



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

Audiencia inicial- Artículo 180 C.P.A.C.A.
Acta No. 160 – 2017

Sentencia 86

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2016-00347-00

Demandante: MARÍA ELSA TIBOCHA BAUTISTA

Demandado: UGPP

Tema: Reliquidación pensional Ley 33 de 1985

En Bogotá D.C., a los doce días del mes de diciembre del año 2017 siendo las ocho y media de la mañana, la suscrita Juez 17 Administrativa Oral de Bogotá declara formalmente abierta la presente AUDIENCIA INICIAL prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, en el proceso promovido en ejercicio del medio de control referente.

I. PRELIMINARES

A. PRESENTACIÓN DE LAS PARTES INTERVINIENTES:

Apoderado demandante: doctor JHON JAIRO CABEZAS GUTIÉRREZ identificado con la cédula de ciudadanía 80.767.790 de Bogotá y T.P. 161.111 del C.S.J., autoriza notificaciones al correo electrónico: notificacionesjudiciales@cabezasabogados.com.

Apoderado de la UGPP: doctora Katherine Johana Lugo Camacho a quien se le reconoce personería jurídica de conformidad con el poder de sustitución aportado, autoriza notificaciones electrónicas al correo electrónico: apulidor@ugpp.gov.co. Se notifica mediante auto de sustanciación N. 566 en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

Se deja constancia que el señor Agente del Ministerio Público no asiste a esta diligencia.

B. SANEAMIENTO (00.16.55)

El Despacho no observa irregularidades o vicios que deban sanearse en esta etapa; no obstante, se corre traslado a los sujetos procesales para que se manifiesten en torno a la existencia de vicio o nulidad en el proceso, de lo contrario se entenderán saneados.

Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No.713** y queda notificada en estrados, sin oposición por los apoderados intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

C. EXCEPCIONES (00.24.35)

Dentro del término de traslado, conforme las disposiciones del artículo 175 del C.P.A.C.A., la entidad demandada propuso las excepciones que denominó: *i) inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido* y *ii) buena fe*.

El Despacho considera que de acuerdo con la sustentación de las excepciones propuestas, estas no están llamadas a prosperar en tanto que no constituyen un verdadero modo exceptivo, toda vez que no involucran ninguna circunstancia adicional o nueva que ataque las pretensiones.

guardan relación directa con el fondo del asunto estudiado y hacen parte de los argumentos de la defensa, por tal razón al decidir de mérito el proceso estos asuntos quedarán de paso decididos.

Propuso además la **excepción de prescripción**, última esta que se resolverá en la sentencia una vez se establezca la procedencia de la pretensión anulatoria.

Por otra parte, no se encuentran acreditadas excepciones que deban ser declaradas de oficio, en este momento procesal.

Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No.714**. Las partes quedan notificadas en estrados, se les concede el uso de la palabra a los apoderados por si tienen recursos u observación alguna. Sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

II. FIJACIÓN DEL LITIGIO (Min.00.29.28).

El apoderado de la entidad demandada aceptó los hechos 1, 2, 3, 6, 7 y 8 de la demanda relativos a la fecha de nacimiento de la demandante el 18 de julio de 1953, el tiempo de prestación de servicios(del 31 de julio de 1978 al 31 de diciembre de 2015), el régimen de transición que ampara a la demandante(por tener mas de 35 años de edad al 1 de abril de 1994), la solicitud de reliquidación pensional elevada el 2 de marzo de 2016 (f. 2), la negativa de la entidad a través de la Resolución 025052 del 6 de julio de 2016 (fls. 21 a 23), el recurso de apelación presentado y la confirmación de la decisión mediante Resolución RDP 037091 del 30 de septiembre de 2016 (fls. 24 a 26).

DE LA DEMANDA

Pretensiones: Conforme con lo dispuesto previamente, las pretensiones de la demanda se concretan a lo siguiente:

- 1.- Declarar la nulidad de la **Resolución RDP 025052 del 6 de julio de 2016** por la cual se negó la reliquidación pensional y de la **Resolución RDP 0370914 del 30 de septiembre de 2016**, mediante la cual resuelve un recurso de apelación, confirmando la anterior decisión.
- 2.- A título de restablecimiento del derecho se condene a la demandada a reconocer y pagar la reliquidación de la pensión, con todos los factores que constituyen salario en el último año de servicios. Que se realicen los reajustes de ley, a partir de la fecha de adquisición del derecho.
- 4.- Ordenar a la entidad demandada a que sobre las sumas que resulte condenada reconozca y pague las cantidades necesarias para hacer los ajustes de valor conforme al IPC certificado por el DANE, según lo ordena el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.
- 5.- Condenar a la entidad demandada al pago de los intereses moratorios, conforme lo prescribe el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.
- 6.- Condenar en costas a la entidad demandada en costas conforme con el artículo 188 del CPACA.

Normas Violadas y Concepto De Violación: (cfr. f. 29) Citó como normas violadas, entre otras, el artículo 48 y 53 de la Constitución Política, la Ley 33 y 62 de 1985, artículo 34 y 36 de la Ley 100 de 1993, artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Manifestó que la entidad no reliquidó la pensión con todos los factores que constituyen salario y aplicó indebidamente las leyes 33 y 62 de 1985. Indicó que el Consejo de Estado, los Tribunales y Juzgados Administrativos se han pronunciado favorablemente en relación con la liquidación o reliquidación de la pensión con todos los factores que constituyen salario, para las personas que se encuentren en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, independientemente si la Caja de Previsión hizo o no los descuentos.

Respecto de la sentencia SU-230 de 2015, solicitó la no aplicación de esta, teniendo en cuenta los pronunciamientos del Consejo de Estado en sus sentencias del 25 de febrero de 2016 y del 4 de agosto de 2010 y en aras de proteger los derechos adquiridos, por cuanto la demandante obtuvo el derecho pensional con anterioridad a la expedición de la citada SU-230.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad accionada mediante escrito visible a folios 45 a 51 del plenario allega escrito de contestación de la demanda en donde manifiesta que se opone a la totalidad de las pretensiones de la parte actora señalando que las normas aplicables a la pensión de jubilación de la demandante son las contenidas en el Decreto 1158 de 1994, Ley 33 y 62 de 1985, por virtud del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. De esta manera el mencionado Decreto indica cuáles son los factores de salario que deben ser tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión y los que se solicitan en la demanda no se encuentran incluidos en la norma, razón por la cual no pueden ser tenidos en cuenta.

PROBLEMA JURÍDICO

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

Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No.715** y queda notificada en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

III. CONCILIACIÓN (Min.00.46.38)

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 180 del C.P.A.C.A., la Juez invita a las partes a conciliar sus diferencias.

Parte Demandada: el Comité de Conciliación recomienda no conciliar y aporta el acta del comité

El Despacho teniendo en cuenta lo señalado por la parte accionada declara **FALLIDO** el intento conciliatorio agotado en esta etapa procesal y ordena continuar con la actuación. Esta decisión se toma mediante **auto interlocutorio No.716** quedando notificados en estrados. Se corre traslado a los sujetos intervinientes. Sin objeciones.

IV. MEDIDAS CAUTELARES (Min.00.48.48)

En consideración a que no existen medidas cautelares pendientes por resolver, se continúa con la siguiente etapa procesal.

En virtud de lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 180 del CPACA, en concordancia con el artículo 212 ibídem, el Despacho teniendo en cuenta que con la demanda fueron aportados los medios de prueba necesarios para resolver el litigio, se incorporan legalmente al proceso con el valor probatorio que les otorga la Ley, al igual que el expediente administrativo que fue aportado en medio magnético a folio 63 y de este se corre traslado a las partes. Por esta razón no se hace pronunciamiento de la solicitud de pruebas de la parte actora a folio 31 vuelto.

Habida cuenta que no es necesario el decreto de pruebas adicionales a las obrantes en el expediente, aportadas por la parte actora y por la entidad demandada con la contestación de la demanda, conforme lo establece el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011; el Despacho **prescinde de la audiencia de pruebas**.

La presente decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No.717**. Las partes quedan notificadas en estrados, se les concede el uso de la palabra a los apoderados por si tienen recursos u observación alguna. Sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN (00.55.36)

Por no existir pruebas que practicar se prescinde de la audiencia de pruebas y se dispone conceder el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión, esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No.718**, quedando las partes notificadas en estrados. Sin oposición. Se concede el uso de la palabra así:

PARTE DEMANDANTE: (00.57.36) Se ratifica en los hechos y pretensiones de la demanda, expone sus alegatos en la forma consignada en el audio.

PARTE DEMANDADA: (01.20.16) Rinde sus alegatos tal como queda consignado en el audio de la diligencia

SENTENCIA No. 86

Agotadas las etapas previas enunciadas dentro de la presente actuación y escuchados los alegatos de las partes, se procede a dictar el sentido del fallo en razón a los cambios jurisprudenciales que se estudian a continuación.

CONSIDERACIONES

1.-Resumen de la demanda

Manifestó que la entidad no reliquidó la pensión con todos los factores que constituyen salario y aplicó indebidamente las leyes 33 y 62 de 1985. Indicó que el Consejo de Estado, los Tribunales y Juzgados Administrativos se han pronunciado favorablemente en relación con la liquidación o reliquidación de la pensión con todos los factores que constituyen salario, para las personas que se encuentren en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, independientemente si la Caja de Previsión hizo o no los descuentos.

Respecto de la sentencia SU-230 de 2015, solicitó la no aplicación de esta, teniendo en cuenta los pronunciamientos del Consejo de Estado en sus sentencias del 25 de febrero de 2016 y del 4 de agosto de 2010 y en aras de proteger los derechos adquiridos, por cuanto la demandante obtuvo el derecho pensional con anterioridad a la expedición de la citada SU-230.

2 - Contestación de la demanda

La entidad accionada mediante escrito visible a folios 45 a 51 del plenario allega escrito de contestación de la demanda en donde manifiesta que se opone a la totalidad de las pretensiones de la parte actora señalando que las normas aplicables a la pensión de jubilación de la demandante son las contenidas en el Decreto 1158 de 1994, Ley 33 y 62 de 1985, por virtud del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. De esta manera el mencionado Decreto indica cuáles son los factores de salario que deben ser tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión y los que se solicitan en la demanda no se encuentran incluidos en la norma, razón por la cual no pueden ser tenidos en cuenta.

3.-Problema jurídico

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

4. Solución al problema jurídico.

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

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

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

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

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

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas. v 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."

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

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

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

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

De otra parte, el ingreso base de liquidación fue objeto de análisis por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-168 de 1995, la cual hizo tránsito a cosa juzgada formal e implícita. En dicho fallo sostuvo la Corte que, sin importar cuál era la vinculación con la legislación anterior, las personas serían beneficiarias del régimen de transición cuando cumplieran con los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas, pero su aplicación frente al resto de condiciones sería la consagrada en la Ley 100 de 1993. Al respecto, expresó lo siguiente: "dado que en la ley 100 de 1993 se modifican algunos de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, se establece en el inciso segundo del artículo 36, materia de acusación, un régimen de transición que da derecho a obtener ese beneficio mediante el cumplimiento de los requisitos de edad, tiempo de servicio, o semanas cotizadas estatuidas en la legislación anterior, para las personas que a la fecha de entrar a regir el nuevo sistema de seguridad social, tengan 35 años o más de edad si son mujeres, y 40 o más años de edad si son hombres; o a quienes hayan cumplido 15 o más años de servicios cotizados. **Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para obtener tal derecho son los contenidos en las disposiciones de la nueva ley**". (Resaltado fuera del texto)

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

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

La Corte no desconoce que posterior a la expedición de la sentencia C-168 de 1995, a través de la solución de casos particulares este criterio mantuvo disensos con algunas salas de revisión

frente a la intromisión de cualquier otro órgano público o privado. La factura reactiva de la garantía revela el indicado designio. La necesidad de la independencia judicial se deriva del sentido y alcance de la actividad sentenciadora de los jueces, la que se sujeta únicamente al ordenamiento jurídico estructurado a partir de la Constitución, sus principios y valores superiores y aplicado al caso concreto en términos de verdad y de justicia."

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

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

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

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

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

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

Esta decisión se adentra en el estudio del valor del precedente jurisprudencial constitucional **como norma de obligatorio cumplimiento** para la administración, reiterando la jurisprudencia

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 inexecutable 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 fuerza de la ley" (Art. 230, 231 y 232),

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.

Régimen prestacional empleados del Sector Público

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

Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

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

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

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

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

Artículo 3º. Modificado por la Ley 62 de 1985. "Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión."

"Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio."

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

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

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

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

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

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

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

El caso concreto

La señora MARÍA ELSA TIBOCHA BAUTISTA 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 y pese a que laboraba en la Aeronáutica Civil, el cargo que desempeñaba, Auxiliar V grado 14, grupo Educación continuada, no se encuentra catalogado como régimen especial pensional de la Ley 7 de 1961.

La señora MARÍA ELSA TIBOCHA BAUTISTA, 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 (archivo 4, CD cuaderno

administrativo); ostentaba más de 1400 semanas a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, razón por la que se debe tener en cuenta, se repite la edad, el tiempo de servicio, y el monto de la Ley 33 de 1985 y el ingreso base de liquidación del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

La parte demandante discrepa respecto de los factores a tener en cuenta en la liquidación pensional. En el caso examinado se tiene que a la demandante se le había reconocido pensión de jubilación por medio de la Resolución 56250 de 8 de junio de 2011 la cual realizó la liquidación respectiva conforme con el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, archivo 21 CD antecedentes, reconociendo una pensión al 1º de enero de 2010 por \$787.084.64.

La demandante solicita la reliquidación de la pensión de vejez con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio con la inclusión de todos los factores salariales de conformidad con la ley 33 de 1985, folios 2 y 3. Mediante Resolución RDP 25052 del 6 de julio de 2016 la entidad demandada negó la reliquidación pensional y a través de la Resolución RDP 037091 del 30 de septiembre de 2016, confirmó la decisión anterior (folios 21 a 24).

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.

Teniendo en cuenta que el Ingreso Base de Liquidación, de las personas beneficiadas con el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, como es el caso de la señora MARÍA ELSA TIBOCHA BAUTISTA, debe ser liquidado conforme al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de los salarios devengados que sirvieron de base para los aportes durante los últimos 10 años de servicio o el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, pues con el régimen de transición consagrado en la citada ley el legislador no quiso mantener la aplicación en su totalidad de la normativa que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella y observando que la entidad demandada le reconoció la pensión de vejez teniendo en cuenta el promedio de los salarios o rentas cotizado por los últimos 10 años y tomó los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994- teniendo en cuenta como factores **-la asignación básica y la bonificación por servicios prestados** - conforme con las normas aplicables al caso y al criterio fijado por la Corte Constitucional, el cual es acogido por este Despacho, es procedente negar las pretensiones de la demanda. En consecuencia, los actos administrativos acusados conservan su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que los amparaba.

En este punto concreto se debe precisar que aunque la pensión fue reconocida bajo los lineamientos del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, con el 79.50% del promedio de los últimos 10 años teniendo en cuenta los factores sobre los cuales cotizó; se avizora que el porcentaje de liquidación del 79.50% es más favorable para la demandante razón por la que ordenar la reliquidación conforme con la Ley 33 de 1985, implicaría modificar el porcentaje al 75% en desmejora de la demandante.

Costas: El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *"Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*.

Así también el numeral 4º del artículo 366 del CGP. aplicable por remisión expresa del artículo

este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas....”.

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

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

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

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

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>>”⁶.

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

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

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

⁶ Cfr las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicadas Nros. 20616 y 20288, C.P. Martha Tzuc Buitrago, Ex. de oficio.

parte de esta siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

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

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

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

CUARTO: Esta sentencia queda notificada en ESTRADOS, conforme se establece en el artículo 202 del C.P.A.C.A. y contra ella procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA con consonancia con el inciso 4 del artículo 192 del CPACA.

De la sentencia se corre traslado a las partes:

LA PARTE ACTORA **INTERPONE RECURSO DE APELACIÓN**, el cual sustentará dentro del término.

LA PARTE DEMANDADA: Sin recursos.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se da por terminada y se firma por quienes en ella intervinieron.

FIRMAS,

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

JHON JAIRO CABEZAS GUTIÉRREZ
Apoderado Demandante

KATHERINE JOHANA LUGO CAMACHO
Apoderado parte demandada

YUDI ALEXANDRA PÁEZ CARRILLO
Oficial Mayor

