



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

Bogotá D. C. 18 JUL 2018

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2016-00418-00

Demandante: JOSE ABRAHAM ROBAYO GONZÁLEZ

Demandado: COLPENSIONES

Tema: Reliquidación pensional – Régimen de Transición Ley 100 de 1993

Sentencia: 71

De conformidad con lo señalado en audiencia inicial de fecha 29 de junio de 2018, en la cual se dictó el sentido del fallo, se procede a dictar de forma escrita **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El señor JOSE ABRAHAM ROBAYO GONZÁLEZ actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, mediante escrito radicado 18 de noviembre de 2016 (f.23), 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 031748 del 8 de agosto de 2006, que reconoció la pensión de jubilación al accionante, la nulidad parcial de la Resolución 043164 del 26 de octubre de 2006 que modificó la anterior decisión e ingresó en nómina y el silencio administrativo como consecuencia de la petición del 8 de abril de 2009.
2. Como consecuencia de la anterior declaración a título de restablecimiento, condenar a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de la accionante teniendo en cuenta el 75% del promedio de los salarios devengados por todo concepto durante el último año de servicio laborado en el INCORA, entre el 1° de diciembre de 2005 al 30 de noviembre de 2006, incluyendo en el IBL los factores salariales, tales como sueldos, sueldos de encargo, adiciones de sueldos, prima de antigüedad, bonificación por servicios prestados, prima de mayo o junio, prima de diciembre o navidad, prima de vacaciones, bonificación quinquenal, bonificación por recreación, auxilio de alimentación, subsidio de transporte, tiempo suplementario, entre otros.
3. Se condene al pago de las diferencias de las mesadas pensionales que resulten de la reliquidación solicitada conforme con el índice de precios al consumidor certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística. DANE, desde la fecha de efectividad de la pensión hasta la fecha en que se realice el pago.
4. Condenada la accionada reconozca los intereses de mora de conformidad con el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

del CPACA.

b.- NORMAS VIOLADAS

El demandante invocó los artículos 11, 36 y 288 de la Ley 100 de 1993, artículo 1 de la Ley 33 de 1985 y artículo 45 del Decreto 1045 de 1978

c.- CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El demandante indica que es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por haber acreditado a 1° de abril de 1994, 15 años de servicios y más de 35 años de edad, teniendo derecho a que liquide su pensión de jubilación con el promedio de lo devengado por todo concepto en el último año de servicios, comprendido entre del 1 de diciembre de 2005 y el 30 de noviembre de 2006, conforme con el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Cita la sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010, con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la cual se determinó que los empleados públicos que son beneficiarios del régimen de transición tienen derecho a que su pensión se liquide con inclusión de todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como consecuencia directa de sus servicios, independiente de la denominación que se les dé (ff 14-19).

d.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término otorgado 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 del 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 (Fl.41 a 55).

e.- AUDIENCIA INICIAL

El 29 de junio de 2018, 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.71-76).

f. SENTIDO DEL FALLO

En la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, agotadas las etapas procesales hasta

II. CONSIDERACIONES

A. IDENTIFICACIÓN DEL ACTO ENJUICIADO

Que se declare la **nulidad** del acto ficto o presunto como consecuencia de la petición del 8 de abril de 2009.

B. ANÁLISIS DEL DESPACHO

1.-Tesis del demandante

El apoderado de la parte actora consideró que el señor José Abraham Robayo González se le debe reliquidar su pensión de jubilación, teniendo en cuenta el 75% de los factores salariales devengados en el último año de servicios, tales como, sueldos, sueldos de encargo, adiciones de sueldos, prima de antigüedad, bonificación por servicios prestados, prima de mayo o junio, prima de diciembre o navidad, prima de vacaciones, bonificación quinquenal, bonificación por recreación, auxilio de alimentación, subsidio de transporte, tiempo suplementario, entre otros, de conformidad con la ley 33 de 1985 y el Decreto 1045.

2.- Tesis del demandado

La entidad accionada mediante escrito visible a folios 41 a 55 del plenario allega escrito de contestación de demanda y manifiesta que se opone a la totalidad de las pretensiones plasmadas por la parte actora en razón a que los actos administrativos demandados se expidieron conforme a derecho teniendo en cuenta el régimen de transición de la ley 100 de 1993, en aplicación preferente de las decisiones de la H. Corte Constitucional, en especial, el establecido en Sentencia de Unificación 230 de 2015 la cual 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 del 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.

3.-Problema jurídico

El problema jurídico consiste en establecer si le asiste derecho al 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.

4. Solución al problema jurídico.

Es menester señalar, que el tema de los alcances del régimen de transición consagrado en el art. 36 de la ley 100 de 1993, ha sido abordado por parte de este despacho con fundamento en la sentencia de unificación de la sección segunda proferida por el Honorable Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, no obstante los pronunciamientos de la Corte Constitucional en sentencias C-168 de 1995, SU 230 del 29 de abril de 2015, SU 427 de 2016, SU 210 de 2017 y, 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 vertical¹ 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 jurídico².

Así pues, como lo ha señalado la sección Tercera del Consejo de Estado, “...En la medida en que el precedente vertical sea obligatorio, su desconocimiento constituye causal de procedibilidad de la acción de tutela, **su aplicación estricta por parte de los jueces no puede comprometer la responsabilidad administrativa del estado a título de error judicial a menos de que se demuestre que el precedente no era aplicable al caso concreto o que existan razones factivas o jurídicas relevantes que obligen al juez a apartarse del mismo**³...”

Siguiendo la línea 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 lo 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.

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 septiembre de dos mil diecisiete (2017) Radicación: número: 50001-22-31-000-2004-10421-01/37345/Accto: ALEXANDER

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

El régimen de transición⁵ permite que la edad para consolidar el derecho a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para el efecto y el monto de la misma, sean las establecidas en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas que al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1° de abril de 1994), tuvieran la edad de treinta y cinco (35) años en el caso de las mujeres; o cuarenta años (40) o más en el caso de los hombres; o que, indistintamente, tuvieran quince (15) o más años de servicios.

En cuanto al monto de la pensión, la jurisprudencia del Consejo de Estado señala desde la sentencia del 21 de septiembre de 2000, expediente número 470-99, Magistrado Ponente Doctor Nicolás Pájaro Peñaranda, que este comprende 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.

⁴ Sentencia C-789 de 2002.

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 hiciera 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 2010⁶ 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

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 ello⁸, 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.

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

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

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 Estado⁹

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 (...).”

Así las cosas, 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:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“...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 ley¹².

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 anglosajón¹³-, presenta dificultades en materia de seguridad jurídica, debido proceso

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 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

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 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 autoridades¹⁵. 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 jurisdicciones¹⁹.

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

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.

¹⁴ C-539 de 2011.

¹⁵ C-836 de 2001.

¹⁶ C- 284 del 2015.

¹⁷ T-360 de 2014.

*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 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 judicial²¹, desarrollado en atención al ideal regulativo de encontrar la mejor respuesta posible²² –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.

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 reales y formas de la argumentación jurídica, teniendo en cuenta que ésta no es más de un caso especial

Efectos retroactivos del cambio jurisprudencial²³

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 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

Con base en la posición 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, desconociendo lo dispuesto por la sentencia C-168 de 1995, al entender que la expresión “monto de la pensión” incluía 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 aquellas 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, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992 y al Decreto reglamentario 1158 de 1994²⁴ 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 señor José Abraham Robayo González para efectos de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación no gozaba de un régimen de excepción, ni se encuentra dentro del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, por no contar con más de 15 años de servicios al 29 de enero de 1985.

El señor José Abraham Robayo González, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), tenía más de 40 años de edad (folio 61); 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, se repite la edad, el tiempo de servicio, y el monto de la Ley 33 de 1985 y el ingreso base de liquidación del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

La parte demandante discrepa respecto de los factores a tener en cuenta en la liquidación pensional. En el caso examinado se tiene que a la demandante se le había reconocido pensión de jubilación por medio de la Resolución 031748 de 08 de agosto de 2006, dejándose en suspenso hasta que demostrara el retiro definitivo, y teniendo en cuenta el promedio de lo devengado o cotizado durante el tiempo que le hacía falta para tener derecho a la pensión a la fecha de entrada en vigencia el Sistema General de Pensiones de conformidad con el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de 1994.

Posteriormente, mediante Resolución 043164 de 26 de octubre de 2006, determinando el ingreso base de liquidación en la suma de \$833.233 sobre el cual se aplicó el 75%, arrojando como consecuencia una mesada pensional de \$624.925; mediante derecho de petición de fecha 8 de abril de 2009 el accionante solicitó la reliquidación de la pensión, sin obtener respuesta por parte de la entidad, configurándose el silencio administrativo negativo.

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

El Ingreso Base de Liquidación, de las personas beneficiadas con el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, como es el caso del señor José Abraham Robayo González, debe ser liquidado conforme al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, sin el IBL y los factores salariales previstos en la normatividad anterior a la ley 100 de 1993.

Observando en los actos demandados que la pensión fue reconocida con el promedio de los salarios de los 10 años anteriores al reconocimiento pensional, los factores establecidos en el decreto 1158 de 1994 y, el monto del 75% de la ley 33 de 1985, 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 razón por la cual es procedente negar las pretensiones de la demanda.

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

SEGUNDO.- 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

JAG