



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

Audiencia inicial- Artículo 180 C.P.A.C.A.
Acta No. 163 – 2017

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2016-00158-00

Demandante: MARÍA TERESA HINCAPIE RIVAS

Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES

Tema: Reliquidación pensional Ley 33 de 1985

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

I. PRELIMINARES

A. PRESENTACIÓN DE LAS PARTES INTERVINIENTES:

Parte demandante: actúa en nombre propio, Autoriza notificaciones al correo electrónico: mhincapie57@hotmail.com.

Apoderado de COLPENSIONES: doctor DAVID FELIPE SIERRA RIVERA conforme con el poder que aporta quien se reconoce personería en calidad de apoderado en sustitución. Se notifica mediante auto de sustanciación 566 en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

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

SANEAMIENTO (00.16.55)

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

Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No.699** y queda notificada en estrados, sin oposición por los apoderados intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

B. EXCEPCIONES (00.24.35)

Dentro del término de traslado, conforme las disposiciones del artículo 175 del CPACA, la entidad demandada contestó y propuso las excepciones que denominó (i) cobro de lo no debido (ii) buena fe, y iii) inexistencia del derecho reclamado.

De las cuales se corrió traslado a la parte demandante, por el término de 3 días, tal como consta a folio 82 del expediente, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, allegando memorial en el que se manifiesta respecto a las enunciadas visible a folios 80 y 81

El Despacho advierte que de acuerdo con la sustentación de las exceptivas citadas previamente de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, y buena fe, estas no constituyen un verdadero modo exceptivo, toda vez que no involucra ninguna circunstancia adicional o nueva que ataque las pretensiones- perentorias o de fondo- o al procedimiento- esto es previas o formales-. *Contrario sensu*, guardan relación directa con el fondo del asunto estudiado y hacen parte de los argumentos de la defensa, por tal razón al decidir de mérito el proceso estos asuntos quedarán de paso decidido.

Igualmente, propuso la excepción de **prescripción**, sobre la cual se pronunciara el Despacho en la sentencia una vez se establezca la procedencia de la pretensión anulatoria.

1. Inepta demanda

De otra parte, la entidad demandada estima que la pretensión correspondiente a declarar la nulidad del acto ficto no es procedente en tanto por medio de la **Resolución GNR 410835 del 17 de diciembre de 2015** la entidad demandada dio respuesta a la petición del 18 de septiembre de 2015.

Es así como, en torno a la excepción denominada INEPTA DEMANDA, prevista en el numeral 5 del artículo 100 del CGP, el Consejo de Estado, en sentencia de fecha 11 de diciembre de 2013, Consejero Ponente, doctora María Elizabeth García González, radicado No. 2013 – 00135, señaló:

*"(...) La excepción previa de inepta demanda, se dirige a desvirtuar la demanda presentada en debida forma, es decir, la que cumple con todos los requisitos que la ley prevé para acceder a la Jurisdicción, sin que la diferencia entre requisitos previos y requisitos formales condicione el ejercicio del derecho de defensa a través de dicho medio exceptivo (...)".
Subrayado fuera de texto.*

Siendo así, los artículos 162 a 167 del C.P.A.C.A señalan los requisitos que debe contener toda demanda, así como los anexos que se deben acompañar a la misma. Es así como en el libelo introductorio, se debe especificar: el Juez competente, la designación de las partes y sus representantes, lo que se demanda, los hechos u omisiones que sirven de fundamento a la acción, los fundamentos de derecho de las pretensiones, normas violadas y su concepto y la estimación razonada de la cuantía y **la individualización del acto administrativo demandado**.

En esta etapa procesal el Despacho se advierte que la demandante pretende la nulidad del acto ficto producto de la petición radicada el 18 de septiembre de 2015; sin embargo y, aunque la entidad en la contestación de la demanda manifiesta que existe un acto administrativo, Resolución GNR 410835 del 17 de diciembre de 2015, no aportó copia ni la constancia de notificación, siendo esta su carga probatoria, conforme con el numeral 4º del artículo 175 del CPACA.

En tal virtud, **no prospera la excepción de INEPTA DEMANDA** y se dispone **continuar con el estudio de fondo respecto del silencio administrativo negativo**.

Las partes quedan notificadas en estrados, se les concede el uso de la palabra a los apoderados intervinientes por si tienen recursos u observación alguna. Una vez en firme se continúa con la diligencia. SIN RECURSOS

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

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio No. 700. Las partes quedan notificadas en

observación alguna. Sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

II. FIJACIÓN DEL LITIGIO

Aceptando como cierto el hecho 5 de la demanda referente al reconocimiento pensional de la actora mediante la Resolución GNR 92423 de 26 de marzo de 2015 (fs.19-23).

DE LA DEMANDA

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

- 1.- Que se declare constituido el silencio administrativo respecto de la reclamación radicada ante COLPENSIONES el 18 de septiembre de 2015 y se declare la nulidad del acto ficto por el cual se resuelve negativamente la solicitud de reliquidación pensional.
- 2.- A título de restablecimiento del derecho condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a que en consecuencia de lo anterior, se reliquide y pague una pensión de vejez incluyendo la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios como empleada público, los cuales deben integrar la base salarial para el cálculo del monto pensional equivalente al 75% del promedio, pensión que ha de pagarse de forma actualizada, en cuantía mensual no inferior a **\$ 8.973.457, efectiva a partir del 01 de diciembre de 2014.**
- 3.- Condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES el pago del retroactivo causado por la diferencia, al igual que los reajustes necesarios, valores que deberán cancelarse debidamente indexados.
- 4.- Condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a que se cancelen los intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida por la Superintendencia financiera conforme lo establece el art. 884 del Código de Comercio por la diferencia de la mesada no cancelada en forma mensual y oportuna desde la fecha que se causó el derecho hasta la fecha de pago de lo adeudado.
- 5.- Que se condene a la demandada a devolver los aportes realizados de manera independiente, dado que estos no fueron tenidos en cuenta para la liquidación de la prestación.
- 6.- Que se condene en costas y agencias en derecho al demandado.

Normas Violadas y Concepto De Violación: (cfr. f. 32) Citó como norma violadas la Constitución Política, Ley 33 de 1985, artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El apoderado de la parte actora solamente hizo citas jurisprudenciales como fundamento del concepto de violación; sin embargo, haciendo un estudio integral de la demanda y sus pretensiones, la demandante solicita la reliquidación y pago de la pensión de jubilación en atención a que laboró al servicio del Estado por más de 20 años y tiene derecho a la aplicación de la Ley 33 de 1985, en virtud de la transición que lo cobija y, por tanto, se deben tener en cuenta al momento de liquidar la pensión todos los factores devengados en el último año de prestación de servicio como empleado público del Ministerio de Educación Nacional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad accionada mediante escrito visible a folios 97 a 114 del plenario allega escrito de contestación de demanda en donde manifiesta que se opone a la totalidad de las pretensiones

Manifestó que el legislador creó el régimen de transición con la finalidad de proteger las expectativas de las personas que habían cotizado 15 años o más, o contaban con 35 o 40 años de edad al 1º de abril de 1994, caso en el cual la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión, entendido como tasa de reemplazo, será el establecido en el régimen anterior al cual se encuentran afiliados.

Además, expuso que si bien hay diferentes interpretaciones sobre el tema entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se encuentra respuesta en la fuerza y el carácter vinculante de la Constitución, para lo cual citó 5 razones.

Frente a los hechos expresó que solamente era cierto el 5º, tal y como se dijo en precedencia.

PROBLEMA JURÍDICO

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

Fijado el litigio en el presente asunto, la Juez concede el uso de la palabra a las partes para que manifiesten si están de acuerdo con la misma.

Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No.701** y queda notificada en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

III. CONCILIACIÓN (00.46.38)

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

Parte Demandada: el Comité de Conciliación recomendó no conciliar, aporta acta del comité

El Despacho teniendo en cuenta lo señalado por la parte accionada declara **FALLIDO** el intento conciliatorio agotado en esta etapa procesal y ordena continuar con la actuación. Esta decisión se toma mediante **auto interlocutorio No.702** quedando notificados en estrados. Se corre traslado a los sujetos intervinientes. Sin objeciones.

IV. MEDIDAS CAUTELARES (Min.00.48.48)

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

V. DECRETO DE PRUEBAS (Min.00.53.00)

En virtud de lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 180 del CPACA, en concordancia con el artículo 212 ibídem, el Despacho teniendo en cuenta que con la demanda fueron aportados los medios de prueba necesarios para resolver el litigio, se incorporan legalmente al proceso con el valor probatorio que les otorga la Ley.

De otra parte, y habida cuenta que no es necesario el decreto de pruebas adicionales a las obrantes en el expediente, aportadas por la parte actora, conforme lo establece el artículo 170

La presente decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No.703**. Las partes quedan notificadas en estrados, se les concede el uso de la palabra a los apoderados por si tienen recursos u observación alguna. Sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN (00.55.36)

Por no existir pruebas que practicar se prescinde de la audiencia de pruebas y se dispone conceder el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión, esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No.704**, quedando las partes notificadas en estrados. Sin oposición. Se concede el uso de la palabra así:

PARTE DEMANDANTE (01.08.08): Se ratifica en los hechos y pretensiones de la demanda, expone sus alegatos en la forma consignada en el audio.

PARTE DEMANDADA: Rinde sus alegatos tal como queda consignado en el audio de la diligencia y solicita que se absuelva a COLPENSIONES de lo pretendido en la demanda.

VII. SENTENCIA 91 (01.58.40)

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

CONSIDERACIONES

1.-Resumen de la demanda

El apoderado de la parte actora solamente hizo citas jurisprudenciales como fundamento del concepto de violación; sin embargo, haciendo un estudio integral de la demanda y sus pretensiones, la demandante solicita la reliquidación y pago de la pensión de jubilación en atención a que laboró al servicio del Estado por más de 20 años y tiene derecho a la aplicación de la Ley 33 de 1985, en virtud de la transición que lo cobija y, por tanto, se deben tener en cuenta al momento de liquidar la pensión todos los factores devengados en el último año de prestación de servicio como empleado público del Ministerio de Educación Nacional.

2.- Contestación de la demanda

La entidad accionada se opone a la totalidad de las pretensiones plasmadas por la parte actora manifestando que la pensión de jubilación de la actora se encuentra acorde a derecho, y a la sentencia proferida por la Corte Constitucional, en donde se fija el parámetro para el reconocimiento pensional.

Manifestó que el legislador creó el régimen de transición con la finalidad de proteger las expectativas de las personas que habían cotizado 15 años o más, o contaban con 35 o 40 años de edad al 1º de abril de 1994, caso en el cual la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión, entendido como tasa de reemplazo, será el establecido en el régimen anterior al cual se encuentran afiliados.

Además, expuso que si bien hay diferentes interpretaciones sobre el tema entre la Corte

3.-Problema jurídico

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

4. Solución al problema jurídico.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De otra parte, el ingreso base de liquidación fue objeto de análisis por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-168 de 1995, la cual hizo tránsito a cosa juzgada formal e implícita. En dicho

personas serían beneficiarias del régimen de transición cuando cumplieran con los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas, pero su aplicación frente al resto de condiciones sería la consagrada en la Ley 100 de 1993. Al respecto, expresó lo siguiente: “dado que en la ley 100 de 1993 se modifican algunos de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, se establece en el inciso segundo del artículo 36, materia de acusación, un régimen de transición que da derecho a obtener ese beneficio mediante el cumplimiento de los requisitos de edad, tiempo de servicio, o semanas cotizadas estatuidas en la legislación anterior, para las personas que a la fecha de entrar a regir el nuevo sistema de seguridad social, tengan 35 años o más de edad si son mujeres, y 40 o más años de edad si son hombres; o a quienes hayan cumplido 15 o más años de servicios cotizados. **Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para obtener tal derecho son los contenidos en las disposiciones de la nueva ley**”. (Resaltado fuera del texto)

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

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

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

En dicho fallo señala que aun cuando algunas Salas de Revisión y el Consejo de Estado defendieron la tesis de la integralidad en la aplicación de los regímenes de transición frente al IBL, tal postura resulta inconstitucional porque lleva a la concesión de un beneficio que no fue previsto originariamente por el legislador. El Tribunal expresamente manifestó 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 Auto

sistema -de ahí que la reforma mencione expresamente el artículo 36 de la Ley 100 (...)"'. Por lo tanto, la Corte entiende que la regla del IBL conforme con las disposiciones de la Ley 100 de 1993 resulta imperante desde la publicación de la Sentencia C-258 de 2013, que consolidó dicha interpretación.

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

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 redundan 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 inexecutable 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.

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.

Régimen prestacional empleados del Sector Público

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

Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue

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

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

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

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

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

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

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

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

"En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes".

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

Conforme con el criterio adoptado por este Despacho, con base en la posición que al respecto ha señalado la H. Corte Constitucional en sentencias C-168 de 1995, C-258 de 2013, SU 230 de 2015, SU 427 de 2016 y, SU 210 de 2017, el régimen pensional 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

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

Por consiguiente, para los referidos efectos resulta indispensable remitirse a lo que dispone el

cotización para los servidores del sector público será el que se señale, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992.

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

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

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

e. El caso concreto

La señora MARÍA TERESA HINCAPIE RIVAS para efectos de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación no gozaba de un régimen de excepción⁴, ni se encuentra dentro del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, por no contar con más de 15 años de servicios al 29 de enero de 1985.

La señora MARÍA TERESA HINCAPIE RIVAS , a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), tenía más de 36 años de edad (copia de la cédula de ciudadanía, folio 63); ostentaba más de 1200 semanas a la fecha de entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, razón por la que se debe tener en cuenta, se repite la edad, el tiempo de servicio, y el monto de la Ley 33 de 1985 y el ingreso base de liquidación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

La parte demandante discrepa respecto de los factores a tener en cuenta en la liquidación pensional. En el caso examinado se tiene que a la demandante se reconoció pensión de jubilación por medio de la resolución GNR 92423 del 26 de marzo de 2015 la cual realizó la liquidación respectiva conforme con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 reconociendo una pensión al 1º de diciembre de 2014 por \$4.291.734 (Cd.f. 19 a 23).

La demandante solicita la reliquidación de la pensión de vejez con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio con la inclusión de todos los factores salariales de conformidad con la ley 33 de 1985 (f. 13 a 18); no obstante, como se dijo en el respectivo acápite no se acreditó la respuesta por parte de la entidad demandada, configurándose así un acto administrativo ficto negativo.

Así las cosas la parte demandante solicita tanto en sede administrativa como en sede judicial que se aplique el IBL con fundamento en la normatividad anterior a la ley 100 de 1993, esto es la ley 33 de 1985.

³ Por el cual se modifica el artículo 60 del Decreto 691 de 1994

Teniendo en cuenta que el Ingreso Base de Liquidación, de las personas beneficiadas con el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, como es el caso de la señora MARÍA TERESA HINCAPIE RIVAS, debe ser liquidado conforme con el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de los salarios devengados que sirvieron de base para los aportes durante los últimos 10 años de servicio o el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, pues con el régimen de transición consagrado en la citada ley el legislador no quiso mantener la aplicación en su totalidad de la normativa que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella y observando que la entidad demandada reconoció la pensión de vejez a la parte actora, aplicando lo establecido en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, esto es teniendo en cuenta el promedio de los salarios o rentas cotizados en el último año de servicio público⁵ y tomando los factores salariales establecidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985- es decir, **asignación básica y bonificación por servicios prestados** (f.19 a 23), conforme con las normas aplicables al caso y al criterio fijado por la Corte Constitucional, el cual es acogido por este Despacho, es procedente negar las pretensiones de la demanda. En consecuencia, el acto administrativo **facto** acusado conserva su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que lo amparaba.

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

Así también el numeral 4º del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *"Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que 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 procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso⁶, 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)

⁵ Véase que la entidad igualmente liquidó la pensión tomando los tiempos privados bajo la Ley 71 de 1988, pero por favorabilidad concedió el derecho pensional bajo la Ley 33 de 1985, folio 21.

Ahora bien, el Consejo de Estado⁷ ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

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

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

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

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

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

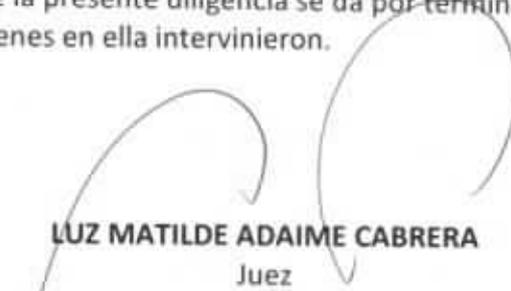
De la sentencia se corre traslado a las partes:

PARTE DEMANDANTE- **INTERPONE RECURSO DE APELACIÓN**, el cual sustentara en el término de ley

PARTE ACCIONADA: Sin recursos

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

FIRMAS,



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Juez



MARÍA TERESA HINCAPIÉ RIVAS

Demandante- Actúa en nombre propio



DAVID FÉLIPE SIERRA RIVERA

Apoderado parte demandada



ELSA ROCÍO GONZÁLEZ CUBILLOS

Profesional Universitario