JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -

Bogotá, D.C., 22 MAYO 2018 **Sentencia Nº. 33**

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones
Tema: Reliquidación pensional- Ley 33 de 1985
Proceso 1. Radicado: 110013335-017-**2016-00183**-00
Demandante: BLANCA STELLA APONTE JIMÉNEZ

No encontrándose causal que pueda anular lo actuado, agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación y vencido el término para presentar por escrito los alegatos de los sujetos procesales, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia.

I. ANTECEDENTES

La señora **BLANCA STELLA APONTE JIMÉNEZ** actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, mediante escrito radicado el 29 de julio de 2016 (f. 59), elevó demanda ante esta jurisdicción solicitando las siguientes:

PRETENSIONES

1. Que se declare la **nulidad** de la **Resolución GNR 352856 del 09 de noviembre de 2015** y la **Resolución VPB 8906 del 23 de febrero de 2016,** que confirma la anterior decisión.

2. A título de restablecimiento del derecho, condenar a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez en cuantía de $2.255.774,77 ML/Cte., efectiva a partir del 01 de enero de 2013, así mismo los reajustes pensionales conforme las leyes 4/76 y 71 /88.

3. Se condene a Colpensiones a pagar una pensión mensual equivalente al 75% de la totalidad de los factores de salario devengados en el año anterior a la fecha de retiro, conforme al régimen ordinario aplicable a los empleados del sector oficial según la ley 33/85, 62/85 y, 71/85., en especial, la prima de servicios y prima de vacaciones.

4. Ordenar pagar sobre las mesadas ya reconocidas y canceladas, las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor (indexación de la condena).

5. Se ordene dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del CPACA, así como pagar los intereses moratorios, conforme lo ordena el inciso tercero del artículo 192.

6. Se condene en costas a Colpensiones, en caso que se oponga a las pretensiones de la demanda.

Normas Violadas y Concepto De Violación: La demandante invocó los artículos 2, 6, 25 y 58 de la Constitución Política, código civil, Ley 57/87, articulo 138 de la Ley 1437 de 2011, ley 100 de 1993, leyes 33 y 62 de 1985, Ley 4 de 1966, Decreto 1743 de 1966, Decreto 3135 de 1968, Ley 5 de 1969, Ley 71 de 1988.

La demandante señala que tiene derecho a que se incluya todos los factores de salario devengados en el último año de servicios. Arguye que la entidad viola el contenido del inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993 creado con el objeto de no menoscabar ciertos derechos de las personas beneficiadas con el régimen de transición, referente a la edad, tiempo de servicios y monto de los regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993.

Indica que del análisis del a ley 62 de 1985 no se puede señalar que la enumeración sea taxativas, cuando en el inciso segundo admite la existencia de otros factores. Como quiera que no hay disposición del orden nacional que señale que los factores demandados no son salario, entonces no pueden excluirse dentro del IBL y en virtud del principio de favorabilidad, no es posible darle aplicación a criterios de interpretación que desmejoren injustificadamente los derechos de los trabajadores públicos en aplicación a postulados constitucionales, los cuales se oponen a una interpretación restrictiva y regresiva que se dé a la forma como se deben liquidar las pensiones cuando se aplican las leyes 33 y 62 de 1985. Su demanda se apoya en la sentencia del 25 de febrero de 2016 con radicación 2013-1541 con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve a través de la cual se aparta de la postura sentada en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015

Contestación de la demanda: La entidad demandada se opone a que prosperen todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, en vista que no están llamadas a prosperar por carecer de sustento fáctico y legal en razón que los actos administrativos se expidieron conforme a derecho teniendo en cuenta el régimen de transición de la ley 100 de 1993. Señala que la H. Corte Constitucional en Sentencia de Unificación 230 de 2015 dejó claro que el ingreso base de liquidación no forma parte del régimen de transición , ya que el legislador solo contempló la edad, tiempo y monto (entendido como tasa de reemplazo) como aspectos que se deben tener en cuenta del régimen anterior, por lo tanto, se debe aplicar las reglas expresamente señaladas en los incisos 2 y 3 dela artículo 36 de la ley 100(edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen anterior), pero el IBL con los 10 años o el tiempo que hiciera falta para adquirir el estatus pensional, si es menor y, los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Resalta que se deben tener en cuenta los precedentes de la Corte Constitucional como quiera que dicha corporación fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la ley 100 de 1993, el artículo 10 del CPACA, atendiendo de manera preferente las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten normas constitucionales

Alegatos de conclusión-Parte demandante. La parte demandante se ratifica de los hechos y pretensiones presentadas en la demanda, teniendo en cuenta que laboró por más de 20 años en la DIAN como empleada publica, beneficiaria del régimen de transición de la ley 100 de 1994, se le deben respetar las normas de la ley 33 y 62 de 1985, lo que quiere decir que se le debe liquidar con el 75% devengado en el último año de servicio con todos los factores salariales desde el 1 de enero de 2012 hasta 30 de diciembre de 2012.

Reitera la jurisprudencia del Consejo de Estado frente a los regímenes pensionales anteriores a la ley 100, razón por la que los empleados públicos tienen derecho a que su pensión se liquide con todos los factores que haya devengado en el último año de servicio, ya que estos fueron de manera periódica y habitualmente como una prestación directa que se generó a través del servicio.

Aclara que en la actualidad no existe ley o norma, que señale cuales son los factores que se deben incorporar, de igual manera hace mención a los principios de progresividad, favorabilidad e indivisibilidad de la norma, por cuanto no se pueden desmejorar los derechos de los trabajadores.

Señala que en sentencia del 4 de agosto de 2010 del H. Consejo de Estado, tienen el mismo concepto de monto y base de liquidación, lo cual se debe respetar y al momento de entrar en vigencia la ley 100 y dividir estos conceptos, estarian vulnerando los derechos adquiridos del pensionado. En consecuencia, solicita se accedan a las pretensiones de la demanda y se tenga en cuenta el artículo 817 del estatuto tributario, el cual establece que en las acciones de cobro se debe tener las prescripción de los 5 años, como lo considera el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 21 de abril de 2016 con ponencia del del Magistrado Luis Alberto Álvarez.

Alegatos conclusivos-Parte demandada El apoderado de la entidad demandada señala que para el tema de la reliquidación de todos los factores salariales del último año, la Administradora Colombiana de Pensiones profirió la circular 16 del 06 de agosto de 2015, donde recomienda dar aplicación al precedente judicial de la H. Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-230 de abril de 2015, por cuanto el alto tribunal dejó claro que del régimen de transición se debe respetar los requisitos relacionados con la edad, tiempo, servicio o semanas cotizadas y el monto del régimen anterior referido solamente a la tasa de remplazo, como quiera que la intensión del legislador fue impedir que el IBL anterior tuviere efectos retroactivos, por cuanto los factores salariales que se deben tener en cuenta al momento de determinar el IBL deben ser los contemplados en el Decreto 1158 de 1994, siempre y cuando se hubieren efectuado los aportes al sistema general de pensiones, posición ratificada por la H. Corte Constitucional por medio de la sentencia de unificación SU-427 de 2016

Identificación de los actos enjuiciados

.- **Resolución GNR 352856 del 09 de noviembre de 2015** por la que se niega una solicitud de reliquidación pensional
.- **Resolución VPB 8906 del 23 de febrero de 2016**. Por la que se resuelve el recurso de apelación instaurado contra la anterior decisión confirmándola.

Hechos probados

De acuerdo con la documental aportada (Fl.2-14) se tiene:

.- a través de la Resolución GNR 336268 del 03 de diciembre de 2013 se reconoció la pensión a la accionante, conforme con la ley 797 de 2003 efectiva a partir de 1 de enero de 2013 un IBL de $2'326.589 y monto del 75% para un valor total de 1'869.744

.- Con Resolución GNR 354774 de 09 de octubre de 2014, la entidad ordena la reliquidación de la pensión elevando el IBL a la suma de 2'326.957 y un monto del 78% para un valor total de 1'906.319,oo.

.- posteriormente, con resolución 45815, la entidad liquida nuevamente la pensiòn de jubilación conforme con la ley 33 de 1985 IBL DE 2733.708, un monto del 75% para un valor total de 2'219.417

.-Con resolución 352856 de noviembre de 2015, se niega una solicitud de reliquidación pensional en razòn a que el IBL correspondia a 2'330.515 para un valor mensual de 1'717886

.-La anterior decisión es conformidad a través del acto 8906 del 23 de febrero de 2016, considerando un IBL de 2'322.549 un monto del 75% para un valor total de 2'013266

.-También se evidenciaron certificaciones laborales del año 2012-2013 de la DIAN (Fl. 29-34)

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 de la ley 100 de 1993, conforme con la Ley 33 de 1985 y la Jurisprudencia Unificada del H. Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010.

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, SU 395/17 y el valor asignado al precedente constitucional en nuestro sistema jurídico, ha conllevado a este despacho a replantear dicha posición.

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 (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.

Es dable destacar que no se ha demostrado que en este caso existían razones jurídicas o

fácticas que obliguen al juzgado a apartarse del precedente vertical[1] porque, por ejemplo, *(i)* concurren hechos o elementos normativos o doctrinarios relevantes, no valorados por el juez superior en su momento, que alteran la admisibilidad del precedente para el nuevo caso; *(ii)* la Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunciaron de manera contraria a la interpretación del superior jerárquico; u *(iii)* ocurrieron cambios normativos que hicieron incompatible el precedente con el nuevo ordenamiento jurídico[2].
Asi pues, como lo ha señalado la secciòn Tercera del Consejo de Estado, "...En la medida en que el precedente vertical sea obligatorio, su desconocimiento constituye causal de procedibilidad de la acciòn de tutela, **su aplicaciòn estricta por parte de los jueces no puede comprometer la responsabilidad administrativa del estado a tìtulo de error judicial a menos de que se demuestre que el precedente no era aplicable al caso concreto o que existan razones factivas o jurìdicas relevantes que obligen al juez a partarse del mismo**[3]..."

Siguiendo la linea de la Corte Constitucional y de acuerdo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por el constituyente en el acto legislativo 01 de 2005, por los principios de eficiencia del sistema de seguridad social, correspondencia entre o cotizado y lo liquidado y el alcance y significado del régimen de transición, **la interpretación constitucionalmente admisible para el caso concreto es aquella según la cual el monto de la pensión de refiere al porcentaje aplicable al IBL, y por lo tanto el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la ley 100 de 1993**.

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."*[4]

---

[1] La jurisprudencia constitucional ha distinguido entre los precedentes verticales y horizontales. Los primeros se refieren a precedentes de autoridades judiciales con claras atribuciones superiores, en tanto que los otros, se refieren a precedentes fijados por autoridades de la misma jerarquía institucional.

[2] Corte Constitucional, sentencias T-698 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes y T-934 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

[3] **SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH** Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).**Radicación número: 50001-23-31-000-2004-10421-01(37245)Actor: ALEXANDER OLAYA GUTIÉRREZ Y OTROS Demandado: NACIÓN-RAMA JUDICIAL**

[4] Sentencia C-789 de 2002.

El régimen de transición[5] 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 no solo la tasa de reemplazo sino también el IBL y los factores salariales que integran la base de liquidación con apoyo en las normas anteriores a la ley 100. [6]

Al respecto en sentencia SU 395 de 2017, la Corte Constitucional señaló que tal perspectiva es un defecto sustantivo por desconocimiento del texto legal al otorgarle un alcance no previsto por el legislador, acompañado además de una violación directa a la Constitución.

---

[5] *"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.

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."

[6] Esta posición fue ratificada en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010[6] 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".*

Señala en dicha providencia que 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, sosteniendo 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 condiciones sería la consagrada en la Ley 100 de 1993. Al respecto, expresó: "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 citada sentencia estableció, que las reglas previstas en él 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.[7]

Conforme a ello[8], se ha entendido en sentencias de constitucional de la Corte que cuando el inciso segundo del artículo 36 de la ley 100 de 1993 se refiere a "monto de pensión" como una de las prerrogativas que se mantienen del régimen anterior, está refiriéndose al porcentaje aplicable al Ingreso Base de Liquidación. Lo anterior, tiene sentido no sólo desde el punto de vista del lenguaje sino también con fundamento en el alcance, finalidad y concepto del régimen de transición. Y en la medida en que el inciso tercero de la norma bajo análisis expresamente establece cual debe ser el ingreso base de liquidación para los beneficiarios del régimen de transición, entonces el monto se refiere al porcentaje aplicable a esa base que será el señalado por la normativa anterior que rija el caso concreto. En igual sentido, los factores salariales, al no determinar el monto de la pensión sino parte de la base de liquidación de la misma, serán los señalados por la normativa actual, en este caso por el decreto 1158 de 1994.

Así las cosas, 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.

---

[7] Corte Constitucional auto 229 del 10 de mayo de 2017 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... "

[8] Aparte de la sentencia SU 395 DE 2017

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.

Y aun cuando en sentencias de tutela posteriores a la sentencia C-168 de 1995 se haya ordenado la reliquidación de pensiones para entender que la expresión monto de la pensión incluía el ingreso base de liquidación, estas simplemente ostentan un efecto inter-partes que no tiene la virtualidad de subsanar el defecto de la sentencia de la sección segunda del Consejo de Estado[9]

Se ha señalado que la tesis de la integralidad en la aplicación de los regímenes de transición frente al IBL, resulta inconstitucional porque lleva a la concesión de un beneficio que no fue previsto originariamente por el legislador. El Tribunal expresamente ha manifestado 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 (...)".

De esta manera, de acuerdo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por el constituyente en el acto legislativo 01 de 2005, así como por los principio de eficiencia del sistema de seguridad social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de la transición, la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la ley 100 de 1993.

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:

---

[9] Su 395 de 2017 pag 88

> *"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 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 (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.

Jurisprudencia y seguridad jurídica. [10]

---

[10] Sentencia Consejo de Estado Sección Tercera Subsección B del 25 de septiembre del año 2017 radicación No. 08001-23-33-000-2013-00044-01(50892) C.P. Danilo Rojas Betancourth.

"...11. En la perspectiva según la cual los jueces son intérpretes de normas jurídicas y, en esa medida, sólo fijan sus alcances y efectos, se ha entendido que las reglas jurisprudenciales que se extraen de sus decisiones son declarativas y no constitutivas y, por lo tanto, tienen la misma vigencia de las normas interpretadas; de allí que, cuando se operan cambios jurisprudenciales a partir de una reinterpretación de las normas vigentes, se considere implícitamente que la nueva regla jurisprudencial es aplicable tanto al caso por virtud del cual se realiza el cambio, como a los que se resuelvan con posterioridad, por respeto al precedente judicial, garantía derivada del derecho a la igualdad. Lo anterior más aun cuando se trata de sentencias de unificación jurisprudencial cuya fuerza vinculante es mayor en tanto cumplen la *"función especial y específica de ordenar y clarificar el precedente aplicable"*[11].

11.1. Es por cuenta de este entendimiento que las reglas jurisprudenciales no reciben el mismo tratamiento de otras fuentes del derecho que, como la ley, no pueden ser de aplicación retroactiva, salvo excepciones limitadas, especialmente, al campo del derecho sancionatorio. Así, comprendida como interpretación de normas vigentes, la aplicación de reglas jurisprudenciales a actuaciones iniciadas con anterioridad a su formulación no viola, en principio, ese pilar fundamental del Estado de Derecho que es la irretroactividad de la ley[12].

11.2. No obstante, salta a la vista que esta comprensión, fuertemente impregnada por concepciones iusfilosóficas según las cuales los jueces no tienen poder para crear normas jurídicas sino, tan sólo, para revelar retroactivamente el sentido de las existentes –concepciones defendidas en derecho continental y también, aunque en menor medida, en derecho anglosajón[13]-, presenta dificultades en materia de seguridad jurídica, debido proceso y confianza legítima, en tanto que, desde el punto de vista del justiciable, el cambio jurisprudencial puede constituir una variación de la regla de derecho al amparo de la cual esperaba legítimamente que se resolviera su situación y ello por virtud de la importancia que, para la protección del derecho a la igualdad, se ha dado al respeto del precedente judicial de las altas cortes, incluso en países de tradición jurídica continental como el nuestro.

11.3. En efecto, vale la pena recordar que, como lo ha explicado la Corte Constitucional en múltiples oportunidades, si bien el artículo 230 de la Constitución Política establece que "^[*l*]*os jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley*" y que la jurisprudencia sólo constituye criterio auxiliar de su actividad, lo cierto es que la expresión "*imperio de la ley*" debe ser entendida como la totalidad del ordenamiento jurídico "*incluida*

---

[11] Corte Constitucional, sentencia C-588 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo.

[12] El artículo 29 de la Constitución Política señala expresamente que *"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa..."*.

[13] Basta recordar que, en lo que tiene que ver con el derecho continental, la tradición de la separación de poderes heredada de Montesquieu –El Espíritu de las Leyes, 1747- y generalizada por la Revolución Francesa enseñaba que el juez no era más que la boca de la ley y, el derecho francés, prohibía expresamente que los jueces profirieran decisiones que tuvieran efectos en casos distintos a aquel que se decidía –arrêts de règlement-; por su parte, en la tradición anglosajona, teóricos como Blackstone –Comentarios a las Leyes de Inglaterra, 1765-1769- defendieron que el common law encierra un derecho original preexistente, inmutable, completo y justo que el juez se limita a develar y, por consiguiente, a declarar de manera necesariamente retroactiva; perspectiva esta última que, como se sabe, es una de las consecuencias de la concepción iusnaturalista del derecho.

la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual [lo] *informa*"[14] y, además, sólo se comprende bajo la égida de dos garantías primordiales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección de trato por parte de las autoridades[15]. Ello supone que, en sus decisiones, los jueces deban procurar guardar uniformidad y coherencia con lo decidido por los órganos de cierre de sus respectivas jurisdicciones, lo que, como ha explicado esa Corporación, hace necesario el acatamiento del precedente judicial, de allí que, al resumir su posición sobre el tema, haya destacado:

> *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*[16].

11.4. Así pues, el precedente judicial, entendido como "*aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso*"[17] ata al juez y, en esa medida, garantiza "*la confianza en las decisiones de los jueces a la luz de los principios de seguridad jurídica, igualdad, buena fe y confianza legítima*"[18], máxime cuando ha sido fijado expresamente con el objetivo de unificar jurisprudencia por las autoridades judiciales con facultades para ello, esto es, por los órganos de cierre de las respectivas jurisdicciones[19].

11.5. Lo anterior no obsta para que, en observancia de ciertas condiciones, la autoridad judicial pueda o incluso deba apartarse del precedente:

> *La Corte ha reconocido que es preciso hacer efectivo el derecho a la igualdad, sin perder de vista que el juez goza de autonomía e independencia en su actividad, al punto que si bien está obligado a respetar el precedente fijado por él mismo y por sus superiores funcionales, también es responsable de adaptarse a las nuevas exigencias que la realidad le impone y asumir los desafíos propios de la evolución del derecho. En consecuencia, un juez puede apartarse válidamente del precedente horizontal o vertical si (i) en su providencia hace una referencia expresa al precedente conforme al cual sus superiores funcionales o su propio despacho han resuelto casos análogos, pues "sólo puede admitirse una revisión de un precedente si se es consciente de su existencia" (requisito de transparencia); y (ii) expone razones suficientes y válidas a la luz del ordenamiento jurídico y los supuestos fácticos del caso nuevo que justifiquen el cambio jurisprudencial, lo que significa que no se trata simplemente de*

---

[14] C-539 de 2011.

[15] C-836 de 2001.

[16] C- 284 del 2015.

[17] T-360 de 2014.

[18] T-446 de 2013.

[19] Al respecto pueden consultarse las sentencias de la Corte Constitucional C-816 de 2011 y 588 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo y C-634 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

> *ofrecer argumentos en otro sentido, sino que resulta necesario demostrar que el precedente anterior no resulta válido, correcto o suficiente para resolver el caso nuevo (requisito de suficiencia). Satisfechos estos requisitos por parte del juez, en criterio de la Corte, se entiende protegido el derecho a la igualdad de trato ante las autoridades y garantizada la autonomía e independencia de los operadores judiciales.*[20]

11.6. De este modo resulta que, por virtud de los principios de igualdad, debido proceso, seguridad jurídica y confianza legítima en los que se funda la necesidad de respetar el precedente judicial, el justiciable puede no sólo tener la expectativa jurídicamente fundada de que el que se aplique a su caso sea el establecido para el momento en que accedió a la administración de justicia –o incluso, para aspectos sustanciales, aquel vigente al momento de los hechos-, sino sustentar en ese precedente sus pretensiones o la manera de ejercer su derecho de defensa. No obstante, dado el ejercicio argumentativo propio de la actividad judicial[21], desarrollado en atención al ideal regulativo de encontrar la mejor respuesta posible[22] -aunque considerando el valor reforzado con que cuenta el precedente por el simple hecho de serlo-, bien puede ocurrir que ese mismo justiciable se vea avocado a que la regla que se aplique a su caso sea distinta a aquélla con fundamento en la cual actuó ante la jurisdicción –o a la que estaba vigente en el momento de los hechos materia del litigio-. Así pues, se plantea la tensión entre, por una parte, la expectativa de los justiciables, fundada en el derecho a la igualdad, y, por la otra, la aplicación de una regla jurisprudencial que, por ser resultado del ejercicio argumentativo reforzado que implicaba el separarse del precedente hasta ahora aplicado, aparece como más satisfactoria para resolver el problema jurídico planteado.

Efectos retroactivos del cambio jurisprudencial[23]

Sobre el tema vale la pena destacar lo siguiente: i) los cambios jurisprudenciales plantean una delicada tensión entre la prerrogativa de los órganos de cierre del sistema jurídico de

---

[20] *Ibidem*

[21] El cual puede ser suscitado por la misma contraparte si esta insiste en la necesidad de revisar la regla jurisprudencial hasta ahora aplicada en cierta materia.

[22] Sobre este punto puede consultarse la sentencia de la Subsección B de la Sección Tercera de 26 de julio de 2012, exp. 22581, con ponencia de quien proyecta esta providencia, en donde se afirmó: "*la concepción del derecho que mejor explica el fenómeno es el iusnaturalismo en su versión moderna iusracionalista que apuesta por la corrección de las decisiones jurídicas sobre la base de una argumentación razonada. Como es sabido, la tesis de la única respuesta correcta desarrollada por la concepción iusracionalista del derecho, con Dworkin a la cabeza, tiene como su variante más influyente la propuesta de Alexy sobre la respuesta correcta como idea regulativa, la que a su turno es un desarrollo de su tesis filosófica sobre moral correcta. En palabras de Alexy*: "En todo caso, está claro que en la realidad no existe ningún procedimiento que permita, con una seguridad intersubjetivamente necesaria llegar en cada caso a una única respuesta correcta. Esto último no obliga, sin embargo, a renunciar a la idea de única respuesta correcta sino que únicamente da ocasión para determinar su estatus con más precisión. El punto decisivo aquí es que los respectivos participantes en un discurso jurídico, si sus afirmaciones y fundamentaciones han de tener un pleno sentido, deben, independientemente de si existe o no una única respuesta correcta, elevar la pretensión de que su respuesta es la única correcta. Esto significa que deben presuponer la única respuesta correcta como idea regulativa. La idea regulativa de la única respuesta correcta no presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta. Sólo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta". *De modo que a diferencia de la corrección sustancial a la que sería capaz de llegar el juez Hércules de Dworkin, en Alexy se propone una corrección como idea regulativa y a la que es posible llegar en un escenario ideal de diálogo, a partir del cumplimiento de las reglas y formas de la argumentación jurídica, teniendo en cuenta que ésta no es más de un caso especial de la argumentación general, caracterizada por la racionalidad, esto es, por el uso de la razón práctica*".

[23] Ibidem

reevaluar los precedentes jurisprudenciales fijados y la inseguridad jurídica que pueden representar para los justiciables sorprendidos por el cambio; ii) en un entendimiento clásico de la labor judicial, se ha dicho que, en tanto interpretativas de los textos vigentes, las reglas jurisprudenciales son necesariamente retroactivas; iii) no obstante, dada la admisión de la importancia de respetar el precedente judicial como materialización del derecho a la igualdad de los ciudadanos delante de la ley, los cambios del mismo bien pueden defraudar las expectativas legítimas fundadas en su aplicación; iii) es frente a esta tensión que en varios sistemas jurídicos y, aun en algunas decisiones de esta Corporación, se ha puesto en práctica la técnica consistente en posponer en el tiempo los efectos de los cambios operados o, dicho en otros términos, modular dichos efectos; iv) esos ejemplos ponen en evidencia la necesidad de que los jueces consideren las consecuencias de los cambios jurisprudenciales que realicen y no sólo la conveniencia de operar dichos cambios; v) en Colombia la consideración de esos efectos es una exigencia impuesta por el modelo de Estado adoptado constitucionalmente en tanto supone que los jueces asuman un papel proactivo en la defensa de los contenidos constitucionales lo cual se materializa no sólo en la motivación y sentido de sus decisiones sino a la hora de precaver las consecuencias de las mismas; vi) en tanto supone que la solución dada al caso concreto se aviene mejor a aquella en la que se fundaba el precedente, esto es, en mayor acuerdo con el ordenamiento jurídico, más aun cuando es establecida expresamente como de unificación de jurisprudencia, la nueva regla jurisprudencial resultante del ejercicio argumentativo reforzado que requiere el cambio de un precedente debería aplicarse de manera inmediata, salvo que dicha aplicación afecte de modo tal el derecho a la igualdad, al debido proceso, a la defensa o principios como el de la seguridad jurídica u otros consagrados por el mismo ordenamiento, que el costo resulte abiertamente desproporcionado en relación con las razones que justificaron el cambio, caso en el cual sería necesario optar por fijarle efectos prospectivos que, establecidos para cada situación, eviten las consecuencias indeseables desde el punto de vista del ordenamiento jurídico; vii) esta regla: a) responde mejor al objetivo institucional implícito a los períodos establecidos para la magistratura en los órganos de cierre de las jurisdicciones, a saber, el garantizar no sólo un examen relativamente frecuente de lo bien fundado de las reglas jurisprudenciales establecidas en un punto concreto de derecho y, de ser el caso, su renovación, sino el que esta última tenga una pronta repercusión en las realidades sociales en las intervienen las decisiones de justicia; b) se adecúa mejor a la naturaleza particular que tienen las reglas jurisprudenciales como fuentes de derecho; y c) permite una mejor consideración de las circunstancias que deben tenerse en cuenta para fijar el momento para el cual debe posponerse la aplicación de una nueva regla jurisprudencial; viii) en principio es el mismo órgano jurisprudencial que opera el cambio el llamado a explicitar el juicio de ponderación a la luz del cual sea necesario optar por una aplicación prospectiva de dicho cambio; no obstante, si se abstiene de hacerlo, los demás jueces, también obligados a hacer prevalecer la superioridad de la Constitución Política, podrían determinar que, en una situación concreta, la aplicación de la misma desatendería injustificadamente los postulados superiores y, en consecuencia, después de cumplir con la exigente carga argumentativa que les incumbiría por apartarse de la regla tácita de su aplicación inmediata, podrían decidir, fundadamente, que el cambio jurisprudencial invocado no tiene efectos para el caso sometido a su consideración. Finalmente, todo lo dicho hasta aquí supone la verificación previa de que se está frente a un auténtico cambio jurisprudencial, esto es, la constatación de que: i) sobre el mismo punto de derecho y sin que mediaran cambios en el ordenamiento jurídico que así lo justificaran, se adoptó una regla sustancialmente diferente a la que venía aplicándose, de manera generalizada; y ii) la aplicación de dicha regla implica que el problema jurídico planteado a la jurisdicción sea resuelto de manera opuesta a como venía haciéndose hasta

ese momento.

Caso concreto- Ley 33 de 1985.

Con base en la línea que al respecto ha señalado la H. Corte Constitucional en sentencias C-258 de 2013, SU 230 de 2015, SU 427 de 2016, SU 210 de 2017 y SU 395 de 2017, se evidencia un cambio de jurisprudencia hasta entonces vigente en consonancia con la sentencia unificada de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre la interpretación de los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, en razón al desconocimiento de la sentencia C-168 de 1995, al entender que la expresión "monto de la pensión" incluia el ingreso base de liquidación del régimen anterior a la ley 100 de 1993 para los beneficiarios del régimen de transición; reinterpretación que conllevó a adoptar una nueva regla de decisión radicalmente distinta, esto es, que el régimen pensional de la 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.

Es claro para el despacho los efectos inmediatos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual prevalece frente a la interpretación efectuada por la Sección Segunda del Consejo de Estado que en palabras de la corte "... adolece de un defecto sustantivo por desconocimiento del texto legal al otorgarle un alcance no previsto por el legislador, acompañado además de una violación directa de la Constitución."

Las sentencias de unificación de la Corte Constitucional concluyen que de acuerdo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por el constituyente en el acto legislativo 01 de 2005, así como con los principios de eficiencia del sistema de seguridad social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de transición, la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por lo tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la ley 100 de 1993,

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 la Ley 4ª de 1992 y el Decreto reglamentario 1158 de 1994[24] el cual dispone:

> "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;

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

f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
g) La bonificación por servicios prestados;"

La señora Blanca Stella Aponte Jiménez, 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.

La señora Blanca Stella Aponte Jiménez, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), tenía más de 38 años de edad; ostentaba más de 750 semanas a la fecha de entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, razón por la que se debe tener en cuenta, 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 a la demandante se le ha liquidado la pensión conforme con la ley 33 de 1985, considerando como factores de dicha disposición: la asignación básica, los incrementos por antigüedad, la bonificación por servicios prestados y la prima de navidad y un monto del 75%

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 según la jurisprudencia del Consejo de Estado para efectos de que se tengan todos los factores devengados en el último año de servicio.

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 BLANCA STELLA APONTE JIMÉNEZ, debe ser liquidado conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de lo devengado en los últimos 10 años según el artículo 21 y los factores establecidos en el decreto 1158 de 1994 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:
Costas:

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso[25], 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*

[25] 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.

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)

El Consejo de Estado[26] 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 (rela 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>>[27]"*

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada en razón a que no se han probado en esta instancia.

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.

CUARTO: Contra esta decisión procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA.

---

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

[27] 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.

JUZGADO 17 (DIECISIETE) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
EXPEDIENTE: 2016-00183
DEMANDANTE: BLANCA STELLA APONTE JIMÉNEZ

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

JUEZ

AP