



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

19 DIC. 2018

^ Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Radicado: 110013335-017-2017-00336  
Demandante: GABRIEL ENRIQUE FERRO MORENO  
Demandado: UGPP  
Tema: Reliquidación pensional – Régimen de Transición Ley 33 de 1985  
Sentencia:

De conformidad con lo señalado en audiencia inicial de fecha 3 de diciembre 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 GABRIEL ENRIQUE FERRO MORENO actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, mediante escrito radicado 9 de octubre de 2017 (f.78), elevó demanda ante esta jurisdicción solicitando las siguientes:

#### PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Las pretensiones se concretan a lo siguiente:

1. Que se declare nulidad de la Resolución 017090 del 13 de julio de 2005, por la cual reconoció la pensión de jubilación del actor, de la Resolución RDP 022924 del 31 de mayo de 2017, que negó la reliquidación y la nulidad de la Resolución RDP 031362 del 4 de agosto de 2017 que confirmó la anterior decisión.
2. Como consecuencia de las anteriores declaraciones a título de restablecimiento, condenar a UGPP a reliquidar la pensión de la accionante con el 75% de todos los factores salariales devengados en los últimos seis meses anteriores al retiro del servicio, tales como sueldo básico, subsidio de alimentación, prima de vacaciones, prima de servicios, bonificación por servicios y prima de navidad, de conformidad con lo establecido en el régimen especial contemplado en el Decreto 929 de 1976, reajustando la primera mesada desde 1990 a 2004, con el índice de precios al consumidor.
3. Se ordene que el pago de las diferencias entre lo que se ha venido cancelando y lo que se adeude, debidamente actualizadas conforme al I.P.C.
4. Se ordene a la entidad demandada a pagar los intereses moratorios causados desde el 9 de septiembre de 2004, en consideración a lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
5. Ordenar que la entidad demanda de cumplimiento al fallo en los términos establecidos en el artículo 192 del CPACA, y el pago de intereses moratorios desde la fecha de ejecutoria de la sentencia.
6. Condenar en costas a la entidad demandada.

**NORMAS VIOLADAS**, la demandante invocó los artículos 2, 13, 25, 53, 58 Y 209 de la Constitución Política, artículos 97, 138, 187, 188, 191 de la Ley 1437 de 2011, artículos 7 y 17 del Decreto 929 de

1976, artículo 40 del Decreto 420 de 1978, Decreto 3135 de 1968, artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, artículo 36 de la Ley 100 de 1993, acto legislativo 01 de 2005.

**CONCEPTO DE VIOLACIÓN:** El demandante indicó que es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el régimen especial establecido en el Decreto 929 de 1976 que cobija a los funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República, por lo que se respeta la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, en consecuencia la pensión de jubilación deberá ser calculada con el 75% de lo devengado por todo concepto en el último semestre, para el efecto cita jurisprudencia del Consejo de Estado (f 64-73).

### **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 cuanto si bien el demandante se encuentra cobijado por el Decreto 929 de 1976 por haber prestado sus servicios en la Contraloría General de la República, como lo ha sostenido la Corte Constitucional en sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, se le reconoció la pensión con el 75% del promedio de los salarios señalados en el Decreto 1158 de 1994. (Fl. 135 a 143).

### **AUDIENCIA INICIAL**

El 3 de diciembre 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 (f.149-151).

### **DEMANDANTE:**

Está debidamente probado que el demandante es beneficiario del régimen especial de los empleados de la Contraloría General de la República, entendiendo que esta normatividad es más beneficiosa a aquellos trabajadores que estuvieron trabajando a dicha entidad, que en el caso en concreto el demandante cotizo desde 1970 a 30 mayo de 1990 , antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, cumpliendo el status el 9 de septiembre de 2004, razón por la que es claro que está inmerso en el régimen de transición ya sea por edad o por tiempo de servicios, el cual busca proteger a los trabajadores del cambio legislativo, garantizando los derechos del régimen anterior.

Los actos administrativos atacados contienen un defecto sustantivo al aplicarle lo dispuesto en la Ley 33 de 19985, siendo que se debió aplicar el decreto 929 de 1976, normatividad que regía al momento y no debe ser la aplicada en su momento por Cajanal y posteriormente por la Ugpp, siendo que la misma norma en su artículo 1 respeta todos los regímenes especiales.

En los actos administrativos se observa una tercera situación legal, cuando indica que no le reconoce la pensión bajo el decreto 929, en razón a que el peticionario no se encontraba laborando en la Contraloría General de la República, en consecuencia que de acuerdo con el decreto no puede ser aplicable, dando una interpretación restrictiva al no comparar los hechos con la situación real que se adapta plenamente al régimen especial.

De igual manera se viola el principio de igualdad, por cuanto antes de ser proferidas las sentencias de la corte constitucional C-258/2013 y SU230 DE 2015, se aplicaba de manera integral los regímenes especiales , por lo que no se puede aplicar de manera desfavorable una jurisprudencia o una norma de manera retroactiva , máxime cuando había adquirido el derecho de manera integral, en concordancia con el artículo 53 de la CP, la no regresividad de la norma, el principio de favorabilidad y normas supranacionales como el Convenio 095 de la OIT y el artículo 26 del

Demandante: Gabriel Enrique Ferro Moreno

convenio interamericano de principios de economía, políticos y culturales que en los derechos humanos esta contemplado el respeto de todos los elementos que constituyen algo que ya ingreso en su patrimonio y no hay una norma posterior que el estado haya adoptado que justifique la normatividad que prevalece.

Conforme lo anterior, solicito al despacho que bajo las normas y jurisprudencia esbozadas despache favorablemente las pretensiones de la demanda.

### **DEMANDADO:**

Se ratificó en los argumentos esbozados en la contestación de la demanda.

### **SENTIDO DEL FALLO**

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

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1.- Tesis del demandante**

El apoderado de la parte actora consideró que el señor Gabriel Enrique Ferro Moreno, por ser beneficiario del régimen de transición, se le debe reliquidar su pensión de jubilación, teniendo en cuenta el 75% de los factores salariales devengados en los últimos 6 meses anteriores al retiro del servicio, en aplicación del régimen especial contemplado en el Decreto 929 de 1976, para los funcionarios de la Contraloría General de la República.

### **2.- Tesis del demandado**

La entidad accionada mediante escrito visible a folios 135 a 143 del plenario allega escrito de contestación de demanda y manifiesta que se opone a la totalidad de las pretensiones plasmadas por cuanto si bien el demandante se encuentra cobijado por el Decreto 929 de 1976 por haber prestado sus servicios en la Contraloría General de la República, como lo ha sostenido la Corte Constitucional en sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, se le reconoció la pensión con el 75% del promedio de los salarios señalados en el Decreto 1158 de 1994.

### **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 los últimos 6 meses anteriores al retiro del servicio, en aplicación del régimen especial contemplado en el Decreto 929 de 1976, para los funcionarios de la Contraloría General de la República, por ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

### **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, la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por la Sala Plena del

Consejo de Estado<sup>1</sup>, el valor asignado al precedente constitucional en nuestro sistema jurídico, el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia de nuestra autoridad de cierre conforme con el artículo 237 ordinal 1 de la C.P. ha conllevado a este despacho a replantear dicha posición.

Es dable destacar que no se ha demostrado que en este caso existían razones jurídicas o fácticas que obliguen al juzgado a apartarse del precedente vertical<sup>2</sup> porque, por ejemplo, (i) concurren hechos o elementos normativos o doctrinarios relevantes, no valorados por el juez superior en su momento, que alteran la admisibilidad del precedente para el nuevo caso; (ii) la Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunciaron de manera contraria a la interpretación del superior jerárquico; u (iii) ocurrieron cambios normativos que hicieron incompatible el precedente con el nuevo ordenamiento jurídico<sup>3</sup>.

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**<sup>4</sup>...”

Siguiendo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por el constituyente en el acto legislativo 01 de 2005, por los principios de eficiencia del sistema de seguridad social, correspondencia entre o cotizado y lo liquidado y el alcance y significado del régimen de transición, **la interpretación constitucionalmente admisible para el caso concreto es aquella según la cual el régimen de transición**<sup>5</sup> permite que la edad para

---

<sup>1</sup> Expediente 52001233300020120014301 Ponencia Dr. Cesar Palomino Cortes.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencias T-698 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes y T-934 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

<sup>4</sup> **SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH** Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil diecisiete (2017). **Radicación número: 50001-23-31-000-2004-10421-01(37245) Actor: ALEXANDER OLAYA GUTIÉRREZ Y OTROS Demandado: NACIÓN-RAMA JUDICIAL**

<sup>5</sup> **“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.*

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. Y las demás condiciones y requisitos aplicables para obtener tal derecho son los contenidos con las disposiciones de la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

## HECHOS PROBADOS

En el expediente se encuentran probados los siguientes hechos:

- Mediante Resolución No. 17090 de 13 de julio de 2005, se reconoció la pensión de vejez del actor, liquidándola con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, conforme la Ley 33 de 1985, incluyendo como factores salariales la asignación básica y la bonificación por servicios (f 3-5)
- Mediante petición del 06 de marzo de 2017, el actor solicitó la reliquidación de la pensión de vejez, con inclusión de todos los factores devengados en los últimos 6 meses anteriores al retiro del servicio, conforme al régimen especial de los empleados de la Contraloría General de la Republica establecido en el Decreto 929 de 1976 (f 16-22).
- Mediante Resolución No. RDP 022924 de 31 de mayo de 2017, se negó la reliquidación de la pensión de vejez del demandante, indicando que se le respeto la edad, tiempo y monto del régimen especial establecido en el Decreto 929 de 1976, pero en cuanto la liquidación se debe tener en cuenta lo señalado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales del Decreto 1158 de 1994 (f 6-7).
- Frente a lo anterior, el actor presentó recurso de apelación del 13 de junio de 2017, contra la Resolución No. RDP 022924 de 31 de mayo de 2017 (f 23-30)
- Mediante Resolución No. RDP 031362 de 4 de agosto de 2017, se resolvió el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante, confirmando la anterior decisión (f 9-11).
- Según certificación obrante a folio 13-14, se constata los factores salariales devengados por el demandante en el periodo comprendido de 1970 a 1990.
- Según certificación de sueldos, salarios y prestaciones sociales, el actor devengó en el periodo del del 1° de diciembre de 1989 al 30 de mayo de 1990, los factores de sueldo, auxilio de alimentación, bonificación por servicios, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad (f 15)

## El régimen de transición creado bajo el amparo de la Ley 100 de 1993-Corte Constitucional.

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.

---

*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."*

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.”*<sup>6</sup>

El régimen de transición<sup>7</sup> 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.

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**

<sup>6</sup> Sentencia C-789 de 2002.

<sup>7</sup> “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.”*

**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.<sup>8</sup>

Conforme a ello<sup>9</sup>, 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 vinculante es aplicar la figura del IBL bajo los estándares del sistema general de seguridad social.

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 (...)"

---

<sup>8</sup> Corte Constitucional auto 229 del 10 de mayo de 2017 Y, "...Justamente, por considerar que el IBL previsto en el artículo 36-3 de la Ley 100 de 1993, era aplicable a los beneficiarios del régimen de transición, fue que este Tribunal declaró inconstitucional aquellas expresiones que establecían un trato discriminatorio para la población afiliada del sector privado. En efecto, la Corte encontró "irrazonable e injustificada, para efectos de la liquidación de la pensión de vejez entre los trabajadores del sector privado, y los del sector público, pues mientras para los primeros se toma como base el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años de servicios, para los segundos, tal promedio se calcula solamente sobre lo devengado en el último año, desigualdad que contraría el artículo 13 del Estatuto Superior y es, bajo esta lógica, que el caso examinado en sede de tutela por la Sala Sexta de Revisión desconoció la cosa juzgada, en la medida que el problema jurídico giró en torno a la categorización del IBL como un factor de orden transicional, bajo las mismas circunstancias normativas y razones cuestionadas en aquella oportunidad..."

<sup>9</sup> Aparte de la sentencia SU 395 DE 2017

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

### **Obligatoriedad del precedente constitucional.**

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

*“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.

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

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

*la enumeración de materias a las que se impone el acatamiento del precedente judicial no es taxativa, ya que (a) en principio, todas las autoridades administrativas deben acatar como regla general el precedente judicial de las Altas Cortes; (b) la norma hace referencia a algunas materias especialmente neurálgicas para el tema de la congestión judicial; (c) por tanto la norma no excluye la obligación de las autoridades administrativas de*

*respetar el precedente judicial en otras materias o asuntos administrativos; y (d) finalmente, el propio Legislador, en la medida en que lo considere necesario y conveniente, podrá ir extendiendo esta obligación a otras cuestiones, conforme a la teoría del derecho viviente.*

Posteriormente, la sentencia C- 816 del 2011 sobre la constitucionalidad del artículo 102 de la Ley 1437 del 2011 conforme el cual se regula “La extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades”. Según los accionantes se debe declarar la 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 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.** <sup>10</sup>

“...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”*<sup>11</sup>.

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

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

11.3. En efecto, vale la pena recordar que, como lo ha explicado la Corte Constitucional en múltiples oportunidades, si bien el artículo 230 de la Constitución Política establece que *“^[/]os jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley”* y que la jurisprudencia sólo

---

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> Corte Constitucional, sentencia C-588 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo.

<sup>12</sup> El artículo 29 de la Constitución Política señala expresamente que *“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa...”*.

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

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*”<sup>14</sup> y, además, sólo se comprende bajo la égida de dos garantías primordiales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección de trato por parte de las autoridades<sup>15</sup>. 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*<sup>16</sup>.

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*”<sup>17</sup> 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*”<sup>18</sup>, máxime cuando ha sido fijado expresamente con el objetivo de unificar jurisprudencia por las autoridades judiciales con facultades para ello, esto es, por los órganos de cierre de las respectivas jurisdicciones<sup>19</sup>.

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

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

---

<sup>14</sup> C-539 de 2011.

<sup>15</sup> C-836 de 2001.

<sup>16</sup> C- 284 del 2015.

<sup>17</sup> T-360 de 2014.

<sup>18</sup> T-446 de 2013.

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

*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.*<sup>20</sup>

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

### **Efectos retroactivos del cambio jurisprudencial**<sup>23</sup>

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

---

<sup>20</sup> *Ibidem*

<sup>21</sup> 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.

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

<sup>23</sup> *ibidem*

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.

### **Régimen especial de los funcionarios de la Contraloría General de la Republica.**

El Decreto 929 de 1976, "Por el cual se establece el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República y sus familiares", preceptuó:

*"Artículo 7. Los funcionarios y empleados de la Contraloría General tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y 50 si son mujeres, y cumplir 20 años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto, de los cuales por lo menos diez lo hayan sido exclusivamente a la Contraloría General de la República a una pensión ordinaria*

*vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre”.*

De la norma trascrita, se identifica que los funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República tendrían derecho a que se les reconozca una pensión de jubilación en un 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre una vez cumplan los requisitos de **i)** edad (55 años hombres y 50 años mujeres) y **ii)** tiempo de servicios (20 de años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de dicho Decreto y que por lo menos 10 los hayan sido a la Contraloría General de la República.

Posteriormente, se expidió el Decreto Ley 720 de 1978, aplicable a los servidores de la Contraloría General de la República, que señala los emolumentos que constituyen factor salarial así:

*“Artículo 40.- DE OTROS FACTORES DE SALARIO. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos y del valor del trabajo suplementario o del realizado en días de descanso obligatorio, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios. Son factores de salario: a). Los gastos de representación. b). La bonificación por servicios prestados. c). La prima técnica d). La prima de servicio anual e). Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión de servicio”.*

Como se puede observar, la norma trascrita enuncio de manera general los factores que conforman el ingreso base de liquidación de las pensiones de los trabajadores de la Contraloría General de la Republica, pero adicionalmente precisó que *“constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios”*, por lo que se hace necesario identificar lo demás factores considerados como salario y aplicable para los empleados y funcionarios de la Contraloría General de la Republica.

Para lo pertinente, se trae a colación el artículo 17 del Decreto 929 de 1976, que menciona que cuando no se oponga el texto y finalidad de dicho Decreto, las disposiciones del Decreto 3135 de 1968 y normas que lo modifican y adicionan, serán aplicables a los empleados de la Contraloría General de la República.

Siendo así, en estos casos se debía aplicar lo preceptuado en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma posterior, de carácter general, que determina los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar la cesantía y la pensión de jubilación, por no haber norma expresa en el régimen especial, con el siguiente tenor:

*«Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:*

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;*
- c) Los dominicales y feriados; d) Las horas extras;*
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;*
- f) La prima de navidad;*
- g) La bonificación por servicios prestados;*
- h) La prima de servicios;*
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;*
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;*

k) La prima de vacaciones;

l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;

ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del art. 38 del decreto 3130 de 1968.”

Ahora bien, debe precisarse que los funcionarios de la rama ejecutiva, nacional, departamental, municipal, a los servidores públicos del Congreso, a la rama judicial, Ministerio Público, Fiscalía, Organización Electoral y de la **Contraloría General de la República** fueron incorporados al Sistema General de Pensiones, regido por la ley 100 de 1993, a partir del Decreto 691 de 1994, para ellos la vigencia comenzó a regir, en el orden nacional, el 1º de abril de 1994.

Sin embargo, el Decreto 691 de 1994 consagró igualmente un régimen de transición, que por lo tanto se torna inalterable: "Artículo 4º. Los servidores públicos que seleccionen el régimen de prima media con prestación definida, estarán sujetos al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y demás disposiciones que lo reglamentan".

Es así, que de las consideraciones esbozadas se tiene que al caso concreto es aplicable los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo expuso la H. Corte Constitucional en la Sentencia SU395 del 22 de junio de 2017, que al respecto dijo:

*“En primer lugar, tal como se advertía en el capítulo anterior sobre el alcance del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la Caja Nacional de Previsión Social - Cajanal E.I.C.E.- **acertadamente se rigió para el reconocimiento y pago de las pensiones de las demandantes en los casos bajo estudio, por la citada Ley y su régimen de transición, que mantuvo (i) el tiempo de servicios, (ii) la edad y (iii) el monto de la pensión del régimen anterior; por ello, aplicó el Decreto 929 de 1976 en esos aspectos, pero no para los factores salariales, porque le correspondía lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios, señalados específicamente en el Decreto 1158 de 1994.***

*Sin embargo, en las sentencias objeto de acción de tutela se interpretó que los factores salariales deben ser los consagrados en el régimen anterior, en cuanto que las demandantes son beneficiarias del régimen de transición. Es decir, se concluyó, sin más, que el monto de la pensión al que se refiere el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no significa únicamente la tasa de reemplazo, sino que también incluye el ingreso base de liquidación en sí mismo considerado y los factores salariales -y demás elementos constitutivos de la liquidación pensional-.*

*De esta suerte, concluyeron que a las demandantes se les debía reconocer una pensión equivalente (i) al 75% (tasa de reemplazo establecida en el art. 7 del Decreto 929 de 1976) (ii) del promedio de los salarios devengados durante el último semestre de servicios (IBL señalado en ese mismo precepto), (iii) incluyendo los factores salariales enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, por así autorizarlo el artículo 17 del Decreto 929 de 1976, que hizo extensivas las disposiciones del Decreto 3135 de 1968 y las normas que lo modifican y adicionan a los empleados de la Contraloría General de la República, en cuanto no se opongan a dicho decreto ni a su finalidad. Igualmente, se dio aplicación al caso del artículo 40 del Decreto 720 de 1978, que establece factores adicionales de salario, ordenamiento este último destinado a los servidores del ente fiscal.*

***Frente a esta conclusión, se advierte, al rompe, un defecto sustantivo por interpretación contraria a lo expresamente establecido por el legislador en los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como por desconocimiento de las sentencias de constitucionalidad con efecto erga omnes C-168 de 1995 y C-258 de 2013.”** (Negrilla y subrayado por el Despacho)*

## Interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993-Consejo de Estado.

La Sala Plena del H Consejo de Estado en reciente sentencia Unificación, con ponencia del doctor Cesar Palomino Cortés<sup>24</sup>, dispuso el criterio sobre la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sentó la siguiente regla jurisprudencial:

***“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.***

Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para de liquidar el IBL, el Consejo de Estado fijó las siguientes subreglas:

**La primera subregla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

La Sala Plena considero importante precisar que la regla establecida en la Sentencia de Unificación, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989<sup>25</sup>. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.

**La segunda subregla** es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

---

<sup>24</sup> Sentencia del 28 de agosto de 2018 de la Sala de los Contencioso Administrativo Consejo de Estado, **Expediente:** 52001-23-33-000-2012-00143-01, **Demandante:** Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro, **Demandado:** Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. en liquidación

<sup>25</sup> Ley 100 de 1993. “Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]”.

El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”. El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como “[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”.

La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

Finalmente, la Sala Plena del Consejo de Estado culmina diciendo que con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.

#### **Indexación de la primera mesada pensional.**

Respecto de la indexación de la primera mesada pensional se debe señalar que no existe una norma expresa que la consagre; sin embargo, la jurisprudencia ha desarrollado el tema con base en los principios constitucionales previstos en los artículos 48, 53 y 230 de la Constitución Política, bajo los criterios de equidad y justicia, en el entendido que el administrado no debe soportar las consecuencias negativas de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda al recibir sumas de dinero desvalorizadas<sup>26</sup>.

Pues bien, en economías cambiantes como la de nuestro país es inevitable que el fenómeno de la inflación genere pérdida del poder adquisitivo de la moneda, lo que significa que el valor de la moneda con el paso del tiempo se devalúa y corresponde a uno nuevo, lo que lleva, entre otros, a la pérdida del poder adquisitivo de las pensiones.

En el Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993 no existe norma expresa que establezca la actualización del ingreso base de liquidación pensional diferente al reajuste anual de las mesadas ya reconocidas en los términos del artículo referenciado.<sup>27</sup>

Del mismo modo ocurre con la normatividad que rige la pensión gracia, en tanto que las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y 91 de 1989, así como el Decreto 081 de 1976, establecen los requisitos y el procedimiento para su reconocimiento, pero no contemplaron la indexación del ingreso base de liquidación – IBL utilizado para determinar su cuantía.

Es así, que la jurisprudencia de las Altas Cortes ha realizado diferentes pronunciamientos jurisprudenciales al respecto.

La H Corte Constitucional en Sentencia SU1073/12, se encargó de unificar los criterios relacionados con el derecho a indexar la primera mesada pensional sobre los causados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, disponiendo que:

*“2.6.1. El derecho a la indexación de la primera mesada pensional es predicable de todas las categorías de pensionados, y por tanto, resulta vulneratorio de los principios constitucionales que informan la seguridad social y el derecho laboral negar su procedencia a aquellos que adquirieron el derecho con anterioridad a la Constitución de 1991, pero cuyos efectos irradian situaciones posteriores.*

*2.6.2. La garantía de indexación no sólo fue reconocida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, con anterioridad de la expedición de la Carta, sino que en la Constitución de 1991 se constitucionaliza en los artículos 48 y 53.*

*2.6.3. Además, también tiene sustento en el principio de favorabilidad laboral contenido en el artículo 53 Superior. Este principio obliga a las autoridades judiciales, incluyendo las Altas Cortes, a elegir, en caso de duda, por la interpretación que más favorezca al*

<sup>26</sup> “(...) Las sumas devengadas por el actor en el año 1992 (cuando se produjo el retiro del servicio) no se actualizaron a la fecha de reconocimiento de la pensión de jubilación quedando, en consecuencia, afectadas por el hecho notorio de la inflación de la moneda nacional. Sin embargo, encuentra la Sala que dicha actualización sí se realizó, con base en el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, a los promedios salariales de otros servidores de la misma entidad, tal y como consta a folios 5 a 20 del expediente, sin que la demandada justificara la omisión, en este caso, de aplicar el I.P.C. a la primera mesada pensional del demandante. En lo que tiene que ver con la indexación de la primera mesada pensional, estima la Sala que si bien no existe norma expresa que la consagre, la jurisprudencia ha desarrollado, con base en principios n en la que bajo criterios de justicia y equidad determina que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y el fenómeno inflacionario son hechos notorios y, por tanto, el trabajador no tiene por qué soportar las consecuencias negativas de dicha situación al tener que recibir al momento de pensionarse sumas de dinero desvalorizadas que no van en armonía con el valor real del salario que devengaba cuando prestaba sus servicios (...)” CONSEJO DE ESTADO, Radicado interno 0504 - 09, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>27</sup> «Artículo 14. Reajuste de Pensiones. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incrementa dicho salario por el Gobierno. (...)»

*trabajador. En el caso de la indexación, no es otra que su reconocimiento universal, inclusive de las personas que adquirieron su derecho con anterioridad a la Constitución de 1991, por cuanto el fenómeno inflacionario afecta a todos por igual.*

*2.6.4. El reconocimiento a la indexación de la primera mesada pensional también es un desarrollo del principio del Estado Social de Derecho y una garantía que desarrolla los artículos 13 y 46, que prescriben la especial protección constitucional a las personas de la tercera edad, y el derecho al mínimo vital.”*

Igualmente dispuso que el derecho fundamental a la indexación de la primera mesada es un derecho fundamental imprescriptible:

*“En cuanto a la imprescriptibilidad del derecho a la indexación de la primera mesada pensional y su relación con el requisito de la inmediatez, señaló la Corte Constitucional en Sentencia T-042 de 2011 que la negativa a su reconocimiento “(...) puede originar la vulneración, amenaza o desconocimiento de un derecho que implica una prestación periódica, por lo que su afectación, en caso de presentarse alguna, se habría mantenido durante todo el tiempo, siendo soportada incluso hoy en día por los extrabajadores y ahora pensionados de la accionada. Son estas las razones que llevan a la Sala a concluir que la vulneración señalada, en caso de presentarse, tiene un carácter de actualidad, lo que confirma que en esta específica situación se cumple con el requisito de la inmediatez y, por consiguiente, se satisfacen los presupuestos exigidos para declarar procedente la acción.”*

*En este sentido, se debe entender que los casos objeto de análisis de la presente providencia, cumplen con este requisito general de procedibilidad de la acción de tutela, puesto que todos los accionantes tienen una pensión de vejez reconocida, y están viendo negado su derecho a la indexación de su primera mesada pensional. Es así como, tratándose de un derecho fundamental imprescriptible, y habiendo cumplido los accionantes con el requisito de acudir previamente a la jurisdicción ordinaria, no entrará a analizar la Corte el tiempo transcurrido entre las decisiones que negaron el derecho a la indexación y la presentación de la acción de tutela por parte de los accionantes, pues en este caso se debe entender que la afectación al derecho fundamental tiene un carácter de actualidad.”*

Por su parte, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL2515-2017 del 15 de febrero de 2017, mediante la cual resolvió un recurso extraordinario de casación, consideró sobre el asunto lo siguiente:

*“Cabe aclarar que el criterio adocetrinado de la Sala, consistente en que toda pensión, ya sea legal, convencional, voluntaria o extralegal, es susceptible de ser indexada en su base salarial con el fin de establecer el monto de la primera mesada, causada antes o después de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no está basado exclusivamente en la sentencia de constitucionalidad C-862 de 2006 que refiere el recurrente, pues en esencia se fundamenta, en los mandatos de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, que imponen mantener el poder adquisitivo constante de las pensiones.*

*En efecto, esta Sala de Casación mediante la sentencia CSJ SL736-2013, luego de efectuar un recuento jurisprudencial acerca de la figura de la indexación, concluyó: (i) que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; (ii) que al no existir prohibición expresa alguna por parte del legislador, de indexar la primera mesada causada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no hay cabida para hacer discriminaciones fundadas en la naturaleza de la prestación o en la fecha de su reconocimiento y (iii) que cualquier*

*diferenciación al respecto, resulta injusta y contraria al principio de igualdad.*

*De suerte que, para los fines de hallar el verdadero poder adquisitivo de la primigenia mesada pensional, la vigencia de la disposición legal con que se liquidó y calculó la pensión de jubilación del demandante, para el caso el Decreto 2701 de 1988, no tiene la transcendencia que le imprime el censor, si se tiene en cuenta que lo que persigue -la indexación-, no es aumentar o incrementar el ingreso base de liquidación de la prestación pensional, sino mantener su valor real.”*

En el mismo sentido, en sentencia SL2146-2017 del 8 de febrero de 2017, precisó:

*“(…) Así las cosas, la nueva tesis de esta Sala, sostiene que resulta viable la actualización del salario que sirve de base para calcular el monto inicial de la mesada pensional, incluso respecto de aquellas jubilaciones causadas con anterioridad al 7 de julio de 1991 y su respaldo, se finca en la existencia de otros parámetros, igualmente válidos, como lo son la equidad, la justicia y los principios generales del derecho, que gozan de fuerza normativa, en los términos de los artículos 8 de la Ley 153 de 1887 y 19 del Código Sustantivo del Trabajo.*

*En efecto, en la aludida sentencia, la Sala asentó su nuevo criterio en los siguientes términos:*

*“[…]*

*Todo lo anterior conlleva a que la Sala reconsidere su orientación y retome su jurisprudencia, desarrollada con anterioridad a 1999, y acepte que la indexación procede respecto de todo tipo de pensiones, causadas aún con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991”.*

*Así las cosas, al margen de que la pensión reconocida a Tafur Salas haya sido causada antes o después de la vigencia de la Constitución Política de 1991, resultaba procedente la indexación del ingreso base de liquidación de la prestación. En esa medida, el Tribunal cometió el yerro jurídico endilgado y por ende se casará la decisión”.*

Finalmente, el órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativo, en providencia del 10 de julio de 2014<sup>28</sup> proferida por la Sección Segunda, Subsección B, expuso sobre el asunto lo siguiente:

*“II. De la indexación del ingreso base de liquidación de una prestación pensional gracia.*

*(…)*

*Bajo estos supuestos, resulta evidente el vacío normativo existente en relación con la indexación del ingreso base de liquidación de una prestación pensional razón por la cual, la jurisprudencia de esta Corporación con base en principios constitucionales, en especial, los previstos en los artículos 48, 53 y 230, ha establecido que bajo criterios de justicia y equidad la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y el fenómeno inflacionario son hechos notorios los cuales el trabajador no está obligado a soportar.*

*La Sala considera que ante el vacío normativo existente en relación con la indexación del ingreso base de liquidación de una prestación pensional y, las consecuencias negativas derivadas de tal circunstancia, concretadas en el hecho de que un servidor tenga que percibir*

<sup>28</sup> C. P. Gerardo Arenas Monsalve, radicación 1767-2014.

*al momento de pensionarse, por concepto de mesada, una suma de dinero devaluada que no guarde una equivalencia o correspondencia con el valor real del salario que devengada cuando prestaba sus servicios, resulta pertinente y necesario ordenar el reajuste del ingreso base de liquidación en atención al carácter especialísimo de que goza una prestación pensional y al principio de equidad que gobierna el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.”*

La anterior, tesis ha sido reiterada de manera pacífica por el H. Consejo de Estado, es así que en reciente sentencia del 16 de agosto de 2018, con Ponencia del doctor Cesar Palomino Cortés, radicado 17001-23-33-000-2013-00051-01(4694-13), expuso:

*“la Sala reitera en esta oportunidad la tesis constante de la jurisprudencia, para decir, que ante la existencia de un vacío normativo frente a la indexación del ingreso base de liquidación de una prestación pensional y las consecuencias negativas que esto genera, esto es, el hecho de que un servidor tenga que percibir al momento de pensionarse una suma de dinero devaluada que no guarde una equivalencia o correspondencia con el valor real del salario que devengada cuando prestaba sus servicios, resulta pertinente y necesario, que se realice el reajuste del ingreso base de liquidación en atención al carácter especialísimo de que goza una prestación pensional y al principio de equidad que gobierna el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones”.*

Es así como, que de acuerdo con la ley y la jurisprudencia resulta procedente la indexación de la primera mesada pensional desde la fecha de retiro hasta cuando adquirió el estatus pensional, cuando hubiere transcurrido un lapso importante de tiempo, lo cual hace suponer una pérdida significativa del poder adquisitivo de la pensión.

#### **Caso concreto**

Con base en la línea que al respecto ha señalado la H. Corte Constitucional en sentencias C-258 de 2013, SU 230 de 2015, SU 427 de 2016, SU 210 de 2017 y SU 395 de 2017 y ahora, la sentencia unificada por la Sala Plena del Consejo de estado del 28 de agosto de 2018 Expediente 52001233300020120014301 con ponencia Dr. Cesar Palomino Cortes , se evidencia un cambio de jurisprudencia hasta entonces vigente sobre la interpretación de los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, en razón al desconocimiento de la sentencia C-168 de 1995, al entender que la expresión “monto de la pensión” 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 y del Consejo de Estado<sup>29</sup> .

---

<sup>29</sup> 115. La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

116. Para la Sala, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

117. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta Sentencia de Unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda

Demandante: Gabriel Enrique Ferro Moreno

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

Por consiguiente, para los referidos efectos resulta indispensable remitirse a lo que dispone el artículo 18 de la Ley de Seguridad Social en cuanto define que el salario mensual base de cotización para los servidores del sector público será el que se señale la Ley 4ª de 1992 y el Decreto reglamentario 1158 de 1994<sup>30</sup> el cual dispone:

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

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

De las pruebas allegadas al expediente se tiene que el señor Gabriel Enrique Ferro Moreno nació el 9 de septiembre de 1949<sup>31</sup>, por lo que al 1 de abril de 1994 contaba con más de 45 años de edad, encontrándose cobijada dentro del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

En el caso examinado se tiene que a la demandante se le había reconocido pensión de jubilación por medio de la Resolución 17090 del 13 de julio de 2005 y la liquidación respectiva se efectuó con el 75% del promedio de lo devengado sobre promedio de lo devengado en el último año, conforme con el artículo 36 de la ley 100 de 1994 y la Ley 33 de 1985, folio 3-5.

Por ello, la demandante presentó solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación el 6 de marzo de 2017, con inclusión de todos los factores devengados en el semestre anterior al retiro del servicio conforme el Decreto 929 de 1976. La entidad negó dicha reliquidación mediante la Resolución RDP 022924 del 31 de mayo de 2017, indicando que al demandante se le respeta el régimen especial del Decreto 929 de 1976, con relación a la edad, tiempo y monto, pero en cuanto a la forma de liquidar se tuvo en cuenta lo establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por haber adquirido el status en vigencia de esta norma.

Contra el anterior acto administrativo interpone recurso de apelación solicitando nuevamente la

---

del Consejo de Estado, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada.

<sup>30</sup> Por el cual se modifica el artículo 6o del Decreto 691 de 1994.

<sup>31</sup> Folio 3

reliquidación con inclusión de todos los factores devengados en el semestre anterior al retiro del servicio conforme el Decreto 929 de 1976, para lo cual la entidad demandada profirió la Resolución RPD 031362 del 4 de agosto 2017 confirmando su decisión.

Se observa entonces, que la parte demandante solicita tanto en sede administrativa como en sede judicial que se le incluya de todos los factores devengados en el semestre anterior al retiro del servicio conforme el Decreto 929 de 1976, es decir, con fundamento en la normatividad anterior a la ley 100 de 1993.

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 Gabriel Enrique Ferro Moreno 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, esto es, edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, que para el caso era el Decreto 929 de 1976 y el ingreso base de liquidación del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

En el presente caso se observa que la entidad demandada reconoció la pensión de jubilación a la parte actora, aplicando lo establecido en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 en cuanto a la edad, tiempo de servicios y el monto del 75% de lo devengado en el último año de servicios. Conforme con las normas aplicables al caso y al criterio fijado por la H. Corte Constitucional y por el H. Consejo de Estado, el cual es acogido por este Despacho, es procedente negar las pretensiones de la demanda por favorabilidad. En consecuencia, los actos administrativos acusados conservan su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que los amparaba.

El ingreso base de liquidación pensional de los beneficiarios de la transición, no se rigen por el régimen anterior, y ello, no vulnera el principio de inescindibilidad de la ley porque es en virtud de sus propios mandatos que el cálculo debe hacerse en esa forma.

Finalmente, frente a la **indexación de la primera mesada pensional**, se tiene que entre la fecha de retiro (25 de mayo de 1990) y la fecha de causación del derecho pensional (9 de septiembre de 2004)<sup>32</sup> habían transcurrido un lapso importante de tiempo, cerca de cuatro (04) años, lo cual hace suponer una pérdida significativa del poder adquisitivo del salario.

Frente a lo anterior, advierte el despacho que revisada la Resolución 17090 de 2004, se evidencia que la entidad demandada procedió a realizar la correspondiente actualización de la mesada pensional conforme al índice de precios al consumidor en el periodo comprendido de 1993 a 2004, razón por la cual no se accederá a dicha indexación.

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

Así también el numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *“Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que*

---

<sup>32</sup> Folio 3

*establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas....”.*

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

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso<sup>33</sup>, 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 Estado<sup>34</sup> ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

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

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

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

*Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (regla nro. 1, 2, 4 y 5) <<“debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”>><sup>35</sup>.*

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se han comprobado las mismas.

<sup>33</sup> Cfr La sentencia C-157/13 M.P Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> Cfr las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nros. 20616 y 20389, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.

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

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

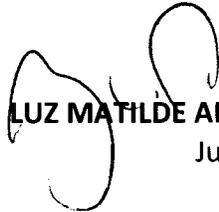
**PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda** de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

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

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

**CUARTO:** Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA.

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**LUZ MATILDE ADAIME CABRERA**  
Juez

JAG