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

Bogotá D. C., 19 de diciembre de 2017

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-**2016-00010**-00
Demandante: María Irma Osorio Ríos
Demandado: COLPENSIONES
Tema: Reliquidación pensional
Sentencia: 92

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

La señora Luz Alcira Ramos actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, mediante escrito radicado el 15 de diciembre de 2015 (f.58), elevó demanda ante esta jurisdicción solicitando las siguientes:

a.- PRETENSIONES

De acuerdo con lo manifestado en la audiencia inicial:

1.- Que se declare la nulidad **PARCIAL** de la **Resolución 021908 del 19 de julio de 2005**, la cual concede el reconocimiento pensional, de la **Resolución 32276 de 16 de agosto de 2006**, que modifica la anterior Resolución e ingresa a nómina la pensión, VPB 72489 de 30 de noviembre de 2015 por la cual se resuelve un recurso de apelación, de la **Resolución GNR302358 del 14 de noviembre de 2013**, por la cual se reliquida la pensión, de la **Resolución GNR 279061 del 11 de septiembre de 2015,** que reliquida la pensión y **TOTAL** de la **Resolución VPB 68640 del 30 de octubre de 2015** que resolvió un recurso de apelación.
2.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se declare que a la demandante le asiste razón jurídica para que COLPENSIONES reliquide y pague su pensión, teniendo en cuenta para su cálculo el promedio de factores devengados por todo concepto, en el último año de servicios en la DIAN, a partir del 1º de septiembre de 2006.
3.- Que se ordene liquidar y pagar a expensas de COLPENSIONES y a favor de la demandante las diferencias de mesadas entre lo que se ha venido cancelando por concepto de las resoluciones demandadas y lo que se determine pagar en la sentencia que ordene el cálculo de la pensión.
4.- Condenar a la entidad demandada a que sobre las mesadas adeudadas pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al IPC, conforme con lo ordenado en el último inciso del artículo 187 del CPACA.
5.- Condenar a COLPENSIONES al pago a favor de la demandante de los intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia, conforme lo ordena el numeral cuarto del artículo 195 del CPACA.
6.- Ordenar a COLPENSIONES a que dé cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del CPACA.
7.- Condenar a COLPENSIONES a pagar costas de conformidad con lo ordenado por el artículo 188 del CPACA.

b.- NORMAS VIOLADAS

Citó como normas violadas la Constitución Política Arts. 2, 13, 25 y 58, Ley 57 y 153 de 1887, Decreto 1848 de 1969, Decreto 1045 de 1978, Ley 33 y 62 de 1985, artículo 36 y 288 de la Ley 100 de 1993, Decreto 1158 de 1994 y 2143 de 1995.

c.- CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El apoderado de la parte actora manifestó que la entidad demandada hizo una incorrecta y desfavorable interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y que al superar la accionante los 15 años de servicio en el sector oficial le debió ser aplicada la Ley 33 de 1985; es decir que considera 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 debían ser los contenidos en el régimen anterior.

Finalmente, manifestó que al ser el monto un concepto integral, la base salarial debe estar constituida por todo lo devengado en el último año de servicio.

d.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Debidamente notificada la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y señaló a folios 42 a 50 del plenario, que la pensión fue reconocida de acuerdo con lo ordenado por la Corte Constitucional, que consideró que el IBL no hace parte del régimen de transición y que los factores a tener en cuenta para el cálculo de la pensión son los contenidos en el Decreto 1158 de 1994.

Indicó que se deben tener en cuenta los precedentes jurisprudenciales de la Corte y la fuerza y el carácter vinculante de la Constitución y de las decisiones del Tribunal Constitucional.

Frente a los hechos expresó que solamente le consta la fecha de nacimiento y la edad de la demandante.

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.70).

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 así:

> ***"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 100 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".

II. CONSIDERACIONES

A. IDENTIFICACIÓN DEL ACTO ENJUICIADO

Se demanda la nulidad parcial de las **Resolución 021908 del 19 de julio de 2005**, la cual concede el reconocimiento pensional, de la **Resolución 32276 de 16 de agosto de 2006**, que modifica la anterior Resolución e ingresa a nómina la pensión, VPB 72489 de 30 de noviembre de 2015 por la cual se resuelve un recurso de apelación, de la **Resolución GNR302358 del 14 de noviembre de 2013**, por la cual se reliquida la pensión, de la **Resolución GNR 279061 del 11 de septiembre de 2015,** que reliquida la pensión y **TOTAL** de la **Resolución VPB 68640 del 30 de octubre de 2015** que resolvió un recurso de apelación.

B. PROBLEMA JURÍDICO

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

C. 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.

D. HECHOS PROBADOS

En el expediente se encuentran probados los siguientes hechos:

1. Mediante Resolución No. 021908 del 19 de julio de 2005, se resolvió solicitud de prestación económica elevada por la señora MARÍA IRMA OSORIO RÍOS concediéndole la pensión de jubilación conforme a lo indicado en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 (fl.2-4)

2. Por medio de Resolución No.032276 del 16 de agosto de 2006 se modificó e ingresó en nómina la pensión de jubilación que le fuera reconocida a la señora a través de resolución precitada (fl.5-6)

3. En Resolución No. GNR 302358 del 14 de noviembre de 2013 se ordenó la reliquidación de la pensión de la accionante (fl.7-10)

4. Mediante escrito radicado el 19 de junio de 2015 (fls.11) la demandante a través de su apoderado solicitó la reliquidación de la pensión para que se tuvieran en cuenta lo previsto en la Ley 33 de 1985.

5. La entidad accionada accedió a la reliquidación de la pensión de la actora mediante **Resolución GNR 279061 del 11 de septiembre de 2015** (fl.11-15) de conformidad con la Ley 71 de 1988; contra la cual la parte actora interpuso recurso de apelación el 29 de septiembre de 2015 (fls.16).

6. El recurso fue resuelto por la accionada COLPENSIOONES la cual confirmó en todas sus partes la actuación recurrida mediante la **Resolución VPB 68640 del 30 de octubre de 2015** (fl.16-18).

7. Que el último año de servicios de la demandante corresponde al periodo comprendido entre el **1 de enero de 2006 al 31 de diciembre del 2006** (fl.19-21)

D. ANÁLISIS DEL DESPACHO

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.*
>
> *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.*

[1] Sentencia C-789 de 2002

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, tuvieren 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 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 liquidaciòn 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 2010[2] 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 cumplieran con los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas, pero su aplicación frente al resto de

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

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 1° 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 redunda 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 1ºº0 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 del demandante

El régimen general de pensiones para los empleados públicos anterior a la expedición de la Ley 100 de 1993, correspondía a la Ley 33 de 1985, norma que exigía dentro de sus requisitos para el reconocimiento pensional, un minino de 20 años de servicios en el sector público, condición que no cumple el demandante, no obstante el legislador, mediante la adopción de la Ley 71 de 1988, estableció una nueva modalidad de pensión para aquellos trabajadores que hayan

prestado sus servicios tanto en el sector público como en el sector privado, granizándose de esa forma, el derecho a aquellos trabajadores que no cumplan con el tiempo mínimo de cotizaciones requerido en cada uno de los regímenes de empleados públicos o privados, la oportunidad de acumular los tiempos de servicios laborados en ambos sectores.

La Ley 71 de 1988, que permitió a los trabajadores acumular tiempos servidos en el sector público y privado a efectos de obtener el reconocimiento pensional por aportes, dispuso en su artículo 7, que:

> ***"Artículo 7 .-*** *A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.*
>
> *El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas.*
>
> ***~~Parágrafo~~.- INEXEQUIBLE.*** *~~Para el reconocimiento de la pensión de que trata este artículo, a las personas que a la fecha de vigencia de la presente ley, tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarán aplicándose las normas de los régimenes actuales vigentes~~."* *(Parágrafo declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-012 de 1994)*

La anterior disposición fue reglamentada por el Gobierno Nacional con la expedición del Decreto 2709 de 1994, norma que consagró en su artículo primero, que:

> ***"Artículo 1°.*** *Pensión de jubilación por aportes. La pensión a que se refiere el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.*
>
> *Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público."*

El artículo 5 ibídem, se refirió a los tiempos no computables en los siguientes términos:

> ***"Artículo 5°.*** *Tiempo de servicios no computables. No se computará como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes, el laborado en empresas privadas no afiliadas al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege."*

El anterior artículo fue declarado nulo por el Consejo de Estado mediante sentencia del 28 de febrero de 2013[3], al considerar que el ejecutivo se había excedido en sus facultades reglamentarias, comoquiera que el cómputo de los tiempos de servicio tenía reserva legislativa, por lo que no le era dable al Gobierno referirse al respecto.

[3] Radicado interno 2409-08, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

El salario base para liquidar la pensión de jubilación por aportes, creada mediante la Ley 71 de 1988, fue adoptado en el artículo 6 del decreto 2709 de 1994, norma que dispuso:

> ***Artículo 6°. Salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes. El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley.***
>
> *Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá certificar lo pagado por los citados conceptos durante el período correspondiente.*

Vale anotar aquí que el artículo 6º fue expresamente derogado por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997[4] y, a su vez, el artículo 24 fue declarado ajustado a la legalidad mediante sentencia del 22 de septiembre de 2010 de la Sección Segunda de esta Corporación[5], al estimar que no había existido exceso de la facultad reglamentaria por parte del Presidente de la República, ni violación del principio de unidad de materia, como lo alegaba el demandante en esa ocasión.

Con lo cual no se contaba con un parámetro para establecer el salario base de liquidación en esta clase de pensiones. Ante este vacío normativo generado por la derogatoria del artículo 6º del Decreto 2709 de 1994, la Sección Segunda había acuñado tesis conforme la cual *"la regla jurídica para determinar el ingreso base de liquidación (IBL) de las personas beneficiarias del régimen de transición y que tengan derecho a la pensión de jubilación por aportes es la establecida en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993"*, tal y como lo hizo en sentencia del 9 de junio de 2011[6].

Sin embargo, en reciente **fallo de fecha 15 de mayo de 2014, la Sección Segunda del Consejo de Estado[7], resolvió declarar la nulidad parcial del artículo 24 del Decreto 1474 de 1997**, proferido por el Presidente de la República, ***"solamente en la parte que derogó el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994***.", pero por motivos diversos a los que había analizado la Sección Segunda en la sentencia del 22 de septiembre de 2010.

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

---

[4] *"Por el cual se derogan, modifican y/o adicionan algunos artículos del Decreto reglamentario 1748 de 1995 y se dictan otras disposiciones."*

[5] Radicado interno 2586-07, CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Demandante: Luís Enrique Álvarez Vargas. Demandado: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

[6] Sección Segunda, Subsección B, radicado interno 1117-09, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve.
En similar sentido, de la misma Subsección y con ponencia del mismo Consejero, se puede consultar sentencia del 18 de marzo de 2010, radicado interno 2322-2008.

[7] Radicado interno 2427-2011, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Actor: Héctor Elías Núñez Ramos.
Como razones para declarar la nulidad parcial del artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, entre otras cosas, dijo la Sección Segunda:
"Así, en el presente caso, tratándose de una situación análoga a nivel reglamentario, se destaca que la norma que disponía el salario base para la liquidación de la pensión por aportes fue derogada, situación que originó un vacío normativo y obligó a remitirse a la Ley 100 de 1993, aun cuando el legislador dispuso que el Gobierno Nacional debía reglamentar las condiciones para el reconocimiento y pago de la pensión por aportes (inc. 2, art. 7, Ley 71 de 1988).
Visto lo anterior, la derogatoria del artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, desconoció no solamente la Ley 71 de 1988; sino también la Ley 100 de 1993, ya que ésta previó un régimen de transición, como un mecanismo de protección ante un tránsito legislativo para las personas que tenían la expectativa de adquirir su derecho pensional bajo una normatividad anterior, en este sentido no puede el ejecutivo en virtud del ejercicio de la facultad reglamentaria reducir de manera desproporcionada e irrazonable los beneficios de la normatividad pensional anterior, pues dejaría sin eficacia la finalidad del régimen de transición pensional."

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 1994[8] consagra lo siguiente:

> *"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;"*

El caso concreto

La señora MARÍA IRMA OSORIO RIOS para efectos de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación no gozaba de un régimen de excepción, encontrándose dentro del régimen de la ley 71 de 1988.

La señora MARÍA IRMA OSORIO RIOS, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), tenía más de 50 años de edad (cédula de ciudadanía que obra en copia en el CD - cuaderno administrativo, folio 51); ostentaba más de 900 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 71 de 1988 y el ingreso base de liquidación del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

La parte demandante discrepa respecto de la norma aplicada y de los factores a tener en cuenta en la liquidación pensional. En el caso examinado se tiene que a la demandante se le había reconocido pensión de jubilación por medio de la Resolución 021908 del 19 de julio de 2005 la cual realizó la liquidación respectiva conforme con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, folios 2 a 4, reconociendo una pensión en cuantía de $677.295 para el año 2005, en suspenso hasta demostrar el retiro del servicio.

De acuerdo con lo consignado en las Resoluciones GNR 302358 del 14 de noviembre de 2013 y GNR 279061 del 11 de septiembre de 2015, la demandante solicitó la reliquidación de la pensión de vejez, no obra copia de las peticiones, pero en la fechada 19 de junio de 2015 solicitó "reconocer y calcular la pensión... con las normas anteriores a la Ley 100 de 1993. Es decir la Ley 33 de 1985 y demás normas concordantes..." (f. 11). Mediante Resoluciones: 021908 del 19 de julio de 2005 fue reconocida la pensión de jubilación a la demandante en cuantía de $677.295, condicionada al retiro del servicio, 032276 del 16 de agosto de 2006, se modificó la

[8] Por el cual se modifica el artículo 6o del Decreto 691 de 1994.

cuantía a $739.613 efectiva a partir del 1º de septiembre de 2006, GNR 302358 del 14 de noviembre de 2013 que ordenó la reliquidación pensional, en cuantía de $956.425 a partir del 2 de mayo de 2009, GNR 279061 del 11 de septiembre de 2015 reliquidó la pensión en cuantía de $1.043.536 a partir del 19 de junio de 2012 y VPB 68640 del 30 de octubre de 2015, resolvió un recurso de apelación confirmando la decisión proferida en la Resolución GNR 27901.

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; sin embargo, lo pretendido por la accionante en el presente asunto es que se reliquide y pague su pensión de jubilación bajo la Ley 33 y 62 de 1985, la cual exige haber servido como **empleado oficial** por veinte (20) años continuos o discontinuos, requisito que, se reitera, no cumple la aquí demandante.

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 de la señora MARÍA IRMA OSORIO RIOS, debe ser liquidado conforme con el 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, bajo la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta el promedio de los salarios o rentas cotizado por los últimos 10 años y tomó los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994- estableciendo como factores -**la asignación básica, horas extras y la bonificación por servicios prestados -** conforme con 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 proceso 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 Proceso[9], 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*

[9] 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.

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 Estado[10] 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.*
>
> *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">>[11].*

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.

---

[10] 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.

[11] 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.

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

Erge