

JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

19 DIC. 2017

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2015-00651-00

Demandante: Rafael Orlando Martínez Torres

Demandado: COLPENSIONES

Tema: Reliquidación pensional

Sentencia No. : 212

De conformidad con lo señalado en audiencia inicial de fecha 19 de diciembre de 2017, en la cual se dictó el sentido del fallo, se procede a dictar de forma escrita **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El señor Rafael Orlando Martínez Torres actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, mediante escrito radicado el 13 de agosto de 2015 (f.114), elevó demanda ante esta jurisdicción solicitando las siguientes:

a.- PRETENSIONES

De acuerdo con lo manifestado en la audiencia inicial:

- 1.- Se declare la nulidad parcial de la **Resolución No. GNR 1802 de 6 de enero de 2015**, respecto del monto de la pensión reconocida; así como la nulidad de la **Resolución No. VPB 46834 de 2 de junio de 2015**, por medio de la cual, COLPENSIONES, resolvió un recurso de apelación, confirmando la decisión.
- 2.- En consecuencia se ordene a COLPENSIONES a que reliquide la pensión de jubilación del demandante, en el monto equivalente al 75% del promedio mensual de todos los factores salariales devengados por este en el año inmediatamente anterior al retiro del servicio, esto es, el comprendido entre el 30 de julio de 2005 al 31 de julio de 2006.
- 3.- Se ordene a la entidad demandada a que indexe la primera mesada pensional, entre la fecha de retiro y la fecha en que el demandante adquirió el status jurídico, esto es, desde el 31 de julio de 2006 al 1 de julio de 2013.
- 4.- Se ordene a COLPENSIONES a que se dé efectividad de la pensión del demandante, desde que este adquirió el status jurídico, es decir, desde el 2 de julio de 2013.
- 5.- Se ordene a la demandada para que sobre la reliquidación de la pensión del actor, se apliquen los reajustes de ley.
- 6.- Se ordene a COLPENSIONES a pagar las nuevas sumas y las diferencias de las mesadas fruto de la reliquidación de la pensión.
- 7.- Se ordene a la entidad demandada a que reconozca y pague intereses de mora por las mesadas pensionales re liquidadas y no canceladas, en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
- 8.- Se ordene a la demandada a indexar los valores adeudados por concepto de las mesadas reliquidadas adeudadas, conforme lo establece el artículo 187 del CPACA.

b.- NORMAS VIOLADAS

El demandante invocó algunos artículos de la Constitución Política, artículos 10 y 28 del Código Civil, Ley 57 de 1987, Leyes 33 y 62 de 1985 y artículos 11, 36 y 141 de la Ley 100 de 1993.

c.- CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Sostuvo que el cargo que se presenta, para que se declare la ilegalidad de los actos demandados, es que estos provienen de una interpretación errónea realizada por la entidad demandada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, artículo 10 y 30 de la Ley 33 de 1985 y artículo 10 de la Ley 62 de 1985, disposiciones que determinan que la pensión de jubilación de los empleados públicos se liquidaran en el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio y; como quiera que la entidad calculó el monto de la pensión de manera diferente, por debajo de la que debía corresponder, toda vez que liquidó la pensión sin incluir todos los factores salariales y por un periodo superior al último año, en consecuencia los actos demandados son contrarios a derecho por inaplicación a las normas superiores a las que debe obediencia.

d.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, para el efecto se refirió al régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, indicando que en efecto la demandante se encuentra cobijada por este, por lo que el derecho se reconoció con base en las disposiciones de la Ley 33 de 1985.

En cuanto a los factores salariales que conforman el Ingreso Base de Liquidación, señaló que estos corresponden a los taxativamente previstos en el Decreto 1158 de 1994.

Consideró que teniendo en cuenta la sentencia de la H. Corte Constitucional SU 230 de 2015, no sería viable acceder a las pretensiones del demandante, toda vez que en ella se dejó claro que el ingreso base de liquidación no forma parte del régimen de transición, ya que el legislador solo contemplo la edad, tiempo y monto (entendido como tasa de reemplazo) como aspectos a tener en cuenta de la norma anterior.

e.- AUDIENCIA INICIAL

El 19 de diciembre de 2017, se llevó a cabo audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, corriéndose traslado a las partes para alegar de conclusión según quedo consignado en el audio y acta de la diligencia (f.157).

f. SENTIDO DEL FALLO

En la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, agotadas las etapas procesales hasta alegatos conclusivos se dio el sentido del fallo, el cual se consigna por escrito.

II. CONSIDERACIONES

A. IDENTIFICACIÓN DEL ACTO ENJUICIADO

Que se declare la **nulidad parcial** de la **Resolución No. GNR 1802 de 6 de enero de 2015**, respecto del monto de la pensión reconocida; así como la nulidad de la **Resolución No. VPB 46834 de 2 de junio de 2015**, por medio de la cual, COLPENSIONES, resolvió un recurso de apelación, confirmando la decisión.

B. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico consiste en establecer si le asiste derecho a la demandante para que se incluya en su ingreso base de liquidación pensional la totalidad de los factores salariales

percibidos en el último año de servicios en calidad de beneficiario del régimen de transición y en aplicación de la Ley 33 de 1985.

C. HECHOS PROBADOS

Se encuentran acreditados en el expediente los siguientes hechos:

1. El señor RAFAEL ORLANDO MARTINEZ TORRES nació el 1° de julio de 1958 y a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994), tenía 36 años de edad (fl.62) y más de 17 años de servicio (fl.45).
2. Mediante Resolución No. No.41898 del 2006, le fue reconocida pensión de invalidez (fls.51 vto. al 55),
3. Por medio de la **Resolución GNR 1802 de 6 de enero de 2015** (fl.2 a 5), a solicitud del demandante, se convirtió la pensión de en una pensión de vejez.
4. Mediante escrito radicado el 21 de enero de 2015 (fls.11 a 19) el demandante a través de su apoderado interpuso recurso de apelación contra la resolución precitada, solicitando la reliquidación de la pensión para que se tuvieran en cuenta el 75% de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio, tomando en consideración lo previsto en la Ley 33 de 1985.
5. La entidad accionada negó lo solicitado y confirmó su decisión mediante **Resolución VPB 46834 del 2 de junio de 2015** (fl.6-10).

ANÁLISIS DEL DESPACHO

1.-Resumen de la demanda

El demandante acusa una interpretación errónea realizada por la entidad demandada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, artículo 10 y 30 de la Ley 33 de 1985 y artículo 10 de la Ley 62 de 1985, disposiciones que determinan que la pensión de jubilación de los empleados públicos se liquidaran en el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio, y no sobre el promedio de los últimos 10 años de servicio como hizo la accionada en los actos demandados.

Sostuvo que el H. Consejo De Estado en sentencia del 04 de agosto de 2010, Consejero Ponente VICTOR HERNADO ALVARADO, estableció que si bien es cierto que las personas que se pensionen bajo los preceptos del artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 10 de la Ley 62 de 1985, disposiciones que establecen que la pensión se liquidara teniendo en cuenta los factores allí establecidos, también es cierto que tal enumeración no se ha considerado taxativa y en consecuencia para liquidar la pensión a de liquidarse con todo lo que el trabajador haya devengado en el último año de servicio.

2.- Contestación de la demanda

La accionada a través de su apoderado judicial señaló su oposición a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que carecen de sustento factico y legal, precisando que las resoluciones demandadas se expidieron conforme a derecho teniendo en cuenta la aplicación del régimen de transición, la Ley 100 de 1993 y la Ley 33 de 1985.

Sobre los salarios a tener en cuenta para el cálculo del Ingreso Base de Liquidación, se refirió a la sentencia de unificación 230 proferida por la Corte Constitucional y argumentó que dicha Corporación fijó el criterio según el cual por aplicación de los principios de solidaridad, orden justo y sostenibilidad financiera y fiscal del Sistema General de Participaciones, el IBL debe entenderse conforme a las reglas establecidas por la Ley 100 de 1993, ajustado únicamente a los factores fijados por el legislador con incidencia pensional y sobre los cuales se hayan

realizado cotizaciones en la vida laboral, razón por la cual no encuentra pertinente acceder a la reliquidación pensional en los términos solicitados por la parte actora.

3.-Problema jurídico

El problema jurídico consiste en establecer si debe incluirse en el ingreso base de liquidación del demandante todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al del retiro del servicio.

4. Solución al problema jurídico.

Es menester señalar, que el tema de los alcances del régimen de transición consagrado en el art. 36 de la ley 100 de 1993, ha sido abordado por parte de este despacho con fundamento en la sentencia de unificación de la sección segunda proferida por el Honorable Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, no obstante los pronunciamientos de la Corte Constitucional en sentencias C-168 de 1995, SU 230 del 29 de abril de 2015, SU 427 de 2016, SU 210 de 2017 y, el auto 229 de 2017 del 10 de mayo de la presente anualidad dictado por la sala plena en donde resuelve declarar la nulidad de la sentencia T-615 de 2016 y el valor asignado al precedente constitucional en nuestro sistema jurídico, ha conllevado a este despacho a replantear dicha posición.

El régimen de transición creado bajo el amparo de la Ley 100 de 1993

La Ley 100 de 1993 derogó los regímenes pensionales que existían previamente a su expedición y creó un régimen unificado de seguridad social. No obstante, en aras de proteger las expectativas de quienes se encontraban próximos a cumplir con los requisitos establecidos para acceder a la pensión de jubilación consagrados en el régimen anterior, el legislador estableció un régimen de transición.

La Corte Constitucional ha definido el régimen de transición como *“un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo.”*¹

La Ley 100 de 1993 consagró, en su artículo 36, las condiciones para acceder a la transición pensional en los siguientes términos:

“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.

¹ Sentencia C-789 de 2002

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.

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARÁGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio."

Se tiene entonces que el régimen de transición permite que la edad para consolidar el derecho a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para el efecto y el monto de la misma, sean las establecidas en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas que al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1° de abril de 1994), tuvieran la edad de treinta y cinco (35) años en el caso de las mujeres; o cuarenta años (40) o más en el caso de los hombres; o que, indistintamente, tuvieran quince (15) o más años de servicios.

En cuanto al monto de la pensión, la jurisprudencia del Consejo de Estado señala desde la sentencia del 21 de septiembre de 2000, expediente número 470-99, Magistrado Ponente Doctor Nicolás Pájaro Peñaranda, que este comprende la determinación de los factores salariales que integran la base de liquidación con apoyo en las normas anteriores a la ley 100, de manera que si las personas sometidas al régimen de transición deben jubilarse con la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión gobernados por las normas anteriores a la ley 100.

Esta posición fue ratificada en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010² en donde señaló:

"(...) 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"

De otra parte, el ingreso base de liquidación fue objeto de análisis por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-168 de 1995, la cual hizo tránsito a cosa juzgada formal e implícita. En dicho fallo sostuvo la Corte que, sin importar cuál era la vinculación con la legislación anterior, las personas serían beneficiarias del régimen de transición cuando

² Radicación No.: 25000-23-25-000-2006-07509 (0112-09), Consejero Ponente. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

cumplieran con los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas, pero su aplicación frente al resto de condiciones sería la consagrada en la Ley 100 de 1993. Al respecto, expresó lo siguiente: “dado que en la ley 100 de 1993 se modifican algunos de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, se establece en el inciso segundo del artículo 36, materia de acusación, un régimen de transición que da derecho a obtener ese beneficio mediante el cumplimiento de los requisitos de edad, tiempo de servicio, o semanas cotizadas estatuidas en la legislación anterior, para las personas que a la fecha de entrar a regir el nuevo sistema de seguridad social, tengan 35 años o más de edad si son mujeres, y 40 o más años de edad si son hombres; o a quienes hayan cumplido 15 o más años de servicios cotizados. **Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para obtener tal derecho son los contenidos en las disposiciones de la nueva ley**”. (Resaltado fuera del texto)

Referente al inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, en el que se fija el ingreso base para liquidar la pensión de vejez, la corte en el auto 229 del 10 de mayo de 2017 aclara que la sentencia C-168 de 1995 estableció que las reglas previstas en el inciso 3 para determinar el IBL son aplicables a las personas beneficiarias del régimen transicional y por tanto, no es posible acudir a las condiciones especiales consagradas en la legislación anterior. Y, “...Justamente, por considerar que el IBL previsto en el artículo 36-3 de la Ley 100 de 1993, era aplicable a los beneficiarios del régimen de transición, fue que este Tribunal declaró inconstitucional aquellas expresiones que establecían un trato discriminatorio para la población afiliada del sector privado. En efecto, la Corte encontró “irrazonable e injustificada, para efectos de la liquidación de la pensión de vejez entre los trabajadores del sector privado, y los del sector público, pues mientras para los primeros se toma como base el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años de servicios, para los segundos, tal promedio se calcula solamente sobre lo devengado en el último año, desigualdad que contraría el artículo 13 del Estatuto Superior y es, bajo esta lógica, que el caso examinado en sede de tutela por la Sala Sexta de Revisión desconoció la cosa juzgada, en la medida que el problema jurídico giró en torno a la categorización del IBL como un factor de orden transicional, bajo las mismas circunstancias normativas y razones cuestionadas en aquella oportunidad. Sin embargo, no hay razón para que la Sala Sexta, por vía de tutela, hubiera desconocido el alcance fijado en la Sentencia C-168 de 1995.”

Conclusión, el precedente constitucional referente al IBL es que los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 no es el estipulado en el sistema pensional anterior al cual se encontraban afiliados sino el previsto en el inciso 3 de esa norma.

La corte no desconoce que posterior a la expedición de la sentencia C-168 de 1995, a través de la solución de casos particulares este criterio mantuvo disensos con algunas salas de revisión que defendieron la tesis de la integralidad de los regímenes de transición, así como la aplicación residual de la ley 100 de 1993, consolidando la posición con la expedición de la sentencia C-258 de 2013 en donde la Sala Plena expuso que el parámetro interpretativo vinculante es aplicar la figura del IBL bajo los estándares del sistema general de seguridad social.

En dicho fallo señala que aun cuando algunas Salas de Revisión y el Consejo de Estado defendieron la tesis de la integralidad en la aplicación de los regímenes de transición frente al IBL, tal postura resulta inconstitucional porque lleva a la concesión de un beneficio que no fue previsto originariamente por el legislador. El Tribunal expresamente manifestó que: “(i) no permitir la aplicación ultractiva de las reglas de IBL de los regímenes pensionales vigentes antes de la Ley 100 fue el propósito original del Legislador; (ii) por medio del artículo 21 y del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100, el Legislador buscó unificar las reglas de IBL en el régimen de prima media; (iii) ese propósito de unificación coincide con los objetivos perseguidos por el Acto Legislativo 01 de 2005, específicamente con los de crear reglas

uniformes que eliminen privilegios injustificados y permitan diseñar mecanismos que aseguren la sostenibilidad del sistema -de ahí que la reforma mencione expresamente el artículo 36 de la Ley 100 (...)"'. Por lo tanto, la Corte entiende que la regla del IBL conforme con las disposiciones de la Ley 100 de 1993 resulta imperante desde la publicación de la Sentencia C-258 de 2013, que consolidó dicha interpretación.

Obligatoriedad del precedente constitucional.

Han sido diversas las demandas de inconstitucionalidad que se han interpuesto en razón de la vulneración del artículo 230 de la Carta Política por la supuesta inclusión de fuentes diversas a aquellas admitidas en el mandato constitucional, lo que le ha permitido a la Corte desarrollar ampliamente el punto. En la sentencia C-104 de 1993, la Corte se refirió a las diferencias entre la jurisprudencia de los demás jueces y tribunales del país y la jurisprudencia constitucional, respecto de los efectos erga omnes, y su efecto vinculante u obligatoriedad. En punto a este tema, se resolvió la pregunta de si las sentencias de la Corte Constitucional son fuente obligatoria –art. 230 inciso 1º C.P. o un criterio auxiliar –art. 230 inciso 2º, a favor de la primera opción, es decir, las sentencias de la Corte Constitucional son fuente obligatoria para las autoridades. En punto a este tema sostuvo la Corte:

"Para esta Corporación es muy claro que la respuesta a tal pregunta no es otra que la de considerar que tal sentencia es fuente obligatoria. Así lo dispone el artículo 243 superior precitado e incluso el inciso 1º del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, que dice: Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares" (negrillas fuera de texto).

Luego, en la sentencia C-486 de 1993 en que la Corte Constitucional debió resolver sobre la constitucionalidad del Decreto 410 de 1971, la Ley 04 de 1989 y los artículos 3 a 9 y 98 a 514 del Código de Comercio. Según la accionante se encuentra una vulneración del artículo 230 de la Constitución al preverse que la costumbre mercantil podría ser aplicada como fuente formal del derecho, pues los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley; conforme lo establecido en el artículo 230 de la Constitución. En dicha sentencia la Corte rechaza la tesis de limitar el vocablo "ley" del artículo constitucional a su sentido formal y establece que "su campo semántico no es otro que el de la totalidad del ordenamiento jurídico" para concluir explicando el propósito de la norma constitucional en el siguiente tenor:

La enfática prescripción del artículo 230 de la CP –"los jueces, en sus providencias, sólo está sometidos al imperio de la ley"-, tiene el sentido de rodear a la actividad judicial de una plena garantía de independencia funcional frente a la intromisión de cualquier otro órgano público o privado. La factura reactiva de la garantía revela el indicado designio. La necesidad de la independencia judicial se deriva del sentido y alcance de la actividad sentenciadora de los jueces, la que se sujeta únicamente al ordenamiento jurídico estructurado a partir de la Constitución, sus principios y valores superiores y aplicado al caso concreto en términos de verdad y de justicia."

Más adelante, la sentencia C-836 del 2001 resuelve sobre una demanda de inconstitucionalidad del artículo 4 de la ley 169 de 1896. Según los demandantes se encuentra una vulneración a los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 29, 228, 230 y 243 de la Constitución Política. La supuesta vulneración se basaba en primera medida, por la potestad de que jueces de inferior jerarquía se puedan apartar de la doctrina probable impide darle uniformidad a la jurisprudencia nacional y de esa forma se hace imposible lograr los objetivos constitucionales de la eficacia de los derechos y de prevalencia del derecho sustancial. Y en segunda medida, por permitir que la propia Corte Suprema varíe su jurisprudencia cuando la considere errónea lo que genera inseguridad jurídica.

Esta decisión que constituye un hito en la materia, establece claramente la concordancia de la figura de la doctrina probable con la Carta Política, su fundamento constitucional y la necesaria flexibilidad de la figura a través de las fórmulas para apartarse de la misma.

En la Sentencia, la Corte manifestó que la expresión “*imperio de la ley*” a la cual están sometidos los jueces, de conformidad con el artículo 230 C.P. se debe entender bajo la égida de dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección de trato por parte de las autoridades.

En la sentencia C-335 de 2008, la Corte decidió sobre la exequibilidad del artículo 413 del Código Penal, que establece el tipo penal de prevaricato por acción, y reiteró su jurisprudencia al reafirmar el carácter vinculante de la jurisprudencia que redundaba en (i) una mayor coherencia del sistema jurídico, (ii) garantiza el derecho a la igualdad de trato y (iii) contribuye a la seguridad jurídica.

La Corte reiteró que el concepto de “ley” contenido en el artículo 230 Superior, se refiere a las distintas fuentes del derecho que deben ser aplicadas para resolver un caso concreto y como tal, bien puede tratarse de la Constitución, la ley o el acto administrativo de carácter general, y que se incurre en el delito de prevaricato si cualquier autoridad pública emite resolución, dictamen o concepto que resulte ser *manifiestamente* contrario a la Constitución, la ley o el acto administrativo de carácter general.

Por su parte, la sentencia C- 539 del 2011 resuelve una demanda de inexequibilidad del artículo 114 de la Ley 1395 del 2010 ya que según los demandantes se encuentra una vulneración a los artículos 2, 4, 13, 83, 209, 230 y 240 de la Constitución Política. En dicha sentencia la Corte afirmó que: “Una interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, **incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales**, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico.”

Esta decisión se adentra en el estudio del valor del precedente jurisprudencial constitucional **como norma de obligatorio cumplimiento** para la administración, reiterando la jurisprudencia en la materia y sosteniendo que la obligatoriedad del precedente podría ir avanzando en otras materias sin que ello atentara contra la Carta Política así:

la enumeración de materias a las que se impone el acatamiento del precedente judicial no es taxativa, ya que (a) en principio, todas las autoridades administrativas deben acatar como regla general el precedente judicial de las Altas Cortes; (b) la norma hace referencia a algunas materias especialmente neurálgicas para el tema de la congestión judicial; (c) por tanto la norma no excluye la obligación de las autoridades administrativas de respetar el precedente judicial en otras materias o asuntos administrativos; y (d) finalmente, el propio Legislador, en la medida en que lo considere necesario y conveniente, podrá ir extendiendo esta obligación a otras cuestiones, conforme a la teoría del derecho viviente.

Posteriormente, la sentencia C- 816 del 2011 sobre la constitucionalidad del artículo 102 de la Ley 1437 del 2011 conforme el cual se regula “La extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades”. Según los accionantes se debe declarar la inexequibilidad de dicha norma por la vulneración de los artículos 4, 230 y 241 constitucionales. Específicamente, en cuanto a la cuestión de la compatibilidad de postulados normativos que pretendan reconocer a la jurisprudencia un valor jurídico erga omnes, la Corte se pronunció en la sentencia C-836 de 2011 explicando que:

*como una interpretación adecuada del artículo 230 constitucional, debe darse la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la **interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual conforma la totalidad del ordenamiento jurídico, resaltando la intención del constituyente de darle clara y expresa prevalencia a las normas constitucionales (artículo 4 Superior) y con ella a la aplicación judicial directa de sus contenidos.***

La más reciente decisión sobre el punto es la sentencia C- 284 del 2015^[14] en que la Corte resolvió la demanda de inconstitucionalidad sobre el artículo 4 de la ley 153 de 1887. En esta oportunidad la Corte reitera su posición y establece que la expresión “Ley” del artículo 230 “ha sido entendida “en un sentido material” de manera que comprende todas las normas (i) adoptadas por las autoridades a quienes el ordenamiento jurídico les reconoce competencias para el efecto y (ii) siguiendo el procedimientos o las formas fijadas con ese propósito.”

Específicamente sobre el valor de la jurisprudencia y reiterando las posiciones de la Corte, la sentencia referida determinó que:

Con fundamento en la interpretación conjunta de los artículos 1, 13, 83 y 230 de la Constitución, la Corte ha dicho que el precedente judicial tiene una posición especial en el sistema de fuentes, en atención a su relevancia para la vigencia de un orden justo y la efectividad de los derechos y libertades de las personas. Por ello existe una obligación prima facie de seguirlo y, en el caso de que la autoridad judicial decida apartarse, debe ofrecer una justificación suficiente.

Así las cosas, que si por mandato concreto y específico de la propia Constitución Política (Art. 4), ésta ostenta una superior jerarquía dentro de nuestro ordenamiento jurídico, y teniendo en cuenta que el propio constituyente le otorgó a la Corte Constitucional “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”, estando dentro de sus potestades en ejercicio de esta labor, tanto el control abstracto de constitucionalidad como la revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de derechos constitucionales (Art. 241), surge como conclusión que la interpretación dada por este órgano jurisprudencial en las materias que le han sido asignadas por la propia Constitución como intérprete de la Carta política deben preferirse incluso sobre las adoptadas por otros órganos de cierre.

De esta manera este despacho acoge el precedente fijado por la H. Corte Constitucional, según el cual dentro del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 1º00 de 1993, no se incluye el ingreso base de liquidación, el cual se rige por lo establecido en la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

Régimen prestacional empleados del Sector Público

La ley 33 de 1985 por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público, **Consagró:**

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.

Parágrafo 1º. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, solo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.

Parágrafo 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55), si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3º. En todo caso, los empleados oficiales que a la vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley.

Artículo 3º. Modificado por la Ley 62 de 1985. "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."

Con base en lo anterior se concluye que los empleados como el demandante, para efectos de reconocimiento pensional se les aplica las disposiciones generales para los empleados de la rama ejecutiva del poder público, el decreto 3135 de 1968 y la ley 33 de 1985.

Conforme con el criterio adoptado por este despacho, con base en la posición que al respecto ha señalado la H. Corte Constitucional en sentencias C-168 de 1995, C-258 de 2013, SU 230 de 2015, SU 427 de 2016 y, SU 210 de 2017, el régimen pensional del accionante se rige en lo atinente a la edad, tiempo de servicios y monto en lo establecido en el artículo 1 y 3 de la ley 33 de 1985 y el ingreso base de liquidación, por lo establecido en la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios

El artículo 36, inciso 3, de la Ley 100 de 1993, no define los elementos integrantes de la remuneración del afiliado sujeto al régimen de transición, que conforman el ingreso base para calcular el monto de las cotizaciones obligatorias al Sistema General de Pensiones, ni tampoco los que deben conformar el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, sino que establece los periodos de remuneración que deben tomarse en cuenta para determinar este ingreso.

Por consiguiente, para los referidos efectos resulta indispensable remitirse a lo que dispone el artículo 18 de la Ley de Seguridad Social en cuanto define que el salario mensual base de cotización para los servidores del sector público será el que se señale, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992.

De igual manera el Decreto reglamentario 1158 de 1994³ consagra lo siguiente:

³ Por el cual se modifica el artículo 60 del Decreto 691 de 1994.

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

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

e. El caso concreto

El señor RAFAEL ORLANDO MARTÍNEZ TORRES para efectos de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación no gozaba de un régimen de excepción, ni se encuentra dentro del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, por no contar con más de 15 años de servicios al 29 de enero de 1985.

El señor RAFAEL ORLANDO MARTÍNEZ TORRES, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), tenía más de 35 años de edad conforme a la copia de la cédula visible a folio 62; ostentaba más de 1400 semanas a la fecha de entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, razón por la que se debe tener en cuenta, se repite la edad, el tiempo de servicio, y el monto de la Ley 33 de 1985 y el ingreso base de liquidación del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

La parte demandante discrepa respecto de los factores a tener en cuenta en la liquidación pensional. En el caso examinado se tiene que al demandante se le había reconocido pensión de vejez por medio de la resolución GNR 1802 de 6 de enero de 2015, la cual realizó la liquidación respectiva conforme con el inciso 3 artículo 36 de la ley 100 de 1993 folios 2-4.

Contra la anterior resolución, el demandante presentó recurso de apelación solicitando la reliquidación de la pensión de vejez con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio con la inclusión de todos los factores salariales de conformidad con la ley 33 de 1985. Mediante resolución VPB 46834 de 2 de junio de 2015 COLPENSIONES resuelve el recurso de apelación confirmando la decisión anterior, quedando así agotada la actuación administrativa.

Así las cosas la parte demandante solicita tanto en sede administrativa como en sede judicial que se aplique el IBL con fundamento en la normatividad anterior a la ley 100 de 1993, esto es la ley 33 de 1985 y conforme con la jurisprudencia de la sala plena del Consejo de Estado señalada el 4 de agosto de 2010.

Teniendo en cuenta que el Ingreso Base de Liquidación, de las personas beneficiadas con el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, como es el caso del señor RAFAEL ORLANDO MARTÍNEZ TORRES, debe ser liquidado conforme al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de los salarios devengados que sirvieron de base para los aportes durante los últimos 10 años de servicio o el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, pues con el régimen de transición consagrado en la citada ley el legislador no quiso mantener la aplicación en su totalidad de la normativa que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella y observando que la entidad demandada le reconoció la pensión de vejez a la parte actora, aplicando lo establecido en el inciso 3º, artículo 36 de la Ley 100 de

1993, esto es teniendo en cuenta el promedio de los salarios de los últimos 10 años conforme con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 considerando los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994-, conforme a las normas aplicables al caso y al criterio fijado por la Corte Constitucional, el cual es acogido por este Despacho, es procedente negar las pretensiones de la demanda. En consecuencia, los actos administrativos acusados conservan su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que los amparaba.

Costas: El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *“Salvo en los procesos 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 de Procedimiento Civil”*.

Así también el numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *“Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas....”*.

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso⁴, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: *“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.”*. (Subrayas para resaltar)

Ahora bien, el Consejo de Estado⁵ ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

“Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto.

⁴ Cfr La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

⁵ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil

Lo que no obsta para que se exija "prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley"

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (regla nro. 1, 2, 4 y 5) <<"debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación">>⁶

El Despacho, conforme con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, en tanto no se ha comprobado su valor en esta instancia además de que hubo un uso debido y no arbitrario de los instrumentos procesales por parte de esta siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso

III. DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer causadas.

TERCERO: Una vez en firme esta sentencia, **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y, **ARCHÍVENSE** las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

MM

⁶ Cfr las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nros. 20616 y 20389, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.

