contrarias a los principios de igualdad, legalidad y seguridad jurídica, posturas que nieguen la fuerza vinculante prima facie del precedente, fundamenten el cambio de jurisprudencia en un simple arrepentimiento o cambio de parecer, o sustenten esa decisión en el particular entendimiento que el juez o tribunal tengan de las reglas formales de derecho aplicables al caso. En otras palabras, para que la objeción al precedente jurisprudencial resulte válida, conforme a la perspectiva expuesta, deberá demostrarse a que esa opción es imperiosa, en tanto concurren sustantivas y suficientes para adoptar esta postura, en tanto el arreglo jurisprudencial existente se muestra inaceptable. Estas razones, a su vez, no pueden ser otras que lograr la vigencia de los derechos, principios y valores constitucionales." (Subrayado ajeno al texto original)

Debe advertirse, no obstante, que la tesis expuesta por este Juzgado en esta providencia no es aplicable automáticamente o de manera absoluta a todos los casos por igual, pues habrán eventos en los que se evidencie que esa interpretación es aprovechada en abuso del derecho, caso en el cual se deberán analizar las especiales circunstancias fácticas que se sometan al conocimiento de esta jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Así las cosas, abordará el Juzgado el estudio y solución del problema jurídico planteado.

6. Caso concreto.

Descendiendo ya al episodio que ahora ocupa la atención del Juzgado, y trasladando los lineamientos expuestos, se tiene que en el presente asunto, la demandante pretende se le aplique a su situación el contenido de la Ley 33 de 1985 y se incluyan en su liquidación todos los elementos salariales que devengó durante el último año de servicio, los cuales debieron tenerse en cuenta, por pertenecer al régimen de transición que trae el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, conforme con las pruebas aportadas al plenario, se encuentra demostrado que la señora ELIS MARINA GUEVARA SIERRA nació el 3 de octubre de 1957¹⁶.

Igualmente, está probado según la historia laboral de la demandante que realizó las siguientes cotizaciones al Instituto de los Seguros Sociales, hoy "COLPENSIONES" a saber¹⁷:

[2] Nombre o Razón Social	[3] Desde	[4] Hasta
HOSPITAL REGIONAL SI	06/07/1987	31/12/1994
HOSPITAL REGIONAL DE	01/01/1995	31/03/1995
HOSPITAL REGIONAL DE	01/04/1995	31/12/1995
HOSPITAL REGIONAL DE	01/01/1996	31/03/1996
DPTO. ADMINISTRATIVO	01/04/1996	31/03/1997
HOSPITAL REGIONAL DE	01/04/1996	30/06/1996
HOSPITAL REGIONAL DE	01/08/1996	31/08/1996
SALUD 1 NIVEL SINCELEJO	01/04/1997	31/03/1998
ZONA SINCELEJO DASSS	01/04/1998	31/12/1998
ZONA SAMPUÉS DASSSAL	01/01/1999	31/03/1999
CENTROS Y PUESTOS DE	01/04/1999	30/04/1999
ZONA SINCELEJO DASSS	01/05/1999	31/03/2001

¹⁶ Según se lee en la documento de identificación de la demandante f. 21.

¹⁷ Ver antecedentes administrativos contenidos en el CD, obrante a f. 94, archivo: "GRP_SCH-HL-66554443332211-107-2-20170817121251"

CENTROS SALUD SAMPUÉS DAS	01/04/2001	30/04/2001
DASSSALUD SUCRE CENT	01/05/2001	31/05/2002
DASSSALUD CENSALUD S	01/06/2002	31/12/2003
DASSSALUD DE SUCRE C	01/01/2004	31/12/2004
DASSALUD CENSALUD SA	01/01/2005	28/02/2005
DASSALUD DE SUCRE	01/03/2005	31/03/2005
DASSSALUD CENSALUD T	01/04/2005	30/06/2005
DASSSALUD SUCRE CENS	01/07/2005	31/03/2006
DASSALUD	01/04/2006	30/04/2006
DASSSALUD SUCRE MALA	01/05/2006	30/04/2007
DASSSALUD SUCRE CENS	01/05/2007	31/03/2008
DASSSALUD CENSALUD T	01/05/2008	31/07/2008
CENTRO DE SALUD SAMP	01/08/2008	31/08/2008
CENTRO DE SALUD SAMP	01/04/2009	31/08/2009
CENTRO DE SALUD SAMP	01/09/2009	30/11/2009
CENTRO DE SALUD SAMP	01/12/2009	31/12/2009
CENTRO DE SALUD SAMP	01/02/2010	31/05/2010
CENTRO DE SALUD SAMP	01/06/2010	30/09/2010
CENTRO DE SALUD SAMP	01/11/2010	28/02/2011
CENTRO DE SALUD SAMP	01/03/2011	31/12/2011
CENTRO DE SALUD SAMP	01/05/2012	31/05/2012
CENTRO DE SALUD SAMP	01/06/2012	30/06/2013
CENTRO DE SALUD SAMP	01/07/2013	30/06/2015
CENTRO DE SALUD SAMP	01/07/2015	31/07/2015

De acuerdo a lo anterior, se evidencia que la señora ELIS MARINA GUEVARA SIERRA contaba con más de treinta y siete (37) años de edad y siete (7) años de servicio al 1° de abril de 1994, por lo tanto, estaría cobijada por el régimen de transición que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por acreditar el requisito de edad establecido en la norma citada.

Es claro entonces, que al ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y al estar vinculada al Instituto de los Seguros Sociales debía aplicársele el régimen pensional anterior al que se encontraba afiliada.

Pues bien, constata el Juzgado que, mediante la Resolución No. GNR 19362 del 29 de enero de 2015¹⁸, COLPENSIONES por ser la entidad que remplazó al extinto Instituto de Seguro Social "ISS" ¹⁹ reconoció a la señora ELIS MARINA GUEVARA SIERRA una **pensión de vejez**, por cumplir los requisitos del artículo 12 del Acuerdo

¹⁸ Ver antecedentes administrativos contenidos en el CD, obrante a f. 94, archivo: "GRF-AAT-RP-2014-7138593-20150131021243"

¹⁹ Conforme lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 2012 de 2012 (septiembre 28), se suprime el objeto del Instituto de Seguros Sociales "ISS" en cuanto la dirección, administración, control, vigilancia y prestación del servicio en materia de la Administración de Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Así mismo, el artículo 3° del Decreto 2011 de 2012, por el cual se determina y reglamenta la entrada en operación de la Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES".

No. 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, a partir del 1º de marzo de 2000.

Aunado a lo anterior, se observa que en dicho acto administrativo al calcular el ingreso base de liquidación de la pensión de la señora ELIS MARINA GUEVARA SIERRA se tuvo en cuenta un total de 1.263 semanas cotizadas y se aplicó una tasa de reemplazo equivalente al 90% lo que arrojó una mesada final en cuantía de **\$1.205.025**.

Posteriormente, se evidencia que mediante Resolución GNR 181828 de 18 de junio de 2015 previa petición de la demandante se ordenó el ingreso a nómina la pensión de vejez reconocida a favor de la señora GUEVARA SIERRA con una cuantía de **\$1.210.235**, liquidación que se realizó en esta oportunidad con base en **1.329** semanas cotizadas²⁰.

Inconforme con la liquidación que se hizo de su pensión en las Resoluciones antes citadas, la demandante por conducto de apoderado judicial, el día 6 de mayo de 2016, solicitó a COLPENSIONES, la reliquidación de su pensión conforme las precisiones de la Ley 33 de 1985, petición que fue radicada en la entidad demandada bajo el número N° 2016_4614475.

En virtud de lo anterior, COLPENSIONES a través de la Resolución No. GNR 171730 de 14 de junio de 2016²¹, decidió reliquidar la pensión de la demandante, de acuerdo al régimen pensional que fue aplicado al momento del reconocimiento, esto es, el Acuerdo No. 049 de 1990 (Decreto 758 de 1990), pero varió el porcentaje de las semanas cotizadas por la actora de 1.329 a **1.353** semanas, aumentando la mesada de la pensión reconocida para el año 2015 de \$1.210.235 a **\$1.211.834**.

No obstante, debe acotarse que COLPENSIONES previó a ordenar la reliquidación en esos términos procedió a realizar un estudio de favorabilidad a efectos de atender la solicitud de la actora que estaba dirigida al reconocimiento de la prestación bajo las previsiones de la Ley 33 de 1985,

²⁰ Ver antecedentes administrativos contenidos en el CD, obrante a f. 94, archivo: "GRF AAT-RP-2015_1973634-20150619030535" y páginas 30-32.

²¹ Ver antecedentes administrativos contenidos en el CD, obrante a f. 94, archivo: "GRF-AAT-RP-2016_4614475-20160614021002" Fls 34 al 36

buscando establecer el régimen más favorable a la situación de la demandante y al respecto se señaló:

(...)

Para el análisis de la pensión reconocida, se tomó en cuenta que la peticionaria cumple los requisitos para los siguientes tipos de pensión, siendo aplicado por favorabilidad el indicado en la columna "Aceptada Sistema":

Nombre	Fecha status	Fecha efectividad	Valor IBL	Mejor IBL	% IBL	Valor Pensión Mensual	Aceptada
1050 Semanas progresivas, 55 o 60 años de edad Ley 797 del 2003-Legal	28 de diciembre de 2012	30 de junio de 2015	1.346.482	1	67.46	969.831	NO
PENSIÓN DE VEJEZ- Decreto 758 de 1990- Régimen Transición Mujer	3 de octubre de 2012	30 de junio de 2015	1.346.482	1	90.00	1.293.875	SI
20 años y 55 años de edad- ley 33- Trab Oficial) Departal, Distr, Municip (Nº cundinamarca) al 01	3de octubre de 2012	30 de junio de 2015	1.346.482	1	75.00	1.078.230	NO

(...)

"Que como se evidencia en el cuadro anterior se estudió la ley 33 de 1985 para el reconocimiento de la pensión de vejez, liquidándola con lo devengado en los últimos diez años de servicio, sin embargo, el valor que arroja resulta menor al que a la fecha está recibiendo.

Que teniendo en cuenta el principio de favorabilidad estipulado en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, -es procedente conservar el decreto 758 de 1990 el cual le genera un 90% del Ingreso Base de Liquidación en comparación con la ley 33 de 1985 que solo le otorga un 75% de dicha tasa, lo que implicaría que

si se le reconociese con dicha norma la mesada pensional fuese menor a la que actualmente recibe" (...) Negrillas del Juzgado.

Contra la anterior decisión, la demandante interpuso recurso de apelación insistiendo en que se reliquidara su pensión con la inclusión de los haberes salariales que devengó durante su último año de servicios; solicitud que fue resuelta por COLPENSIONES mediante la Resolución No. VPB 39573 de 18 octubre de 2016²² realizando nuevamente el **estudio de favorabilidad** decidiendo confirmar en todas sus partes el contenido de la Resolución No. GNR 171730 de 14 de junio de 2016.

Respecto a la solicitud concreta de aplicación de la Ley 33 de 1985 e inclusión de factores salariales devengados en el último año de servicios por la señora ELIS MARINA GUEVARA SIERRA la entidad pública en el acto administrativo antes mencionado (Resolución VPB 39573 de 18 octubre de 2016), sostuvo:

(...)

Ahora bien, respecto a la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez teniendo en cuenta los factores salariales del último año de servicio de conformidad con la Ley 33 de 1985, es preciso aplicar la circular N° 16 de 2015..

(...)

Revisado lo anterior, se tiene que el asegurado tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez a la luz de la Ley 33 de 1985 en el entendido que por ser beneficiaria del régimen de transición, se le respeta edad, tiempo de servicio y monto de la pensión; que el ingreso base de liquidación determinó teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con base en los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994, debidamente cotizados.

Así las cosas, una vez realizado el estudio de la solicitud de reliquidación y/o retroactivo, se establece que no se generaron valores a favor del pensionado teniendo en cuenta la Ley 33 de 1985 toda vez que el cálculo aritmético realizado teniendo en cuenta los diez últimos años de servicios de la recurrente es la

²² Ver antecedentes administrativos contenidos en el CD, obrante a f. 99, archivo: "GRP-HPE-EV-CC-23211795_1", pág. 39-40.

mesada pensional generada es INFERIOR a la actualmente está percibiendo la asegurada. (...)

Vemos entonces que, COLPENSIONES, al reconocer, liquidar y reliquidar la pensión de la señora ELIS MARIANA GUEVARA SIERRA, reconoce el hecho de que ésta es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y emplea un estudio de favorabilidad para aplicar el régimen más beneficioso para ella.

Bajo estas circunstancias, queda en evidencia con base en el estudio de beneficio realizado por la entidad pública demandada, que si bien la Ley 33 de 1985 consagra una tasa de reemplazo del 75%, esta resulta inferior a la del 90% que prevé el Decreto 758 de 1990 tal y como fue precisado por COLPENSIONES en los actos administrativos demandados para no aplicar este régimen por ser desfavorable a la demandante.

Ahora, es pertinente dejar claro que el estudio de favorabilidad realizado por la entidad pública no ha sido desvirtuado por la parte actora, pues ni los argumentos de la demanda ni los elementos probatorios allegados al plenario, permiten tener un convencimiento que el régimen deseado por la actora-Ley 33 de 1985 es realmente más favorable para su situación, por lo tanto, hasta este momento se encuentran acertados los argumentos señalados en los actos administrativos que negaron la reliquidación de su pensión de vejez, pues de lo probado se infiere que al aplicar la Ley 33 de 1985 la cuantía de la mesada pensional sería inferior a la que le viene reconocida.

En efecto, no pasa por alto el Despacho, que al plenario se aportaron dos certificaciones suscritas por el Jefe de Recurso Humanos de la E.S.E CENTRO DE SALUD DE SAMPUÉS, SUCRE²³, en las que se hace constar que la señora ELIS MARINA GUEVARA SIERRA venia laborando en esa entidad desde el 1º de abril de 2008 hasta el 31 de julio de 2014 a través de un "contrato de trabajo a término indefinido", desempeñando el cargo de Auxiliar de la Salud, discriminando también los elementos salariales devengado en su último año de servicios, no obstante, no existe evidencia que tales documentos hayan sido presentados

²³ Fls 51 y 53

ante la entidad pública demandada para efectos de respaldar las solicitudes de reliquidación de pensión que hizo.

Adicionalmente, se encuentra en el expediente varios certificados de salario mes a mes para liquidaciones de pensiones donde se registra el valor de la asignación básica devengada por la señora ELIS MARINA GUEVARA SIERRA como también la de otros factores salariales, sin especificar a cuales se refiere concretamente²⁴.

Se advierte entonces que, la demandante se encontraba en el deber y la obligación de acreditar de manera concreta porque razones el estudio de favorabilidad realizado por COLPENSIONES no le es más beneficioso, pues de acceder a las pretensiones de la demanda sin que exista argumentación y prueba de ello, implicaría una variación en el régimen pensional de la demandante sin saber si es más factible o no, pudiéndose entonces desmejorar sus condiciones.

Por lo anterior, bajo estas condiciones no es dable para el Despacho ordenar que se aplique un régimen del que no se tienen el convencimiento o certeza que sea el más favorable para la demandante, en la medida que no fue probado con argumentos y pruebas válidas y concretas que la entidad demandada falló en el estudio de favorabilidad que realizó.

Al respecto se debe indicar que conforme se registra en el inciso 4º del artículo 103 CPACA, quien acuda a la jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias que se tienen previstas en dicho código.

De otra parte se tiene que en el artículo 164 del C.G.P., se prevé que toda decisión del juez debe estar fundada en las pruebas que sean aportadas al proceso en forma regular y oportuna; postulado que tiene estrecha relación con el contenido del artículo 167 *ibidem*, en el cual se registra:

"ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA.

Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

(...)

²⁴ FLS 52, 54, 55, 56, 57 Y 58

Siendo entonces, que es un deber de la actora presentar al juez las pruebas suficientes que lo lleven a la certeza de que se tiene derecho a lo pretendido, y que esta no logró demostrarlo dentro del trámite del proceso, no puede el fallador conceder las pretensiones de la demanda más en estos casos en los cuales se cambiarían notablemente las condiciones pensionales de una persona.

-Del Principio de la Justicia rogada en materia contencioso administrativa.

Lo antes expuesto por el Juzgado encuentra fundamento en uno de los principios pilares de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, esto es, el principio de la justicia rogada, entendido como la carga procesal que debe asumir el accionante cuando se demandan unos actos administrativos que se presumen legales, obligación que el juez no debe asumir por el demandante.

En efecto, es pertinente advertir que la carga procesal del demandante según lo contempla la Ley 1437 del 2011 implica que cuando se pretenda demandar un acto administrativo deberán indicar las normas violadas y explicar el concepto de su violación, sin embargo, en el caso que nos ocupa sí se revisa el contenido del concepto de violación narrado en libelo, es evidente que a pesar que el cargo de censura desarrollado es el de violación a la norma por no aplicación de la Ley 33 de 1985, artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, no se desarrolló de acuerdo a la realidad procesal pues en ninguno de los apartes se hizo mención al mentado estudio de favorabilidad realizado por la entidad pública, que entre otras cosas, fue la razón principal para que COLPENSIONES se abstuviera de realizar el reconocimiento bajo el sistema pretendido por la demandante.

Finalmente, debe indicarse que la justicia rogada crea limitaciones al juez, que aunque este evidencie la violación de algún derecho en el escrito de la demanda, no podrá hacer evidente esta violación de oficio, principio que deberá ser aplicado en este caso, pues un cambio en el régimen pensional sin que sea pedido en debida forma, sería asumir la obligación que le corresponde al extremo activo de la litis, más aun cuando pueda con ello desmejorarse su situación pensional.

7. Costas.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Así las cosas, se condenará en costas a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por Secretaría conforme las previsiones de los artículos 365 y 366 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo (Sucre), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda incoada por la señora ELIS MARINA GUEVARA SIERRA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES", a través del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, de conformidad a lo expresado en las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO. COSTAS de la primera instancia a cargo de la demandante.

TERCERO: DEVOLVER al demandante el saldo de gastos ordinarios del proceso, si existiere, una vez se encuentre ejecutoriada esta decisión.

CUARTO: Si esta sentencia no fuere apelada, **ARCHÍVESE** el expediente previas las anotaciones necesarias en los libros y sistemas de radicación judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

Juez

MELM

