



Consejo Superior
de la Judicatura

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL
DE TUNJA**

Carrera 11 N° 17-53 Piso 4

JUEZ: ADRIANA ROCÍO LIMAS SUÁREZ

Tunja, veintitrés (23) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

Radicación No. 15001-33-33-007-2017-00140-00
Demandante: GLORIA PINILLA SOTELO
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

Agotados los trámites de ley, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del asunto de la referencia, en los siguientes términos:

I. SÍNTESIS DE LA DEMANDA.

1.1. Pretensiones¹:

La señora **GLORIA PINILLA SOTELO**, actuando por conducto de apoderado legalmente constituido para el efecto, acude ante esta jurisdicción en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., en procura de obtener el examen de legalidad de los siguientes actos administrativos, a saber:

- Resolución No. GNR 395772 de 7 de diciembre de 2015, por medio de la cual, el Gerente Nacional de Reconocimiento de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, reconoció la pensión de vejez a la interesada, sin la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios anterior.
- Resolución No. GNR 44260 de 10 de febrero de 2016, por medio de la cual, el Gerente Nacional de Reconocimiento de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, resolvió un recurso de

¹ Fl. 2-3.

reposición en contra de la resolución GNR 395772 de 7 de diciembre de 2015 y confirma en todas y cada una de las partes la resolución recurrida.

- Resolución No. VPB 16674 del 12 de abril de 2016, por medio de la cual, el Vicepresidente de Beneficios y Prestaciones de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, resuelve el recurso de apelación, confirmando en cada una de las partes la Resolución No. GNR 395772 de 7 de diciembre de 2015.
- Resolución No. GNR 2889 del 06 de enero de 2017, por medio de la cual, el Gerente Nacional de Reconocimiento de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones -, ordenó incluir en nómina de pensionados a la interesada, liquidando la prestación de acuerdo a lo señalado en el decreto 1158 de 1994 y Ley 797 de 2003.
- Resolución No. DIR 1854 del 17 de marzo de 2017, por medio de la cual, el Director de Prestaciones económicas de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones -, resuelve el recurso de apelación y modifica la Resolución No. GNR 2889 de 06 de enero de 2017.

Concretamente solicita la declaratoria de nulidad de los actos acusados, y el consecuente restablecimiento del derecho, consistente en ordenar al ente demandado lo siguiente: (i) reliquidar y pagar su pensión de jubilación incluyendo dentro del ingreso base de liquidación, todos los factores salariales devengados durante su último año de servicios, anterior al retiro; (ii) reconocer y pagar las diferencias de las mesadas generadas a partir del nuevo valor de la mesada pensional, una vez efectuada la inclusión de la totalidad de los factores salariales percibidos desde la fecha de retiro del servicio hasta cuando se verifique la inclusión en nómina de la nueva mesada reconocida por la presente acción; (iii) dar estricto cumplimiento a la sentencia de conformidad a lo dispuesto en los artículos 189 y 192 CPACA; (iv) reconocer, liquidar y pagar los intereses de mora sobre las sumas adeudadas conforme lo establece el artículo 192 del CPACA; y (v) reconocer sobre las diferencias de las mesadas adeudadas, los ajustes de valor de dichas sumas, conforme al índice de precios del consumidor.

1.2. Fundamentos fácticos²:

Para sustentar sus pretensiones, el libelista relató las siguientes circunstancias:

- Que la demandante nació el día 09 de octubre de 1954.

² Fls. 4-7.

- Que la demandante prestó sus servicios como celador grado 10 al servicio de la Secretaria de Educación del Departamento de Boyacá a partir del día primero de mayo de 1974.
- Que la demandante a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, contaba con 39 años de edad y 1023 semanas cotizadas al servicio del estado y por ello le asiste al derecho a que se le aplique lo establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, el cual establece el régimen de transición.
- Que la demandante adquirió el status de pensionada el día 09 de octubre de 2009.
- Que la Resolución No. GNR 395772 de 7 de diciembre de 2015, reconoció la pensión de vejez a favor de la demandante liquidando la prestación teniendo en cuenta el promedio de los últimos 10 años actualizado anualmente con el IPC, así como los factores establecidos en el decreto 1158 de 1994.
- Que la Resolución No. GNR 44260 de 10 de febrero de 2016, resolvió un recurso de reposición, confirmando la resolución GNR 395772 de 7 de diciembre de 2015.
- Que la Resolución No. VPB 16674 del 12 de abril de 2016, resolvió un recurso de apelación, confirmando en cada una de las partes la Resolución No. GNR 395772 de 7 de diciembre de 2015.
- .- Que mediante Resolución No. 007760 de 31 de octubre de 2016, a la demandante le fue aceptada la renuncia al cargo que desempeñaba a partir del día 31 de diciembre de 2016.
- Que mediante Resolución No. GNR 2889 del 06 de enero de 2017, la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones -, ordenó incluir en nómina de pensionados a la interesada, liquidando la prestación de acuerdo a lo señalado en el decreto 1158 de 1994 y Ley 797 de 2003.
- Que mediante Resolución No. DIR 1854 del 17 de marzo de 2017, la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, resolvió el recurso de apelación, confirmando en cada una de sus partes la Resolución No. GNR 132488 de 03 de mayo de 2016, tomando como argumentos lo señalado en las sentencias C-259 de 2013 y SU-230 de 2015 emitidas por la Honorable Corte Constitucional y los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994.
- Que la demandante fue incluida en nómina de pensionados a partir del día 01 de enero de 2017.

1.3 Normas violadas, concepto de la violación y cargos de nulidad invocados³:

En la demanda se señala que los actos administrativos acusados se encuentran viciados de nulidad básicamente por infringir el régimen jurídico aplicable a la demandante.

En efecto, el libelista considera que al negar la reliquidación pensional bajo el argumento de que los factores a tener en cuenta son los enlistados en el Decreto 1158 de 1994, la administración desconoció que la demandante, en su condición de beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tiene derecho a que se le apliquen en su integridad las disposiciones contempladas en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, donde según su dicho se establece que para efectos de la liquidación pensional, deben tenerse en cuenta todos los factores salariales devengados durante su último año de servicios, entendiendo como tales todas aquellas sumas recibidas habitual y periódicamente recibidas por el trabajador como contraprestación del servicio, incluyendo las primas de vacaciones, navidad y de servicios, tal como lo ha señalado el Honorable Consejo de Estado, a partir de la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010, dentro del proceso con radicado interno No. 0112-09.

Resalta que el Consejo de Estado es el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, en consecuencia la jurisprudencia vinculante para resolver los conflictos cuya competencia le esta atribuida a esta jurisdicción, es aquella dictada por este tribunal de cierre dentro del marco de la interpretación que la Constitución y la Ley le confieren.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios, el día 31 de agosto de 2017 (Fl. 20. Vto.), siendo asignada a este Juzgado mediante acta individual de reparto de la misma fecha (fl.65). Posteriormente, mediante auto calendado 29 de septiembre de 2017 (Fls. 67-68), se dispuso su admisión, ordenando las notificaciones correspondientes. Luego, una vez surtidos los traslados respectivos, el Despacho, mediante auto proferido el 13 de abril de 2018 (Fl. 113), convocó a las partes para la práctica de la audiencia inicial, diligencia que se llevó a efecto el 24 de abril de 2018 (Fls. 117-121), decretándose las pruebas del proceso, en audiencia llevada a efecto el 20 de junio de 2018, se corrió traslado para alegar de conclusión por escrito (Fls. 195-197), finalmente mediante providencia de 6 de agosto de 2018, el despacho advirtió la necesidad de requerir la complementación del recaudo probatorio con el propósito de esclarecer puntos dudosos de la contienda de conformidad a lo establecido en el inciso 2 del artículo 213 del C.P.A.C.A (Fls. 204).

³ Fls. 14-17

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (Fis. 75-91)

A través de apoderado constituido para el efecto, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES – procedió a dar contestación a la demanda de la referencia, manifestando oponerse a la totalidad de las pretensiones, en virtud de los siguientes argumentos:

Manifiesta que el artículo 36 de la ley 100 de 1993 no tuvo en cuenta para la transición los aspectos relacionados con los factores salariales y el ingreso base de liquidación, pues se determinó que dichos aspectos se tendrían en cuenta conforme a lo estipulado en la ley 100 de 1993, ya que los únicos aspectos que si contempla el régimen de transición son los relacionados con el monto, semanas de cotización y edad del afiliado.

Indica que ya no es posible aplicar el IBL establecido en el régimen anterior, ni sus factores salariales de plano, ya que a la fecha se encuentra vigente la jurisprudencia de la corte constitucional C-258 de 2013, ratificada mediante sentencia SU-230 de 2015, en la cual la corte hace un análisis exhaustivo para determinar que tratándose de la determinación del ingreso base de liquidación para los beneficiarios del régimen de transición por extensión debe tomarse como base o fundamento legal el artículo 21 y 36 de la ley 100 de 1993, en razón de que el legislador al aprobar la normatividad en comento restringió las reglas del IBL con el fin de evitar la violación de principios que rigen la seguridad social.

Señala que al realizar el análisis del artículo 36 de la ley 100 de 1993, se comete un error de interpretación, ya que como lo manifiesta la corte en la sentencia citada, la ley 100 únicamente mantuvo el régimen de transición respecto de la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión, pero en virtud del principio del equilibrio del sistema y de los demás principios generales de la seguridad social establecidos en el artículo 48 de la constitución política, se restringió el tema relacionado con el IBL, pues al aplicar las normatividades anteriores respecto a este tema se violaría el derecho a la igualdad, equidad, solidaridad, pues se beneficiaría a unos pocos en contradicción a los derechos de los demás afiliados, generando derechos desproporcionados a quienes se les aplican las reglas del IBL establecidas en la ley 100.

Expone que no es dable tener en cuenta los factores salariales devengados el último año, debido a que, si bien cumple con lo establecido en la ley 33 de 1985, la doctrina constitucional en favor de los principios constitucionales ha determinado que el IBL y los factores salariales no hacen parte del régimen de transición, y adicional a ello no es posible el reconocimiento de la reliquidación de la prestación pensional conforme a lo establecido en la ley 33 de 1985 pues se debe seguir lo preceptuado por la Corte Constitucional bajo las sentencias c-258 de 2013 y su-230 de 2015.

Por último, formuló las excepciones de: **(i) Falta de integración del contradictorio o integración del litisconsorcio necesario:** Resalta que debe vincularse al Departamento de Boyacá para que en su condición de empleador del demandante, responda por los aportes pensionales dejados de realizar sobre los factores salariales cuya inclusión se solicita en la demanda. **(ii) Inexistencia del derecho y de la obligación:** Sustentada en que la demandante pese a ser beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, no le asiste derecho a la reliquidación pensional con base en la Ley 33 de 1985, pues tal como lo advirtió la Corte Constitucional en Sentencia C-258 de 2003 el IBL a aplicar es el contenido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993; **(iii) improcedencia del cobro de intereses moratorios:** plasma la improcedencia al no estar llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda; **(iv) improcedencia de indexación:** al no ser legal la reliquidación pretendida, es improcedente el pago indexado de diferencias pensionales a la demandante.; **(v) cobro de lo no debido** como quiera que no se logra acreditar que los factores salariales solicitados dentro de la demanda hayan sido efectivamente devengados por la demandante. **(vi) buena fe:** pues cada una de las actuaciones de la demandada está ajustada a los mandatos constitucionales, exenta de toda culpa **(vii) prescripción:** ante una eventual condena solicita dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1959 respecto de la prescripción trienal de mesadas **(viii) compensación o deducción de pagos realizados:** solicita tener en cuenta las sumas percibidas por la demandante ordenadas en la resolución No. GNR2889 de 06 de enero de 2017, reliquidada en la Resolución DIR 1854 de 17 de marzo de 2017, mediante las cuales se ingresó a nomina para el pago de la pensión de vejez; **(ix) genérica o innominada:** consistente en que se declare de oficio cualquier medio exceptivo que se encuentre acreditado dentro del proceso.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término establecido para el efecto, las partes presentaron sus alegatos de conclusión, así:

4.1. Parte demandante:

Mediante escrito radicado el 05 de julio de 2018 (Fls. 204-209), el apoderado judicial de la parte actora reiteró cada uno de los hechos y fundamentos de la demanda.

En tal sentido, señaló que el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá, en providencias identificadas con los radicados No. 15001-33-33-006-2012-00118-02 y 15238-33-33-752-2014-00159-01, consideró que los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional en sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 resultan contradictorios, como quiera que, en la primera sentencia enunciada, la Corte precisó que el análisis de constitucionalidad se limitó al régimen pensional previsto en el artículo 17

de la ley 4 de 1992, aplicable a los congresistas, aclarando que su análisis no podía extenderse automáticamente a los demás sistemas pensionales.

De otro lado, precisó que la Corte Constitucional desconoció en sentencia SU-230 de 2015 su propio precedente, por consiguiente su aplicación desconocería el derecho a la igualdad de aquellos pensionados que adquirieron su derecho en las mismas condiciones que quienes fueron cobijados integralmente por el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993; por tanto es válido en virtud del principio de favorabilidad continuar aplicando el precedente jurisprudencial del órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Así las cosas, concluyó que no es de recibo que la entidad demandada pretenda negar la reliquidación de la señora Gloria Pinilla Sotelo, ya que el objeto fundamental de la reclamación es el desconocimiento que se ha hecho a la inclusión de todos los factores salariales con el promedio salarial del último año de servicios.

Finalmente, resaltó que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto de 10 de diciembre de 2013, reiteró la importancia de las sentencias de unificación de dicha corporación como precedente jurisprudencial, al tratarse del órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa.

4.2. Parte demandada:

Por medio de escrito radicado el 03 de julio de 2018 (Fls. 199-203), la mandataria judicial de la entidad accionada presentó sus alegatos de conclusión insistiendo en que los factores a tener en cuenta para liquidar la pensión de la demandante, si bien le es aplicable lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, al revisar la mesada pensional arrojada por este régimen se evidencia que es inferior al que le corresponde bajo lo dispuesto en la ley 797 de 2003; por lo cual, en aplicación al principio de favorabilidad se liquidó la pensión de vejez de acuerdo a esta última normativa.

Manifiesta que no es posible aplicar el ingreso base de liquidación I.B.L. conformado por los factores salariales devengados en el último año de servicio tal como lo establece la ley 33 de 1985 ya que a la fecha se encuentra vigente la interpretación realizada por la Corte Constitucional y plasmada en la sentencia C-258 de 2013 en la cual la corte hace un análisis exhaustivo determinando que el ingreso base de liquidación-IBL- para los beneficiarios del régimen de transición, debe tomarse como base o fundamento legal el artículo 21 y 36 de la ley 100 de 1993, en razón a que el legislador al aprobar la normatividad en comento restringió las reglas del I.B.L. con el fin de evitar la violación de principios que rigen la seguridad social.

Indica que no obstante estar vigente la interpretación realizada por la corte en la sentencia señalada, con posterioridad la corte constitucional en sentencia SU-230 de 2015, ratifica su posición jurídica respecto de la

aplicación del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y extiende a los demás regímenes pensionales la interpretación que se venía presentando en torno al I.B.L. y la forma efectiva de liquidar las pensiones que se encuentran en transición, al establecer que el régimen de transición únicamente mantiene los derechos de los afiliados al sistema pensional antes de la ley 100 de 1993, respecto de la edad, tiempo y monto referido a la tasa de reemplazo, y para el caso de la determinación del IBL, estableció de manera específica que éste se realizará bajo los parámetros del artículo citado, pues el IBL no fue objeto de transición.

Por último, arguye que no es posible acceder a lo pretendido, en tanto la norma aplicable para el cálculo del IBL es el artículo 21 y 36 de la ley 100 de 1993; y respecto al tema de los factores salariales debe tenerse en cuenta que en la actualidad se encuentra vigente el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994 el cual estableció que el salario mensual para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos y por ende para la determinación del ingreso base de liquidación de la pensión, está constituido por los factores señalados en la referida norma.

4.3 Del Ministerio Público:

Guardó silencio dentro de esta etapa procesal.

V. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad las etapas procesales y luego de establecer que no se configuran causales de nulidad que afecten el proceso, se torna procedente dirimir la litis, profiriendo la decisión que en derecho corresponda.

5.1. PROBLEMA JURÍDICO

El presente asunto se contrae a examinar la legalidad de los actos demandados, en orden a determinar sí como se aduce en la demanda, la señora GLORIA PINILLA SOTELO, en su condición de beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, tiene derecho a que se le reliquide su pensión de conformidad con las previsiones contenidas en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados durante su último año de servicios; o si por el contrario, como lo señala la defensa, la demandante no tiene derecho a la reliquidación pretendida, en tanto los factores cuya inclusión pretende no se encuentran contemplados en el Decreto 1158 de 1994, que le resulta aplicable incluso en su condición de beneficiario del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993.

5.2. MARCO JURÍDICO APLICABLE:

Para efectos metodológicos y con el fin de resolver el problema jurídico propuesto, el Despacho examinará los siguientes puntos en su orden: (i)

posibilidad de aplicar el régimen de transición en el caso de la demandante; (ii) alcance del régimen de transición de la ley 100 de 1993, en torno a los factores salariales a tener en cuenta en el caso concreto y (iii) revisión de la liquidación pensional de la demandante; veamos:

5.2.1. POSIBILIDAD DE APLICAR EL REGIMEN DE TRANSICIÓN EN EL CASO DE LA DEMANDANTE:

El 1º de abril de 1994, entró a regir la Ley 100 de 1993, que estableció el Sistema General de Pensiones conformado por el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (artículo 12 Ley 100 de 1993).

Estas normas resultan aplicables a los servidores públicos de la Rama Ejecutiva de todos los órdenes, tanto del sector central como descentralizado, en la medida que fueron incorporados al Sistema General de Pensiones, a través del Decreto 691 del 29 de marzo de 1994.

Con todo, ha de tenerse en cuenta que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció un régimen de transición que permite la aplicación de normas anteriores, para las personas que a la fecha de su entrada en vigencia, esto es, para el 1º de abril de 1994, habían cumplido más de 35 años de edad, en el caso de las mujeres, o 40 años de edad, en el caso de los hombres, y/o acreditaban más de 15 años de servicios.

La vigencia de este régimen de transición, fue limitada por el parágrafo 4º transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, donde se señaló que sus beneficios no podrían extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, tuviesen cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de la reforma constitucional, es decir, el 25 de julio de 2005, a quienes se les mantendrían las normas de transición hasta el año 2014.

En el caso concreto se encuentra acreditado que la demandante, nació el 09 de octubre de 1954, tal como puede apreciarse en la copia de la cédula de ciudadanía que reposa en los antecedentes administrativos contenidos en el CD obrante a folio 92 del expediente, de tal suerte que para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 39 años, 5 meses, 3 semanas y 2 días de edad, circunstancia que la hace acreedora del régimen de transición previsto en el artículo 36 de dicha normativa, toda vez que, evidentemente supera los 35 años de edad allí previstos para el efecto.

Así las cosas, para el Despacho es claro que la demandante, en su condición de beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, tiene derecho a que le apliquen en lo pertinente las disposiciones que regían con anterioridad, esto es, las contempladas en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año.

Es de resaltar que esta normativa, esto es, la Ley 33 de 1985, también consagró un régimen de transición en su artículo 15, donde además de respetarse los derechos de quienes se encontraban amparados por normas especiales, se consagró la posibilidad de aplicar las normas anteriores, es decir, las consagradas en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, para el caso de quienes acreditaran alguna de las tres situaciones que se señalan a continuación:

- **Primera situación:** haber cumplido 15 años de servicio continuo o discontinuo a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, lo cual tuvo lugar el 13 de febrero de 1985⁴.
- **Segunda situación:** haber cumplido 20 años de servicio continuo o discontinuo y encontrarse retirado del servicio a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985.
- **Tercera situación:** haber cumplido todos los requisitos para obtener la pensión de jubilación a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, es decir, 20 años de servicios y 50 años de edad para el caso de las mujeres o 55 años de edad para el caso de los hombres, según lo contemplado normas anteriores, o sea las contempladas en la Ley 6ª de 1945, Decreto 2767 de 1945; Ley 4 de 1966, Decreto 1743 de 1966, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Pues bien, en el presente caso se encuentra demostrado que la demandante prestó sus servicios para la Secretaria de Educación del Departamento de Boyacá desde el 01 de mayo de 1974 hasta el 31 de diciembre de 2016, tal como puede apreciarse en el certificado de información laboral visto a folio 63 del expediente; así como, en el acto administrativo de reconocimiento pensional visto a folios 54-59 del plenario, de manera que no contaba con el tiempo requerido para hacerse acreedora a alguno de los eventos de transición señalados en esta última norma, que como pudo verse exigía 15 a 20 años de servicios según el caso.

Por consiguiente, no queda duda de que la demandante tiene derecho a que se le apliquen en lo pertinente las disposiciones contempladas en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, bajo el alcance del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, que pasa a explicarse.

Finalmente, ha de recordarse que artículo 9º de la Ley 71 de 1988, señala que las personas pensionadas o con derecho a la pensión del sector público en todos los niveles que no se hayan retirado del servicio de la entidad al momento del reconocimiento pensional, tendrán derecho a solicitar la reliquidación definitiva de la pensión, cuando opere su desvinculación.

⁴ La Ley 33, del 29 de enero de 1985 entró en vigencia el día 13 de febrero de la misma anualidad, fecha de su publicación en el Diario Oficial No. 36.856.

5.2.2. ALCANCE DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LA LEY 100 DE 1993, EN TORNO A LOS FACTORES SALARIALES A TENER EN CUENTA EN EL CASO CONCRETO:

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, determinó que los beneficiarios del régimen de transición allí establecido, tendrían derecho a pensionarse con la edad, el tiempo de servicio y el monto previsto en las normas anteriores, mientras que las demás condiciones y requisitos se regirán por las disposiciones contenidas en el nuevo Sistema General de Pensiones.

Como es sabido, la aplicación de estos parámetros normativos, no ha sido pacífica en la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, razón por la cual se torna necesario examinar la situación en orden a establecer el criterio que debe aplicarse en esta oportunidad; veamos:

En Sentencia de Unificación de fecha 4 agosto de 2010, proferida dentro del proceso con radicado interno 0112 de 2009, la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Doctor VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, determinó que el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, conllevaba para sus beneficiarios la aplicación íntegra de normas anteriores, tales como las Leyes 33 y 62 de 1985, incluyendo tanto la edad y el tiempo de servicios exigidos para pensionarse, como el monto y los factores salariales a tener en cuenta para obtener la cuantía de la prestación. De esta manera, la Corporación consideró que los factores a tener en cuenta dentro del ingreso base de liquidación, serían justamente los contemplados en tales normas, esto es, en las leyes 33 y 62 de 1985, aclarando que los mismos no constituían una lista taxativa, sino que por el contrario, debían tenerse en cuenta todos los valores que constituyeran salario, es decir, aquellas sumas que habitual y periódicamente recibiera el trabajador como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de su denominación. Del mismo modo, el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, precisó que el sólo hecho de que algunos factores salariales no se hubiesen tenido en cuenta para realizar los aportes pensionales, no significaba que debieran excluirse del ingreso base de liquidación, toda vez que siempre sería posible ordenar los descuentos legales a que hubiese lugar sobre tales conceptos, lo anterior atendiendo a los principios de progresividad y favorabilidad en materia laboral, aclarando que las finanzas públicas no pueden convertirse en una limitante al acceso de las prestaciones sociales o en justificación a la disminución de sus garantías.

Posteriormente, en sentencia C-258 de 2013, la Honorable Corte Constitucional, al examinar algunas disposiciones del régimen pensional de los congresistas y otros altos funcionarios de que trata la Ley 4 de 1992, se ocupó de analizar el alcance del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, precisando que éste

sólo garantiza a sus beneficiarios la aplicación de normas anteriores en cuanto a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, entendido este último como el porcentaje aplicable para establecer el valor prestacional, que por regla general es del 75%, dejando de lado el ingreso base de liquidación al considerar que para su establecimiento debe acudir a las normas del nuevo sistema general de pensiones, o sea el contemplado en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. En esa medida, la Sala Plena encontró que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, en su sentido natural, resultaba contrario al ordenamiento constitucional por cuanto (i) desconocía el derecho a la igualdad, en armonía con los principios constitucionales de universalidad, solidaridad y eficiencia que rigen un sistema pensional equitativo, (ii) generaba una desproporción manifiesta entre algunas pensiones reconocidas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 cuando, además, (iii) existía falta absoluta de correspondencia entre el valor de la pensión y las cotizaciones, (iv) conducía a que dicha desproporción excesiva fuese financiada con recursos públicos mediante un subsidio muy elevado y (v) resultaba incompatible con el principio de Estado Social de Derecho, puesto que si bien los subsidios en regímenes especiales no son per se contrarios a dicho principio fundamental, sí lo son los subsidios carentes de relación con el nivel de ingresos y la dedicación al servicio público del beneficiario del elevado subsidio.

Este criterio fue reiterado por la misma Corte Constitucional en sentencia SU - 230 de 2015, al examinar un caso contra la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Banco Popular S.A., donde el demandante adujo que con las actuaciones judiciales y administrativas realizadas por dichas entidades se vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital, por cuanto al momento de liquidar su pensión de jubilación no se tuvo en cuenta el salario promedio que sirvió de base a los aportes en el último año de servicio, conforme lo establece la Ley 33 de 1985, sino que se ordenó liquidar la prestación pensional con base en el promedio de los aportes cotizados durante los últimos 10 años, tal como lo establece la Ley 100 de 1993. En aquella ocasión, la Corte Constitucional negó las pretensiones de la demanda, por considerar que en el caso del demandante, se habían respetado los criterios fijados por la jurisprudencia constitucional. Para llegar a esta conclusión, la honorable Corporación precisó que aun cuando la Sentencia C-258 de 2013, se ocupó de analizar un régimen pensional específico, lo cierto es que constituye el único precedente de interpretación que debe tenerse en cuenta para determinar el alcance del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, insistiendo en que este sólo garantiza a sus beneficiarios la aplicación de normas anteriores en cuanto a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, mas no en lo relacionado con el ingreso base de liquidación, el cual se rige por las normas contenidas en el nuevo Sistema General de Pensiones. De esta forma, la Corte Constitucional señaló que aun cuando en un principio existían diversas posturas al interior de las Salas de Revisión, dicha situación debía

entenderse superada a partir de la expedición de la sentencia C-258 de 2013, por tratarse del precedente vinculante sobre el particular.

Con todo, mediante sentencia de fecha 25 de febrero de 2016, proferida dentro del proceso radicado con el número 4683 de 2013, la Sección Segunda de Consejo de Estado, con ponencia del Doctor GERARDO ARENAS MONSALVE, por importancia jurídica y con carácter unificador, examinó el tema nuevamente, apartándose enfáticamente del criterio expuesto por la Corte Constitucional, al considerar que el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, no excluye la posibilidad de aplicar el ingreso base de liquidación contemplado en las normas anteriores. En aquella oportunidad, el Máximo Órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, insistió en su tesis de unificación vigente hasta el momento, señalando que el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, incluye la aplicación de normas anteriores en cuanto a edad, tiempo de servicios y finalmente el monto de la pensión, que no solo incluye el porcentaje aplicable como lo señala la Corte, sino que también hace referencia al ingreso base de liquidación propiamente dicho y los factores que lo conforman. Específicamente para apartarse de la tesis expuesta por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado señaló: (i) que la complejidad de los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición, hace altamente razonable la interpretación que tradicionalmente ha sostenido sobre el particular; (ii) que dicha interpretación ha sido compartida en múltiples sentencias de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica; (iii) que la variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, (iv) que los argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas; (v) que la Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa y; (vi) que los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que la misma Corte Constitucional ha estimado incorporados a la Constitución Política colombiana en virtud del llamado "bloque de constitucionalidad", no se predicen exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales, por lo que se constituyen en plenas razones para no atender los cambios que pretenden introducirse en esta oportunidad.

Esta providencia fue dejada sin efectos por la Sección Quinta del Honorable Consejo de Estado, a través de sentencia de fecha 15 de diciembre de 2016, proferida dentro del proceso de tutela No. 2016-

01334-01, con ponencia de la Doctora LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, argumentando que las reglas fijadas en las Sentencias C-258 de 2013 y SU 230 de 2015, resultaban vinculantes para el Máximo Órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y que por consiguiente no podía apartarse de dichas decisiones. En este sentido, la Corporación indicó que cuando la Corte Constitucional fija el alcance de una norma constitucional, en el caso del control abstracto de constitucionalidad o determina el alcance de un derecho constitucional fundamental, en ejercicio de su función de revisión de las acciones de tutela, sus decisiones pasan a formar parte de las fuentes del derecho y, por ende, vinculan a todos los jueces, criterio este que valga señalar, ya había sido acuñado previamente por la misma Sección Quinta mediante sentencia del 25 de febrero de 2016 dentro del proceso 2016-00103-00, así como también mediante sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, proferida con ponencia del Doctor CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO, dentro del proceso 2016-00625-01.

Tiempo después, la Corte Constitucional expidió, entre otras, la Sentencia SU-395 de 2017, donde se revisaron varios asuntos de tutela instaurados contra el Consejo de Estado, entre otros aspectos por desconocimiento del precedente establecido en la sentencia C-258 de 2013. En aquella providencia, la Corte nuevamente tuvo la oportunidad de examinar el alcance del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, reiterando los parámetros establecidos en las sentencias C-258 de 2013 y SU - 230 de 2015, para concluir una vez más que el ingreso base de liquidación debía establecerse de acuerdo con las directrices establecidas en el Nuevo Sistema General de Pensiones y no en las normas anteriores, advirtiendo que de lo contrario podría generarse un abuso del derecho por parte de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico. En consecuencia, al analizar uno de los casos concretos donde el Consejo de Estado desconoció estos parámetros, la Corte concluyó que existía 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.

Luego de lo anterior, la Corte Constitucional profirió la sentencia SU-025 de 2018, donde se ocupó de analizar un caso en el que el demandante pretendía enervar una decisión de la Corte Suprema de Justicia, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, dignidad humana, la seguridad social y los derechos adquiridos, en tanto no se aplicó íntegramente el sistema pensional anterior que lo amparaba en virtud del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En esta ocasión, la Honorable Corporación negó las pretensiones de la demanda al considerar que la decisión adoptada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ajustó a los criterios de unificación que la Corte Constitucional había fijado en torno a los elementos constitutivos del régimen de transición de que trata la Ley 100 de 1993 así como a la interpretación constitucional de los numerales 2º y 3º del artículo 36 *ibídem*, contenida en la sentencia C-258 del año 2013.

Para arribar a esta conclusión, estudió las tesis adoptadas por las altas cortes sobre el alcance del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, concluyendo que en la actualidad, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional tienen una interpretación similar, en el sentido de que dicho régimen tan solo garantiza a sus beneficiarios la aplicación de normas anteriores en cuanto a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, entendido este último como el porcentaje aplicable para establecer el valor prestacional, que por regla general es del 75%, dejando de lado los factores que conforman ingreso base de liquidación, al considerar que para su establecimiento debe acudirse a las normas del nuevo sistema general de pensiones.

Por el contrario, advirtió que el Consejo de Estado ha estructurado un criterio divergente, basado en las siguientes consideraciones: "*(i) que el artículo 36 da lugar a varias interpretaciones y que, ante esa situación, debe acudirse a la interpretación más favorable para quien se pretende pensionar, es decir, la que resulte más conveniente en cada caso; (ii) que el concepto de "monto", desde una perspectiva gramatical, no excluye per se, la noción de IBL; y (iii) que aplicar de forma "fraccionada" el régimen de transición, esto es, determinando la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el "monto" con la norma derogada, y el IBL con la norma vigente, implica el desconocimiento de los principios de inescindibilidad normativa y de seguridad jurídica*".

Según la Corte, estos argumentos no son compatibles con la jurisprudencia constitucional de unificación de la Sala Plena, por las siguientes razones: "*(i) Según los criterios expuestos en la sentencia C-168 del año 1995, en la que la Corte analizó la constitucionalidad de los incisos 2º y 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993, la favorabilidad en materia laboral opera cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal o entre dos normas de idéntica fuente y, adicionalmente, cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones. A juicio de la Sala, ninguno de los dos eventos se presenta en el caso concreto, primero, porque las normas que se aplican de forma ultractiva en virtud del régimen de transición no están vigentes y, por ende, en estricto sentido no puede predicarse un conflicto entre dos normas válidas y, segundo, porque el mencionado artículo 36, de todas formas, no tiene varias interpretaciones; tiene una que fue fijada, en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, por la Sala Plena en la Sentencia C-258 de 2013, en los términos del numeral 5.1.2.3 supra. (ii) Más allá del alcance gramatical de la palabra "monto", lo cierto es que, al analizar los antecedentes legislativos de la Ley 100 de 1993 y la literalidad del inciso 3º del artículo 36 *ibídem*, puede concluirse que el legislador excluyó del régimen de transición lo relacionado con el IBL, toda vez que, en el mencionado numeral, dispuso: "[e]l ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior [numeral 2º]" debe ser el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera*

falta para adquirir el derecho, si es que para ello faltasen menos de diez años, o el cotizado durante "todo el tiempo" cuando faltaren menos de diez años para adquirir ese derecho(iii) No es cierto que se vulnere la seguridad jurídica, pues, precisamente, lo que se busca con la implementación de un régimen de transición es beneficiar a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas, esto es, adoptar medidas tendientes a darles certeza sobre el régimen jurídico aplicable y los instrumentos y mecanismos necesarios para garantizar la vigencia de sus derechos e intereses pensionales. (iv) Tampoco es cierto que la aplicación del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de lugar, per se, al desconocimiento del principio de "inescindibilidad" o "conglobamento", en los términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Si bien es cierto que las disposiciones deben "aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido", también lo es que aquel principio no es absoluto, pues el propio legislador puede determinar la forma en la que se debe aplicar una disposición, como, de manera expresa, lo hizo en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. De no ser así, incluso, no tendría razón de ser la aplicación del régimen de transición en materia pensional. De otra parte, advierte la Sala que, de todas formas, dicho principio admite diversas limitaciones por parte del juez, las cuales, en todo caso, tienen que ser valoradas atendiendo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad".

Por último, la Alta Corporación sostuvo que fue el propio legislador el que estableció que el IBL debía regularse de esa forma, es decir, que no se trata del fraccionamiento de un régimen sino de la aplicación del mismo según los postulados legislativos, y que incluso así lo entendió el mismo Consejo de Estado antes de noviembre del año 2000.

Pues bien, una lectura atenta de la reseña jurisprudencial efectuada en precedencia, permite concluir que desde la expedición de la sentencia C-258 de 2013, la Corte Constitucional consolidó su criterio en torno a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando que el régimen de transición contemplado por esta norma sólo permite la aplicación ultractiva de elementos como la **edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y la tasa de reemplazo o monto de la pensión**, mientras que por el contrario, el **ingreso base de liquidación** no es un aspecto sujeto a aplicación transitiva, y por lo tanto, en tal aspecto deben aplicarse las normas previstas en el nuevo sistema General de Pensiones, criterio que valga resaltar, ha sido reiterado en diversas sentencias de unificación proferidas posteriormente por la misma corporación, así como también por parte de la Sección Quinta del Honorable Consejo de Estado, en sede de tutela.

En este punto, y en consonancia con la tesis establecida por el máximo órgano constitucional, conviene traer a colación la sentencia de fecha 21 de febrero de 2018, proferida por el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá, dentro del proceso N° 1500133330122016-00087-01, donde textualmente se indicó lo siguiente:

"Con la expedición de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU-395 de 2017, a criterio de este Tribunal se consolida la doctrina de esa Corporación adoptada en los fallos mencionados, para estatuir que de manera general, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 conlleva la aplicación del monto, edad y tiempo de servicio del régimen pensional anterior, y por tanto no incluye base de liquidación de la pensión.

A juicio de este Tribunal⁵ tal determinación obliga a un cambio de jurisprudencia⁶, pues los jueces de la República deben observar prioritariamente el precedente constitucional teniendo en cuenta que los pronunciamientos en esta materia se enmarcan en la protección de la norma con mayor nivel jerárquico dentro del ordenamiento jurídico.

Se concluye así que siendo la demandante beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, no hay lugar a acceder a sus pretensiones de reliquidar la pensión de vejez con el promedio de lo devengado en el año anterior al retiro del servicio y con la inclusión de todos los factores salariales, pues el ingreso base de liquidación de su pensión que en derecho corresponde, debe establecerse de acuerdo con el tiempo que le faltaba para acceder a la pensión al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100, y únicamente sobre los factores que realizó cotizaciones en el transcurso de ese periodo y que se incluyan en el Decreto 1158 de 1994"

Como puede verse, en virtud la expedición de la sentencia SU - 395 de 2017, el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá, consideró que resulta obligatorio para los jueces de la republica adecuar sus decisiones al precedente fijado por la Corte Constitucional teniendo en cuenta que los pronunciamientos en esta materia se enmarcan en la protección de la norma con mayor nivel jerárquico dentro del ordenamiento jurídico, por lo que varió su criterio vigente, para en su lugar acoger la doctrina constitucional consolidada, criterio que valga resaltar, fue adoptado por éste estrado judicial en anterior oportunidad.

Ahora bien, teniendo en cuenta la disparidad de tesis jurisprudenciales establecidos en relación al criterio de interpretación sobre el artículo 36 de la ley 100 de 1993 entre el Honorable Consejo de Estado y la Honorable Corte Constitucional, los cuales han sido examinados en detalle en precedencia, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, profirió sentencia de unificación sobre tal particular, de fecha 28 de agosto de 2018 dentro del proceso con número de radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01, con ponencia del Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS, en la cual, atendiendo la postura prevista por la Corte Constitucional, rectificó la posición adoptada en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, determinando que los factores salariales que se deben incluir en el Ingreso Base de Liquidación (IBL) para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición - inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993- son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones. Adicionalmente precisó que el nuevo criterio pretende

⁵ El cambio de criterio fue adoptado de manera unánime por la Sala Plena de esta Corporación en sesión del pasado 14 de febrero de 2018.

⁶ "Art. 7 (...) Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. **De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos"** (negrilla fuera del texto).

garantizar la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita que debe mantener entre lo aportado, lo que el sistema retorna al afiliado y el aseguramiento de la viabilidad financiera del sistema.

En efecto, el órgano vértice de la Jurisdicción Contencioso Administrativa fijó la siguiente regla jurisprudencial en la sentencia de unificación referenciada:

“ (...) Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición

De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta 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”.

Regla jurisprudencial respecto de la cual, estableció dos subreglas a saber:

*“ (...) Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija 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 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. (...)

Lo anterior significa que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado, acogió la postura reciente de la honorable Corte Constitucional y precisó que para aquellos servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar su pensión es el previsto en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o del artículo 21 de la misma Ley, según el tiempo que faltaba para adquirir el derecho a la pensión a la fecha de entrada en vigencia de la nueva normativa pensional.

Por consiguiente, en cumplimiento del precedente vertical señalado, este estrado judicial dará aplicación a los parámetros fijados por la Honorable

Corte Constitucional, acogidos por el Honorable Consejo de Estado y Tribunal Administrativo de Boyacá; concluyendo que la demandante, en su condición de beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, tiene derecho a que se le apliquen las disposiciones establecidas en la Ley 33 de 1985, en lo referente a la edad y tiempo de servicios para pensionarse, así como en lo relativo a la tasa de reemplazo o monto de la pensión, mientras que por el contrario, el ingreso base de liquidación debe sujetarse a las normas contenidas en el nuevo Sistema General de Pensiones.

Entonces para acceder a la pensión la demandante debía acreditar 55 años de edad y 20 años de servicios, conforme a lo establecido en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, con una tasa de remplazo equivalente al 75 %.

Ahora, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, determinó que el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas beneficiarias del régimen de transición, a quienes les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, sería 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 expedida por el DANE.

En los demás casos, es decir cuando les faltare 10 años de servicios o más, el ingreso base de liquidación se determina con base 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, conforme a lo establecido en el artículo 21 de la misma normativa.

Finalmente, respecto a los factores salariales, debe tenerse en cuenta lo previsto en el Decreto 691 del 29 de marzo de 1994, modificado por el Decreto 1158 del mismo año, donde se estipula que para calcular la base de liquidación deben tenerse en cuenta los siguientes conceptos: (i) la asignación básica mensual; (ii) los gastos de representación; (iii) la prima técnica cuando sea factor de salario; (iv) las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario; (v) la remuneración por trabajo dominical o festivo; (vi) la remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna y, (vii) la bonificación por servicios prestados.

Bajo este contexto, se advierte desde ya que la demandante no tiene derecho a la reliquidación pensional pretendida en el sentido de que se le incluya la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicios; toda vez que en atención al marco normativo señalado en precedencia, se tiene que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ordenó que el período para deducir el IBL corresponde al promedio de los últimos 10 años de servicios o al promedio del tiempo que le hiciera falta para adquirir el status luego de la entrada en vigencia de dicha ley si fuera

menor a 10 años, incluyendo únicamente los factores salariales taxativamente contemplados en el Decreto No. 1158 de 1994.

5.2.3. REVISIÓN DE LA LIQUIDACIÓN PENSIONAL DE LA DEMANDANTE:

Dentro del plenario se encuentra acreditado que la demandante nació el 09 de octubre de 1954, tal como puede apreciarse en la copia de la cédula de ciudadanía que reposa en los antecedentes administrativos contenidos en el CD obrante a folio 92 del expediente, de tal suerte que cumplió sus 55 años el 09 de octubre de 2009.

De otro lado, se encuentra probado que la demandante prestó sus servicios para la Secretaria de Educación del Departamento de Boyacá desde el 01 de mayo de 1974 hasta el 31 de diciembre de 2016, tal como puede apreciarse en el certificado de información laboral visto a folio 63 del expediente; así como, en el acto administrativo de reliquidación pensional por retiro definitivo del servicio visto a folios 54-59 del plenario

Desde esta perspectiva se tiene que cumplió sus 20 años de servicios el 01 de mayo de 1994, adquiriendo su status jurídico de pensionada el 09 de octubre de 2009, fecha en la cual cumplió los requisitos de edad y tiempo de servicios establecidos para el efecto.

De otro lado, se advierte que al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, para el 1º de abril de 1994, la demandante acreditaba 39 años, 5 meses, 3 semanas y 2 días de edad, de tal suerte que le faltaban 15 años, 6 meses y 1 semana para cumplir los 55 años de edad para acceder a su derecho pensional. Igualmente se tiene que acreditaba 19 años y 11 meses de servicios, por lo que le faltaba un mes para cumplir los 20 años de servicios.

Es decir que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, a la demandante la hacían falta más de 10 años para adquirir su status pensional, por lo que, conforme al artículo 21 de la misma normativa, tenía derecho a que su pensión fuese liquidada con base en el promedio de los salarios y rentas sobre los cuales ha cotizado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento del derecho pensional.

Entonces, durante el periodo base de liquidación, esto es, durante los últimos diez años anteriores al retiro definitivo del servicio, comprendido entre el 01 de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2016, la demandante devengó los siguientes factores: (i) Asignación básica, (ii) Prima Técnica, (iii) Prima de vacaciones, (iv) Prima de navidad, (v) Bonificación por servicios prestados, (vi) Prima de servicio, (vii) Prima de alimentación, (viii) Prima de antigüedad, (ix) La remuneración por trabajo dominical o festivo; (x) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna (Fls. 211-224).

Una vez contrastados estos conceptos, con los señalados en el Decreto 691 del 29 de marzo de 1994, modificado por el Decreto 1158 del mismo año, se advierte que únicamente serían susceptibles de incluir dentro del ingreso base de liquidación, los factores sobre los cuales se efectuaron cotizaciones; esto es, los relativos a Asignación Básica, Bonificación por servicios prestados, prima de antigüedad, remuneración por trabajo dominical o festivo y remuneración por trabajo de horas extras o realizado en jornada nocturna. Tal como se comprueba en certificación expedida por la Directora Administrativa del Departamento de Boyacá, visto a folio 210 del expediente.

Ahora, una vez examinadas las diligencias se encuentra que con ocasión del derecho pensional de la demandante se han surtido las siguientes actuaciones:

- Mediante Resolución N° GNR 395772 de 07 de diciembre de 2015, notificada el 11 de diciembre del mismo año, el Gerente Nacional de Reconocimiento de Colpensiones, le reconoció la pensión de jubilación a la demandante, condicionada al retiro definitivo del servicio, en cuantía de \$1.273.720, teniendo en cuenta un total de 2.134 semanas cotizadas, aplicando un 79.25% sobre un ingreso base de liquidación conformado por el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizo o apporto el interesado en los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, usando las normas contenidas en la Ley 797 de 2003, señalando que resultaban más favorables conforme con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en aplicación de los parámetros jurisprudenciales fijados por la Corte Constitucional en la sentencia C - 258 de 2013. (Fls. 21-25).

- Luego, frente a la anterior decisión, la interesada interpuso recurso de reposición, solicitando se reliquidara la prestación teniendo en cuenta los factores salariales del último año de servicio, frente a lo cual, la entidad profirió la Resolución N° GNR 44260 de 10 de febrero de 2016, por medio de la cual, el Gerente Nacional de Reconocimiento del Colpensiones, resuelve el recurso de reposición interpuesto por la interesada, confirmando en todas y cada una de sus partes el acto administrativo recurrido, señalando que una vez realizadas las operaciones matemáticas del caso, se evidenció que el valor arrojado por concepto de mesada pensional era inferior al reconocido en la resolución 395772 de 07 de diciembre de 2015, por lo que teniendo en cuenta el principio de no reformatio in peius no era procedente acceder a la solicitud de reliquidación; adicionalmente que para obtener el ingreso base de liquidación se dio aplicación a lo establecido en el artículo 21 de la ley 100 de 1993; así como, el artículo 10 de la ley 797 de 2003. Adicionalmente, que tomaron los factores salariales señalados en los artículos 18 y 19 de la Ley 100 de 1993 y artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, según el caso y en aplicación de los parámetros jurisprudenciales fijados por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013. (Fls. 35-39).

- Posteriormente, mediante Resolución N° VPB 16674 del 12 de abril de 2016, notificada el 20 de mayo del mismo año, la Vicepresidente de Beneficios y Prestaciones de Colpensiones, resolvió el recurso de apelación, confirmando en todas y cada una de sus partes la resolución 395772 de 07 de diciembre de 2015. (Fls. 40-44).

- Siguiendo con las actuaciones surtidas, se tiene que posteriormente, a través de Resolución N° 007760 de 31 de octubre de 2016, el Secretario de Educación del Departamento de Boyacá, dispuso el retiro del servicio de la demandante, con efectos a partir del 31 de diciembre del mismo año (Fl. 44). En consecuencia, la beneficiaria pensional, mediante escrito radicado el 06 de diciembre de 2016 (Fl. 45), procedió a solicitar la respectiva reliquidación por retiro definitivo del servicio.

- Esta petición fue desatada mediante Resolución N° GNR 2889 del 06 de enero de 2017, por la cual el Gerente Nacional de Reconocimiento de Colpensiones, le reconoció la pensión de jubilación a la demandante, en cuantía de \$1.413.285, teniendo en cuenta un total de 2.189 semanas cotizadas, aplicando una tasa de reemplazo de 79.21% sobre el ingreso base de liquidación conformado por el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizo o aportó el interesado en los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, usando las normas contenidas en la Ley 797 de 2003, señalando que resultaban más favorables y tomando los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 3 de junio de 1994, según el caso. (Fls. 47-50).

- Inconforme con la decisión, la beneficiaria pensional, mediante escrito presentado el 23 de febrero de 2017, interpuso recurso de apelación, insistiendo en la procedencia de la reliquidación pensional deprecada (Fl. 51-52).

- Finalmente, el recurso de apelación fue desatado por la Directora de Prestaciones Económicas de Colpensiones a través de la Resolución N° DIR 1854 del 17 de marzo de 2017 (Fls. 54-59), acto administrativo en el que se resolvió reliquidar la pensión reconocida a la demandante en cuantía de \$1.515.364, teniendo en cuenta un total de 2.193 semanas cotizadas, aplicando una tasa de reemplazo de 79.20% sobre un ingreso base de liquidación conformado por el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizo o aportó el interesado en los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, usando las normas contenidas en la Ley 797 de 2003, señalando que resultaban más favorables, acogiendo igualmente el criterio expuesto por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, y recordando que la reliquidación de la pensión de la interesada se efectuó teniendo en cuenta lo normado en la ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

Pues bien, en este punto, luego de analizar en contexto la situación y atendiendo a lo reseñado en precedencia, el despacho encuentra que actualmente la reliquidación de la pensión de la demandante se encuentra

acorde a lo señalado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, es decir, teniendo en cuenta lo normado en la ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

En efecto, conforme se advierte en los actos demandados, la entidad accionada a efectos de reliquidar la pensión a la demandante acudió a los parámetros de interpretación efectuados por la Honorable Corte Constitucional respecto de los elementos y características del régimen de transición, los cuales, como se evidenció al momento de establecer el marco jurídico aplicable, fueron adoptados recientemente por el Honorable Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de dicha corporación, criterios que acoge este estrado judicial en cumplimiento del precedente vertical, de modo que no se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad de los actos atacados, como quiera que los mismos reconocieron el derecho pensional con el promedio de los factores cotizados en los últimos 10 años y que se encuentran taxativamente reconocidos en el Decreto 1158 de 2011;

Así las cosas, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, por lo que así se declarará.

5.2.4 Costas:

El artículo 188 del CPACA dispone que:

"Salvo en los procesos en 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".

Por su parte, el numeral 5 del artículo 365 del CGP, establece que "...En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión...".

Frente a la interpretación de esta norma, el Tribunal Administrativo de Boyacá Sala de decisión No. 5, en sentencia de fecha 9 de agosto de 2017 con ponencia del Magistrado Oscar Alfonso Granados Naranjo Radicado 15001-33-33-007-2015-00062-01, refiriéndose al tema de costas procesales, citó la sentencia de 10 de abril de 2014, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz, Radicado 15001-33-33-009-2013-00026-01 en la que indicó:

*"(...) Lo primero que se advierte es que, en casos como el presente, en el que las pretensiones prosperaron parcialmente por virtud de la prescripción que fue declarada, **era potestativo del juzgador imponer o no las costas**, lo cual implica, a juicio de esta Sala, que era necesario que en la sentencia se advirtieran las razones por las que, en todo caso y como si se tratara de la parte totalmente vencida, se impondrían las costas lo cual, implícitamente, lleva a un examen subjetivo, en tanto se morigera el concepto puramente objetivo de vencimiento total (...)"*

Conforme a lo anterior se concluye que en caso que el Juez decida imponer condena en costas, a pesar que la condena es parcial, se deben

expresar las razones de dicha decisión. Por el contrario, cuando la decisión es de no condenar en costas, la determinación no requiere de motivación alguna.

Ahora bien, recientemente el honorable Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de decisión N° 4, en sentencia de fecha 11 de septiembre de 2018, con ponencia del Dr. José Ascensión Fernández Osorio, dentro del proceso con radicado N° 150013333005-2016-00134-01, señaló que en casos como el que hoy ocupa la atención del Despacho, no es dable la imposición de condena en costas, en consideración a que previo al cambio jurisprudencial enunciado en precedencia, las pretensiones de la demanda contaban con un margen de vocación de prosperidad que hacía comprensible el ejercicio de la acción judicial por la parte actora, por lo cual, aun cuando se niega en su totalidad lo solicitado, no es procedente la condena en costas; criterio que comparte y acoge en esta oportunidad este estrado judicial, por lo que en el presente caso el despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, conforme a lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: En firme esta providencia, por Secretaría adelántense las gestiones pertinentes para el archivo del proceso, dejando las constancias y anotaciones de rigor. Si al liquidarse los gastos ordinarios del proceso quedaren remanentes a favor del consignante, desde ahora se ordena la devolución correspondiente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ADRIANA ROCÍO LIMAS SUÁREZ
Juez

ARLS/LFVP