

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

EXPEDIENTE N°: 11001334204620160015600
DEMANDANTE: STELLA FALLA DE BLANCO
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – U.G.P.P. -

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

La señora STELLA FALLA DE BLANCO, identificada con C.C. N°. 26.419.187, a través de apoderado, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) contra la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES – U.G.P.P. – con el fin de que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

De la demanda se tienen las siguientes:

“PRIMERO: Declarar la nulidad parcial de las resoluciones Nos. 004477 del 03 de febrero de 2006 y la N°. 16715 de 16 de abril de 2006, proferida por la entidad demandada.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior se ordene el restablecimiento del derecho de la señora STELLA FALLA DE BLANCO, mediante la reliquidación de la pensión de vejez, tomando como base de liquidación el setenta y cinco por ciento (75%) del salario del último año de servicios, teniendo en cuenta todos los factores salariales que devengó al momento del retiro del definitivo del servicio además del salario base de liquidación (IBL), la prima de antigüedad y la bonificación por servicios prestados; los demás factores salariales como: incremento de antigüedad, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad entre otros, que se encuentran debidamente certificados, a partir del momento del retiro del servicio, en virtud de la Ley 33 de 1985 y de la sentencia de unificación del cuatro (4) de agosto de 2010, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicación N°. 2006-07509-01 (0112-09, Luís Mario Velandía contra la Caja Nacional de Previsión Social.

2. (sic) Condenar a la entidad demandada a que dé estricto cumplimiento a la sentencia conforme a lo dispuesto en los Artículos 189 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

3. Condenar en costas y agencias en derecho a la demandada y reconocerme personería.”.

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los hechos que se citan a continuación:

“1. STELLA FALLA DE BLANCO, acreditó ante la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E., tiempo de servicio y sueldos pagados como funcionaria de INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA, en el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO, 3010-6, desde el 23 de diciembre de 1972 al 30 de diciembre de 2002. Del mismo modo, demostró haber cumplido 55 años de edad el 18 de mayo de 2001, reuniendo para esa data los requisitos exigidos por el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, es decir, 55 años de edad y 20 años de servicio continuos, para adquirir el derecho a la pensión por vejez que reconocía la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL E.I.C.E., hoy UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –U.G.P.P.-.

2. La Caja Nacional de Previsión Social EICE hoy UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES – U.G.P.P. –, una vez verificó el cumplimiento de los requisitos legales, procedió a reconocer a la señora STELLA FALLA DE BLANCO, mediante la Resolución N°. 08703 del 03 de mayo de 2002, pensión de vejez, efectiva a partir del día siguiente a la fecha del status respectivo 01-08-2001, sin incluir en el salario base de liquidación todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

3. *La Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E hoy UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES – U.G.P.P.-, reliquidó la pensión de vejez por retiro definitivo del servicio a la señora STELLA FALLA DE BLANCO, mediante la Resolución N°. 004477 del 03 de febrero de 2006, efectiva a partir del día 01-01-2003, sin incluir en el salario base de liquidación todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.*

4. *Por medio de la resolución N°. 16715 del 18 de abril de 2006, la entidad demandada, reliquidó la pensión de vejez a la señora STELLA FALLA DE BLANCO, efectiva a partir del 01/01/2003, de conformidad con el Art. 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, sin incluir en el salario base de liquidación todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.”*

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Preámbulo y artículos 1, 2, 4, 13, 23, 48 y 53 de la Constitución Nacional.

De orden Legal: Artículos 21, 36 y 288 de la ley 100 de 1993, artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, artículo 9 de la ley 71 de 1968, artículo 73 del decreto 1848 de 1969, artículo 9 de la Ley 71 de 1988, artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, artículo 10 del Decreto 1160 de 1989, Leyes 33 y 62 de 1985 (artículo 1).

1.1.4 Concepto de violación.

El apoderado de la parte demandante considera que los actos acusados incurrieron en infracción a las normas en que debía fundarse, como quiera que la demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual le son aplicables las disposiciones establecidas en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 de 1990, y en virtud de ello, la pensión debe liquidársele la pensión de jubilación en cuantía equivalente el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, pero no con el promedio de lo devengado durante los diez últimos años y con los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994, como erradamente lo realizó la UGPP. Agrega que existen algunas prestaciones sociales, a las cuales el mismo legislador les dio connotación salarial, como lo son, la prima de vacaciones y la prima de navidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

En memorial visible a folios 39-46, el apoderado de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección social –U.G.P.P.–, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones allí contenidas, para lo cual manifiesta, en síntesis, como quiera que la demandante mediante petición presentada en el año 2005 pretendió que se le aplicará lo dispuesto en los artículos 33 y 35 de la ley 100 de 1993, por ello, se emite la resolución N°. 16715 de 18 de abril de 2006, a través de la cual se reconoce la pensión de jubilación de la demandante en cuantía equivalente al 85% de las cotizaciones efectuadas entre el 1º de enero de 1993 hasta el 31 de diciembre de 2002. Agrega que la demandante no tiene derecho a que se aplique una reliquidación a la pensión, ya que la demandante adquirió su estatus jurídico el 18 de mayo de 2001, bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993 y, en consecuencia, es aplicable el decreto reglamentario 1158 de 1994, el cual establece de manera taxativa los factores salariales sobre los cuales se deben realizar la liquidación y no sobre los que equívocamente señala al demandante, máxime cuando la pensión reconocida re rige por la Ley 100 de 1993. Finalmente, indica que no se ha agotado la vía gubernativa, por cuanto, el acto administrativo demandado es el resultado de una petición presentada por la demandante en la que solicitaba la aplicación de un régimen pensional distinto al solicitado con la demanda.

1.2.2 Audiencia Inicial

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en tal sentido, decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate, y al no existir medios probatorios por practicar, decidió prescindir de las audiencias de pruebas y de alegaciones y juzgamiento de que tratan los artículos 181 y 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y, en consecuencia, dispuso que los alegatos de conclusión debería presentarse por escrito.

1.2.3 Alegatos

Se presentaron por escrito, así:

Parte demandante: Reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

Parte demandada: Ratificó los fundamentos de derecho contenidos en la contestación de la demanda, para lo cual hizo especial hincapié en la inclusión del Ingreso Base de Liquidación como parte del régimen de transición, de conformidad con lo previsto por el precedente jurisprudencial emanado de la Constitucional.

Ministerio Público: Guardó silencio en esta etapa procesal.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2 CONSIDERACIONES.

2.1 Problema Jurídico

Como se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio, el presente asunto se pretende establecer *“Si la señora STELLA FALLA DE BLANCO tiene o no derecho a que se ordene la reliquidación de su pensión de jubilación, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 y demás normas concordantes, esto es, con el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último año servicios”*.

2.2 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

- A través de la Resolución N° GNR 8703 de 03 de mayo de 2002¹, la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL - le reconoció a la señora Stella Falla Blanco, una pensión de jubilación, la cual quedó suspendida al retiro definitivo del servicio.
- Posteriormente, y mediante Resolución N°. 004477 de 20 de febrero de 2016², la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL -, reliquidó la

¹ Folios 3-7.

² Folios 48-50.

pensión de jubilación de la demandante. En dicho acto administrativo, la entidad demandada tuvo en cuenta el IBL establecido en el Decreto 1158 de 1994.

- Mediante escrito radicado N°. 29775 de 2005, la accionante presentó derecho de petición ante CAJANAL, cuyo objeto era reliquidar su pensión de jubilación con aplicación del régimen previsto en la Ley 100 de 1993.
- Mediante resolución N°. 16715 de 18 de abril de 2006³, la Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL- resolvió favorablemente la solicitud de la señora Stella Falla de Blanco, en tal sentido, reliquidó la pensión de vejez según lo previsto en la Ley 100 de 1993. En efecto, la pensión de la demandante se calculó sobre el 85% de lo devengado entre el 01 de enero de 1993 hasta el 30 de diciembre de 2002.
- Que según consta en certificación emitida por el Instituto Nacional de Cancerología, visible a folio 19 del expediente, la demandante, en el último año de servicios percibió los siguientes factores salariales: Sueldo, Incremento de Antigüedad, Vacaciones, Prima de Vacaciones, Prima de Navidad, Prima de Servicios (incluidas las diferencias).

2.3 MARCO NORMATIVO.

Cuestión previa.

Observa el despacho que en la contestación de la demanda, el apoderado de la parte demandada, arguye que la petición que dio lugar a la expedición de la Resolución N°. 16715 de 18 de abril de 2006, se pretendió la reliquidación de la pensión de jubilación en los términos previstos en la Ley 100 de 1993.

Contrario a lo anterior, en la demanda que nos ocupa, se pretende la nulidad de la Resolución N°. 16715 de 18 de abril de 2006, por cuanto, según lo aduce el apoderado de la parte demandante, dicho acto administrativo fue proferido con infracción a las normas en que debería fundarse, bajo el entendido que el régimen más favorable para el reconocimiento de la pensión de jubilación de la demandante es el contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985.

³ Folios 15-19.

Así, se evidencia una incongruencia entre la pretensión en el procedimiento administrativo y lo solicitado en la demanda, respecto de la Resolución N°. 16715 de 2006, derivada de la falta de precisión de la demandante respecto de la favorabilidad pensional.

De acuerdo a lo expuesto, se tiene que frente a la legalidad de la Resolución N°. 16715 de 2006, la administración no tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre las nuevas consideraciones de la demandante, lo que desconoce el derecho de defensa y contradicción, en tanto que se reitera, dicho acto administrativo, en su momento, acogió de manera favorable la solicitud de reliquidación de la pensión de la demandante, por motivos y causa totalmente distintos a los que hoy se alegan, y si bien, a la luz del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los actos administrativos que reconocen o niegan prestaciones periódicas son demandables en cualquier tiempo, ello no implica el desconocimiento del principio de congruencia, que determina debe existir relación sustancial entre lo solicitado en la actuación administrativa frente a lo pretendido en la demanda.

El procedimiento administrativo – antes vía gubernativa - “constituye un requisito de procedibilidad para acceder a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la que solo se podrá conocer lo que en la vía gubernativa se discutió, o sea, que no pueden plantearse hechos nuevos diferentes a los expuestos en la vía gubernativa; pero sí pueden presentarse mejores argumentos jurídicos respecto de ellos, siempre y cuando no se cambie la petición que se hizo”⁴.

Se precisa que en la audiencia inicial, este despacho de pronunció sobre la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa, declarándola desestimada: No obstante, se tiene que los argumentos que sustentaban la referida excepción hacían referencia a la necesidad de interponer el recurso de reposición en forma obligatoria, desconociendo que el único recurso obligatorio es el de apelación.

En consecuencia, comoquiera que existe una vulneración al principio de congruencia, y de contera al derecho de contradicción de la entidad demandada, el despacho se abstendrá de pronunciarse respecto de la legalidad de la Resolución

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia de 16 de noviembre de 2017, Rad. N° 08001-23-31-000-2010-00600-01(2078-15), actor: Mercedes del Carmen Cantillo Paguana.

N°. 16715 de 2006, por falta de agotamiento de la vía gubernativa o de conclusión del procedimiento administrativo por el quebranto al derecho de pronunciamiento previo de la administración.

2.3.2 De la reliquidación pensional – Régimen de transición.

La Ley 6 de 1945 en su artículo 17 literal b) estableció en favor de los empleados y obreros nacionales el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, cuando aquellos hubieren cumplido más de 50 años de edad y 20 años de servicio continuo o discontinuo al servicio de entidades públicas. La cuantía de dicha prestación sería equivalente a las dos terceras partes de los sueldos o jornales devengados, sin que pudiese ser inferior a 30 pesos ni superior a 300.

Posteriormente, el artículo 4 de la Ley 4 de 1966⁵, “*Por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones*”, incrementó la cuantía de la pensión de jubilación, pasando del 66% (dos terceras partes) al 75% de los salarios devengados en el último año de servicio.

El Decreto 3135 de 1968, en su artículo 27 respecto de la pensión de jubilación dispuso:

“Art. 27.- El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio(...)” (Subraya y Negrita del despacho).

De la norma precitada, se evidencia, en primer lugar, que la edad de jubilación de los varones fue incrementada, estableciéndose en 55 años; mientras que las mujeres seguirían adquiriendo su derecho pensional a los 50 años de edad; y, en segundo lugar, que el tiempo de servicios y la cuantía pensional permanecieron iguales al régimen anterior, es decir, 20 años de servicios y 75% de los salarios devengados en el último año de servicio.

El Decreto 3135 de 1968 fue reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, el cual respecto de la cuantía pensional precisó en su artículo 73, lo siguiente:

⁵ “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.”

⁶ ARTÍCULO 4o. A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.

“Artículo 73°.- Cuantía de la pensión. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidas en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin. (Subrayado declarado nulo. Sentencia del 7 de junio de 1980 H.C. de E.). (Negrita del Despacho)”

La precitada norma precisa que la cuantía de la pensión se calculará sobre el 75% de todos los salarios y primas devengados en el último año de servicios; sin embargo, no se estableció cuáles emolumentos constituían salario, razón por la cual, el legislador, a través del Decreto 1042 de 1978⁷, dispuso que son factores salariales además de la asignación básica y del trabajo suplementario, *“todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución directa por sus servicios”*⁸.

En concordancia con lo dispuesto, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, estableció una lista de los factores salariales que se deben tener en cuenta para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación.

El tenor literal del artículo del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 es el siguiente:

“Artículo 45°.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

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

⁷ “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.”.

⁸ Artículo 42°.- De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios. Son factores de salario: a) Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto; b) Los gastos de representación; c) La prima técnica; d) El auxilio de transporte; e) El auxilio de alimentación; f) La prima de servicio; g) La bonificación por servicios prestados; h) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión

II) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecutable del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.”

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985⁹, se equiparó la edad de hombres y mujeres para efectos de jubilación (55 años), se unificaron los regímenes pensionales de los empleados oficiales de todos los niveles, y se consagraron unas excepciones en cuanto a su aplicación.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985, dispuso lo siguiente:

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

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

....

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 fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley. (Negrita y Subrayado fuera del texto original).

De conformidad con lo expuesto, se infiere que la Ley 33 de 1985 contenía el régimen pensional aplicable al sector público sin distinción alguna; salvo en los siguientes eventos: 1) Cuando se ejercieran actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. 2) Cuando a la fecha de

⁹ "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.”

entrar vigencia de dicha ley, los empleados oficiales hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones que regían con anterioridad, y 3) Cuando los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiéndose por las normas anteriores.

Por su parte, la **Ley 62 de 1985**¹⁰, respecto de la base de liquidación de la Pensión de Jubilación estableció que cuando se trate de empleados de orden Nacional, se deberán tener para efectos de liquidar su pensión los siguientes emolumentos: Asignación Básica, Gastos de Representación, Primas de Antigüedad, Técnica, Ascensional y de Capacitación, Dominicales y Feriados, Horas Extras, Bonificación por Servicios Prestados, Trabajo Suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Ahora bien, la jurisprudencia tanto del Tribunal Administrativo de Cundinamarca como del Consejo de Estado, ha determinado que la naturaleza del listado contenido en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, es de carácter enunciativo, pues se debe entender como salario, todo lo que devenga el trabajador de manera periódica y permanente y que tenga como finalidad retribuir el servicio prestado por el trabajador (funcionario público).

La Ley 100 de 1993, instauró un Sistema de Seguridad Social, que derogó la mayoría de regímenes pensionales que se encontraban vigentes para su fecha de expedición, lo cual trajo como consecuencia, la modificación de los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que debían cumplir las personas; sin embargo, teniendo en cuenta las posibles **expectativas legítimas** de las personas que para el momento de entrada en vigencia de dicha norma se encontraban cerca de acceder a su derecho a la pensión y, previendo el tránsito de las diferentes normas pensionales, en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se consagró el **Régimen de Transición** que fijó las reglas para identificar en qué casos se pueden aplicar regímenes pensionales anteriores, así:

***“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.*

¹⁰ "Por la cual se modifica el artículo 3° de la Ley 33 de 1985"

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.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> 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. ~~Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.~~

(...)” (Subraya y Negrita del Despacho).

Acorde con lo expuesto, se tiene que el régimen de transición se aplica respecto de la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión previsto en el régimen anterior, siempre que al momento de entrar en vigencia el sistema (1 de abril de 1994), el beneficiario (cotizante) tenga treinta y cinco años o más de edad si son mujeres, o cuarenta o más si son hombres, o quince o más años de servicio cotizados.

Del análisis normativo y jurisprudencial se concluye que, a pesar de las múltiples modificación que han introducido desde el año 1945 sobre la pensión de jubilación, el legislador ha propendido por las personas que tienen expectativas legítimas sobre la mencionada prestación o respecto de quienes ya hubieren cumplido los requisitos para ser beneficiario de aquella pero no se les ha reconocido la misma, razón por la cual, se han creado regímenes de transición de aplicación de la norma en beneficio del trabajador, atendiendo que cada nuevo régimen pensional es más gravoso que el régimen anterior.

2.3.3. Unificación jurisprudencial

Sobre el asunto que nos ocupa, esto es, la reliquidación pensional con fundamento en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a lo largo del tiempo se han emitido diferentes posturas sobre los elementos que hacen parte o no parte de dicho régimen, en particular el monto y el IBL. En efecto, la Corte

Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado han llegado a diversas conclusiones que al día de hoy distan entre sí, pues para las dos primeras el monto se distingue del ingreso base de liquidación, mientras que el máximo tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso advierte lo contrario, es decir, que el ingreso base de liquidación hace parte del monto.

La divergencia existente entre las altas cortes, surge, además, respecto de los factores salariales que deben incluirse para efectos de calcular el IBL, tanto a la luz de la legislación anterior (Ley 33 y 62 de 1985) como de la actual (Ley 100 de 1993), pues, una parte de la jurisprudencia ha considerado que existe una taxatividad. Luego, de ello se desprende que la reliquidación deberá efectuarse solamente con los factores allí previstos. Contrario a ello, existe otra postura¹¹, en la que se indica que los factores salariales que deben incluirse son todos los devengados por el pensionado en el último año de servicios, incluso, si sobre ellos no se hubiere hecho cotizaciones, pues a pesar de no ser considerados a la luz de la normatividad vigente como salario, si tienen dicha connotación en tanto que, además de ser percibidos de manera habitual y periódica, tienen como fin último retribuir el trabajo prestado por el trabajador.

Así, el despacho, previo a pronunciarse sobre el tema que nos atañe, entrará a realizar un breve análisis jurisprudencial sobre el particular, en especial, respecto de las posiciones de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en tanto que dichas corporaciones son los órganos de cierre tanto de la jurisdicción constitucional como de la contenciosa administrativa.

a) Postura del Consejo de Estado

En principio, el Consejo de Estado¹², respecto de la reliquidación pensional, indicó que el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 hacía referencia a la aplicación integral del régimen pensional anterior, infiriéndose de ello que la edad, el tiempo de servicio, el monto y el IBL debían regirse por los postulados contenidos en las Leyes 33 y 62 de 1985.

No obstante lo anterior, al interior del máximo tribunal de la jurisdicción contenciosa existió una divergencia sobre la taxatividad de los factores salariales incluidos en

¹¹ Dicha postura está reflejada en el salvamento de voto presentado por el Consejero Gerardo Arenas Monsalve en la sentencia de unificación jurisprudencial proferida por el Consejo de Estado del 04 de agosto de 2010.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Rad. N°. 17001-23-31-000-1999-00627-01 (4526-01)

las Leyes 33 y 62 de 1985- En efecto, respecto de la inclusión de otros factores no previstos en la ley existieron tres posiciones jurisprudenciales, a saber: i) No aplicación taxativa de los factores salariales, salvo disposición legal en contrario. Se ordenaba efectuar deducciones por aportes a pensiones sobre los emolumentos que la sentencia ordenaba incluir. ii) Inclusión de todos los factores salariales devengados y certificados (cotizados). iii) Aplicación taxativa de los factores salariales y devolución de los valores descontados sobre factores no incluidos¹³.

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado en sentencia de 04 de agosto de 2010¹⁴, atendiendo a la naturaleza jurídica de la pensión de jubilación, a los principios de progresividad y favorabilidad en materia laboral y a las finanzas públicas, concluyó que para efectos de liquidar la pensión de jubilación de los pensionados beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 debe tenerse en cuenta “factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé”, posición que fue reiterada en mediante sentencias de 25 de febrero de 2016¹⁵, 24 de noviembre de 2016¹⁶ y de 9 de febrero de 2017¹⁷.

De otra parte, se observa que en sentencia de 08 de junio de 2000¹⁸, el Consejo de Estado precisó que el monto no solo hace referencia a la cuantía de la pensión o al porcentaje sobre el cual debe calcularse, sino que dentro del aquel debe incluirse el Ingreso Base de Liquidación, por tanto, las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición deben liquidarse en todos sus aspectos con fundamento en el régimen anterior.

b) Postura de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional, al igual que el Consejo de Estado, ha variado su posición su respecto de los componentes que integran o hacen parte del régimen de

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 04 de agosto de 2010, Rad. No. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) Actor: Luis Mario Velandia

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Radicado: 25000-23-42-000-2013-01541-014683-13, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13). Actor: Luis Eduardo Delgado

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Consejero Ponente: César Palomino Cortés. Bogotá D.C., nueve (9) de febrero dos mil diecisiete (2017). Radicado: 250002342000201301541 01. Número Interno: 4683-2013. Demandante: Rosa Ernestina Agudelo Rincón Demandados: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales y de la Protección Social Universidad Pedagógica Nacional.

¹⁸ Sección Segunda –Subsección “B”, Exp. N°. 2729-99.

transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Así, en las sentencias T-631 de 2002 y T-158 de 2006, entre otras¹⁹, la Corte Constitucional indicó que el monto y el ingreso base de liquidación son inseparables, en tanto que la pensión se calcula sobre una base y de allí se saca un porcentaje, infiriéndose de ello, que hace parte del monto el ingreso base de liquidación. Además, en la sentencia T-158-2006 recordó que *“en virtud de la interpretación de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a la luz de los artículos 53 (derechos adquiridos) y 58 (favorabilidad laboral) superiores, la aplicación del inciso tercero sólo es procedente cuando el régimen especial al que se encontraba afiliado el beneficiario del régimen de transición no estipulaba la fórmula para calcular el ingreso base de la pensión”*.

Recientemente en la Sentencia SU-210 de 2017 20 la Sala Plena de la Corte Constitucional reconoció que, inicialmente, en la jurisprudencia constitucional se había llegado a señalar que el Ingreso Base de Liquidación -IBL- hacía parte de la noción del monto de la pensión, de la que habla el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993²¹. Bajo este criterio, los beneficiarios del régimen de transición tenían derecho a que el ingreso base y el monto de la pensión, fueran determinados con base en el régimen anterior; y solo era aplicable lo determinado en el inciso 3° del mencionado artículo 36 la Ley 100 de 1993 (liquidación con el promedio de los últimos 10 años), cuando el régimen -especial- no determinara una fórmula para calcular el IBL de la pensión²². No obstante, la misma jurisprudencia de la Corte, con posterioridad, explicaría que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, únicamente cobija los requisitos relacionados con la edad, el tiempo de servicios y tasa de reemplazo, pero no así el ingreso base de liquidación, el cual debe ser promediado, para todos los efectos, con la base del régimen general, esto es, el promedio de los últimos 10 años de servicios²³.

¹⁹ Es posible afirmar que existe una línea jurisprudencial consolidada de las Salas de Revisión de Tutela (T-472 de 2000, T-1122 de 2000, T-235 de 2002, T-631 de 2002, T-1000 de 2002, T-169 de 2003, T-625 de 2004, T-651 de 2004, C-754 de 2004, T-830 de 2004, C-177 de 2005, T-386 de 2005, T-1160 de 2005, T-147 de 2006, T-158 de 2006, T-621 de 2006, T-910 de 2006, T-1087 de 2006, T-251 de 2007, T-529 de 2007, T-711 de 2007, T-1001 de 2008, T-143 de 2008, T-180 de 2008, T-248 de 2008, T-019 de 2009, T-610 de 2009) cuya *ratio decidendi* preciso que **se vulneran los derechos pensionales cuando no se aplica en su integridad el régimen especial en el que se encuentra amparado el beneficiario del régimen de transición, y en los eventos en que se desconoce que el monto y la base de liquidación de la pensión forman una unidad inescindible**, y por tanto, debe aplicarse la totalidad de lo establecido en el régimen especial y no lo consagrado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. (Se subraya y resalta).

²⁰ M.P. José Antonio Cepeda Amarís (E).

²¹ Consultar, entre otras, las Sentencias T-631 de 2002, T-526 de 2008 y T-210 de 2011.

²² Ídem.

²³ Consultar, entre otras, las Sentencias C-258 de 2013, T-078 de 2014 y SU-230 de 2015.

Ahora bien, en la Sentencia C-258 de 2013, la Corte Constitucional declaró inexecutable las expresiones «*durante el último año y por todo concepto*», «*Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal*», contenidas en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, así como la expresión «*por todo concepto*», comprendida en su párrafo y, declaró executable las restantes expresiones del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, relativas «al régimen pensional de los congresistas y de los demás servidores públicos a quienes les resulte aplicable», y fijó una interpretación sobre la aplicabilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo relacionado con el cálculo del ingreso base de liquidación de las pensiones de aquellas personas que fueran beneficiarias del régimen de transición, indicando que el método para la determinación del Ingreso Base de Liquidación, es decir, el consagrado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, no fue objeto del régimen de transición del artículo 36 del mismo cuerpo normativo

En la sentencia antes referida, la Corte Constitucional ejerció su competencia de control de constitucionalidad en abstracto, por vía principal y ante acción popular ejercida contra el artículo 17 de la Ley 4 de 1992. La Corte Constitucional no consideró necesario cobijar con este fallo otras disposiciones legales, con las que hubiera podido integrar una proposición jurídica completa, para incluirlas en la parte resolutive de esa sentencia y declarar (a) su inexecutable; (b) su executable o, (c) su executable condicionada a determinada interpretación y alcance.

Pese a lo expuesto, en las sentencias de unificación SU-230 de 2015, SU-427 de 2016 y SU- 395 de 2017 la Corte Constitucional considera que en la sentencia de constitucionalidad C-258 de 2013 esa Corporación extendió los efectos a todos los regímenes especiales de pensión y no solamente al régimen pensional especial de los Congresistas y asimilados.

Así, fijó una interpretación de la aplicabilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo relacionado con el cálculo del ingreso base de liquidación de las pensiones de las personas que fueran beneficiarias del régimen de transición, indicando que este no hacía parte del régimen de transición, y por ello, para efectos de liquidar las pensiones de los pensionados beneficiados con dicho régimen se debía tener en cuenta las reglas previstas en el numeral 3º del referido artículo.

En este orden de ideas, se observa que la Corte Constitucional varió su posición jurisprudencial respecto del Ingreso Base de Liquidación, pues, en un primer

momento, indicó que aquel era inseparable del monto, pero con posterioridad precisó que el monto y el ingreso base de liquidación son dos componentes distintos, siendo el primero, parte integral del régimen de transición, mientras que el segundo no lo es, debiéndose liquidar según las reglas previstas en el numeral 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

De acuerdo a lo expuesto, se observa que existe una disparidad de criterios frente a la aplicación del IBL como componente del régimen de transición, pues a juicio del Consejo de Estado aquel hace parte del monto, y por tanto, del régimen de transición, mientras que la Corte Constitucional considera que el IBL no hace parte del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

2.3.4 Aplicación del precedente

En las últimas décadas se viene debatiendo sobre el papel de la jurisprudencia como fuente de derecho. Algunos autores consideran que la jurisprudencia es solo un criterio auxiliar de la justicia, acogiendo el contenido literal del artículo 230 de la Constitución Nacional (tradicionalistas); sin embargo, otros defienden que la jurisprudencia es una verdadera fuente de derecho, como quiera que esta tiene valor de precedente, siendo esta una visión renovadora²⁴. Sin embargo, con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dicha discusión parece quedar zanjada en tanto que a través del referido código el legislador otorga carácter vinculante a las sentencias de unificación del Consejo de Estado, en tanto que los jueces de inferior solo puede apartarse de la aplicación de aquel, salvo cuando el juez de manera certera ofrece justificaciones suficientes y adecuadas para apartarse del precedente, pues de no ser así se estaría contraviniendo el derecho a la igualdad.

El ordenamiento jurídico tiene como ejes fundamentales la igualdad, la seguridad jurídica y la buena fe (confianza legítima), y es precisamente en ellos, que el legislador le otorga a la jurisprudencia el carácter de fuente de derecho, en tanto, que las sentencias de unificación tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado son vinculantes.

²⁴ López Medina, Diego. *El derecho de los jueces*. Segunda edición (2006). Décimo séptima reimpresión (2018) Editorial Legis.

La jurisprudencia ha señalado que es preciso hacer efectivo los derechos a la igualdad y a la seguridad jurídica, sin perder de vista que el juez goza de autonomía e independencia en su actividad, al punto de que si bien está obligado a respetar el precedente fijado por él mismo y por sus superiores funcionales, también es responsable de adaptarse a las nuevas exigencias que la realidad le impone y de asumir los desafíos propios de la evolución del derecho.

En efecto, cuando se trata de un precedente horizontal, más allá de que se presente una diversidad en las circunstancias o supuestos fácticos sometidos a conocimiento y decisión del juez que le permitan otorgar un trato desigual, dicha autoridad en su providencia debe hacer referencia expresa al precedente con el que ha resuelto casos análogos *-requisito de transparencia-* y, a partir de allí, exponer las razones suficientes que, a la luz de los cambios introducidos en el ordenamiento jurídico o de la transformación del contexto social dominante, justifiquen un cambio jurisprudencial *-requisito de suficiencia-*.

En lo que respecta al precedente vertical, además de cumplir con los requisitos de transparencia y suficiencia, la jurisprudencia ha sido particularmente restrictiva en la posibilidad que tienen los jueces de inferior jerarquía de apartarse de las subreglas expuestas por las altas cortes, en atención al papel constitucional y legal que cumplen los órganos de cierre, a partir del reconocimiento de su potestad de unificar o revisar la jurisprudencia, en los asuntos sometidos previamente a su conocimiento.

Sobre el particular, se tiene que la Corte Constitucional, en la sentencia C-634 de 2011, estudió la constitucionalidad del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, en la que se concluyó que la referida disposición no vulnera la constitución, bajo el entendido que las sentencias de unificación emanadas de la Corte Constitucional, tienen no solo carácter vinculante, sino que además, deben aplicarse de manera preferente, cuando exista disconformidad con otra alta Corte.

El artículo 10 de la ley 1437 en su tenor literal, dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA.<Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en

cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

Artículo declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-634-11 de 24 de agosto de 2011, Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, 'en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.'

Por tanto, los fallos de la Corte Constitucional, tanto en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, tanto en su parte resolutive (*erga omnes* en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes, e *inter partes* para los fallos de revisión de tutela) y, en ambos casos, las consideraciones de la *ratio decidendi*, tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas.

En consecuencia, las sentencias de unificación jurisprudencial tienen como propósito evitar que asuntos que se fundan en los mismos supuestos fácticos y jurídicos, sean resueltos de forma contraria por las autoridades o los jueces, es decir, que en algunos se acceda a las prestaciones de la demanda y en otros las mismas se nieguen²⁵, lo que conllevaría a un rompimiento del derecho a la igualdad. En efecto, no acoger el precedente judicial conlleva que la sentencia incurra en causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales por el desconocimiento del precedente, derivándose de ello, la necesaria corrección a través de la acción de tutela. De ahí que en aras de proteger la garantía de la seguridad jurídica, la coherencia y razonabilidad del sistema jurídico, los principios de confianza legítima y de buena fe, y el derecho a la igualdad de quienes acceden a la administración de justicia, es obligatorio para los jueces seguir y aplicar el precedente establecido por la Corte Constitucional, en la definición y alcance de los derechos fundamentales.

En estas condiciones, atendiendo que el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional debe aplicarse de manera preferente sobre el emanado por el Consejo de Estado, este Despacho cambia su posición jurisprudencial frente al tema que nos ocupa, y en tal sentido, advierte que en tratándose del régimen de transición

²⁵ Arboleda Perdomo, Enrique José, *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Segunda Edición (2012) cuarta reimpresión (2013). Editorial Legis. Pág. 30

previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el Ingreso Base de liquidación no hace parte de este, por tanto, debe calcularse según las reglas previstas en el inciso 3° del referido artículo, mientras que el tiempo de servicio (semanas cotizadas), la edad y el monto continuarán rigiéndose por las normas anteriores.

En síntesis, son tres los parámetros aplicables al reconocimiento de las pensiones regidas por normas anteriores a la Ley 100 de 1993, los que a su vez constituyen el régimen de transición: (i) La edad para consolidar el acceso al beneficio prestacional, (ii) El tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas para el efecto, (iii) El monto de la misma. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la Ley 100.²⁶

Con todo, no sobra agregar que la Ley 100 de 1993, al regular el régimen de transición, no estableció un derecho autónomo. Por el contrario, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional²⁷ (i) la estabilidad del régimen pensional, si bien no da lugar a un derecho adquirido, sí protege una expectativa legítima, (ii) esa especial protección se deriva no sólo de la confianza legítima a la estabilidad de las reglas pensionales, sino también del carácter progresivo de los derechos sociales, y, por consiguiente, (iii) el Legislador solo puede reformar ese régimen, cuando la modificación se encuentre suficientemente justificada y respete criterios de razonabilidad y proporcionalidad²⁸. Es por estos motivos que el propio constituyente derivado reformó el artículo 48 Superior (*Acto Legislativo 01 de 2005*), debido a que el régimen de transición no es, en sí mismo, indefinido en el tiempo²⁹.

²⁶ «ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, 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, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo. «

²⁷ Consultar, entre otras, las Sentencias C-789 de 2002, C-1011 de 2008 y C-258 de 2013.

²⁸ En la Sentencia C-754 de 2004, la Corte Constitucional, reiteró la Sentencia C-789 de 2002, y señaló que aunque el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 protegía las expectativas legítimas de las personas próximas a pensionarse, la consagración de tal tipo de régimen generó un derecho a continuar en el régimen de transición para quienes ya ingresaron a él, por lo que los cambios normativos posteriores que afecten ese derecho resultan inconstitucionales. Con todo, la Corte explicó que ello no implica la imposibilidad del legislador de hacer modificaciones al sistema pensional, pero ellas siempre deberían respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad en la toma de decisiones del legislador. En igual sentido, consultar la sentencia C-789 de 2002.

²⁹ Mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 se dispuso que «*el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se*

De esta manera se da aplicación al inciso tercero del artículo 103 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo³⁰ y se deja claro que a pesar de haber seguido en precedencia la tesis del Consejo de Estado como órgano de cierre de esta Jurisdicción, también lo es que es obligatorio para los jueces seguir y aplicar el precedente establecido por la Corte Constitucional, en la definición y alcance de los derechos fundamentales. El respeto del precedente constitucional adquiere un peso específico en el ordenamiento jurídico, como respuesta al rol que cumple la Corte Constitucional como órgano encargado de la salvaguarda de la Constitución y garante de los derechos fundamentales.

3. CASO CONCRETO

De lo demostrado en el proceso, se tiene que la señora Stella Falla de Blanco nació el **18 de mayo de 1946**, por tanto, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994), el demandante no contaba con **más de 35 años de edad**, situación que permite inferir que la demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100/93 (Art.36).

Igualmente, consta del análisis de los documentos obrantes en el expediente, que el accionante se desempeñó en el sector público durante más de 20 años, por ello, la Caja Nacional de Previsión Social le reconoció la pensión de jubilación, como en efecto se verifica de la revisión de la Resolución N°. 08703 de mayo de 2002, siendo reliquidada por retiro definitivo del servicio mediante resolución N°. 004477 de 26 de enero de 2006, y por Resolución N°. 16715 de 18 de abril de 2018.

Así, se tiene que a la demandante le fue reconocida una pensión mensual de jubilación en virtud de lo dispuesto en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, en cuantía equivalente al 85% del promedio de lo devengado entre el 01 de enero de 1993 hasta el 30 de diciembre de 2002.

les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014. Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen.”

³⁰ *“Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico. En la aplicación e interpretación de las normas de este Código deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal.*

En virtud del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga. (...)”

De acuerdo a lo expuesto, se acogerá al precedente jurisprudencial emanado de la Corte Constitucional, en el sentido de indicar que el IBL no hace parte del régimen de transición, por tanto, las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición deben liquidarse con el IBL previsto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, se observa que no le asiste el derecho a la parte demandante, por cuanto, de aplicarse el régimen de transición contemplado en las Leyes 33 y 62 de 1985, su pensión se vería disminuida, por ser este un régimen más desfavorable, como quiera que el monto pensional sería equivalente al 75% del IBL, mientras que en la pensión que le fue reconocida es igual al 85% del IBL. Se precisa que tanto en vigencia del régimen anterior (leyes 33 y 62 de 1985) como en el previsto en el actual (Ley 100 de 1993) la pensión de la señora debe calcularse sobre lo devengado en el periodo comprendido entre el 01 de enero de 1993 hasta el 30 de diciembre de 2002.

Decisión.

En conclusión, se encontró demostrado, de acuerdo con el precedente jurisprudencial emanado de la corte constitucional, que la demandante no le es más favorable el régimen pensional previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985, por tanto, la pensión que le fuere reconocida por la entidad demandada se ajusta al ordenamiento normativo.

En estas condiciones, al no probarse las causales de nulidad aludidas por la parte demandante, serán negadas las pretensiones de la demanda, razón con por la cual, la presunción de legalidad del acto acusado se mantendrá incólume.

Condena en costas.

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala 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.”*

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir, mandar, proveer”, es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar de manera consecucional en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Ha precisado el Honorable Consejo de Estado en diversas decisiones de distintas Secciones³¹ la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración mínima o juicio de ponderación subjetiva de la conducta procesal asumida por las partes y la comprobación de su causación. Señala que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó de manera parcial el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ibídem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

Corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. Luego de ello, si hay lugar a imposición, el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, subsección “B”, Consejero Ponente: Cesar Palomino Cortes, sentencia de 28 de octubre de 2016, Rad. No.: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14). Actor: Manuel Wadís Rodríguez Jiménez, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

* Subsección “B”, Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia de 3 de noviembre de 2016, Rad. N°. 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: Teresa Elena Sánchez Bermúdez, Demandado: Administradora Colombiana De Pensiones (COLPENSIONES).

* Subsección “B”, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, sentencia de 1) de enero de 2017, Rad. N°. 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: Ana Orfilia Palacios De Mosquera. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

* Sección Cuarta, Consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, sentencia de 20 de febrero de 2017, Rad. N°. 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: Cooperativa de Consumo. Demandado: Municipio de Medellín.

sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución

Así las cosas, en el presente caso, frente al resultado adverso a los intereses de la parte vencida, se tiene que el derecho de acción ejercido por la demandante estuvo orientado a declarar la nulidad del acto acusado, y si bien sus argumentos no prosperaron, son jurídicamente razonables.³²

De igual forma, en lo que concierne a la actividad judicial propiamente dicha, no se observa que la parte vencida haya empleado maniobras temerarias o dilatorias en la defensa de sus intereses, razón suficiente para abstenerse de imponer condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO. DENEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO. Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial Delegada ante esta Dependencia Judicial.

CUARTO. Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que lo hubiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

Juez

³² Postura que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Sección segunda. Subsección "B". Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00534-01(3650-14). Actor: María Elena Mendoza Sotelo. Demandado: Ministerio de Defensa - Policía Nacional