

Rama Judicial
Tribunal Administrativo de Córdoba
República de Colombia

Sala Tercera de Decisión

Montería, trece (13) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Medio de Control: Controversia contractual
Expediente: 23-001-23-33-000-2018-00072-00
Demandante: Acuavalle SA ESP
Demandado: Departamento de Córdoba

Magistrado Ponente en Turno: Luis Eduardo Mesa Nieves

Se resuelve sobre el impedimento manifestado por la doctora Diva Cabrales Solano, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Manifiesta la Magistrada Diva Cabrales Solano que se declara impedida para conocer del proceso fundada en el numeral primero (1°) del artículo 141 del C.G.P, debido a que le asiste un interés directo en las resultas del mismo, toda vez que afirma que la controversia jurídica gira en torno a la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se liquidó unilateralmente el Convenio Interadministrativo suscrito entre las partes, cuyo objeto era que Acuavalle SA ESP, se compromete a realizar para la Gobernación de Córdoba la Gerencia e Interventoría del Programa denominado Transformación Estructural de la Prestación de los servicios de Agua Potable y saneamiento básico en el departamento, para los municipios de Ayapel, Buenavista, Canalete, Chinú,, Cotorra, La Apartada, entre otros; programa que fue ejecutado por Aguas de Córdoba SA ESP, cuya representación legal la ejerce su hermana Gloria Cabrales Solano, entidad encargada del Plan Departamental de Aguas del Departamento de Córdoba, precisando que dentro de las obligaciones de Acuavalle estaba la de realizar con cargo a los recursos del programa, entre otras, la de apoyar a Aguas de Córdoba SA ESP en la preparación del Proyecto de Manual Operativo del Plan Departamental para el manejo empresarial de los servicios de Agua y Saneamiento; motivo por el cual estima le asiste un interés directo a su pariente en este asunto.

Se tiene entonces que el artículo 130 del C.P.A.C.A. dispone que las causales de recusación e impedimento de los magistrados y jueces administrativos son las señaladas en dicho artículo y las establecidas en el artículo 150 del C. de P. C.; al respecto el H. Consejo de Estado¹ ha señalado:

“Los impedimentos están instituidos como garantía de la imparcialidad que deben tener los funcionarios judiciales en el desempeño de su labor. Así lo ha explicado la doctrina:

Plena de lo Contencioso Administrativo – Providencia de 8 de mayo de 2007, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, radicación N° 660012331000200400581 01(33390).

“Consciente el legislador de la naturaleza humana de quienes administran justicia y que, por lo mismo, eventualmente, pueden perder la imparcialidad que debe presidir toda actividad jurisdiccional, o si de hecho así no ocurre, al menos dar pie para que se piense que la han podido perder, con el fin de evitar toda suspicacia en torno a la gestión desarrollada por los jueces y garantizar a las partes y terceros el adelantamiento de los procesos con un máximo de equilibrio, ha consagrado una serie de causales que permiten al juez competente para actuar en un determinado proceso, sustraerse de su conocimiento, para lo cual debe manifestarlo y, en caso de que no lo haga, faculta a quienes intervienen dentro del proceso para que, sobre la base de la causal pertinente, busquen la separación del juez, denominándose lo primero impedimento y lo segundo recusación”.²

La causal consagrada en el numeral 1° del artículo 141 del C.G.P. es del siguiente tenor:

“1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.”

Revisado el expediente se advierte que la parte actora, en efecto persigue la nulidad de las Resoluciones 0454 de 23 de septiembre de 2014, 0480 de 15 de octubre de 2014 y del oficio 930-2015 de 22 de diciembre de 2015, mediante los cuales se liquida unilateralmente el Convenio Interadministrativo para desarrollar la Gerencia e Interventoría del Programa de Transformación Estructural de Prestación de los Servicio de Agua Potable y Saneamiento Básico en el Departamento de Córdoba; se modifica parcialmente la Resolución 0454 de 2014, y que resuelve recurso de reposición, respectivamente.

De manera que para la Sala, en efecto se estructura la causal invocada por la Magistrada Cabrales Solano, respecto al interés que le asiste en este asunto a su hermana Gloria Cabrales Solano y que deviene de la calidad de representante legal de Aguas de Córdoba que ostenta, habiendo ejecutado el programa respecto del cual precisamente Acuavalle SA realizaba la gerencia e interventoría; y si bien, en la demanda no se incluye como demandado a dicha entidad, no es menos cierto que del plenario se advierte la participación de aquélla en el curso de algunas actuaciones en el trámite administrativo adelantado con ocasión de la declaratoria de incumplimiento, tanto así, que en el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de la parte aquí demandante contra el acto administrativo de incumplimiento del convenio, se menciona que se realizaron reuniones en las instalaciones de Aguas de Córdoba SA ESP en la ciudad de Montería, en la que se acordaron varios compromisos con el objeto de adelantar la liquidación del convenio de mutuo acuerdo, entre estos, realizar la recopilación de todos los contratos, estimando que fue la *“Gobernación de Córdoba por conducto de Aguas de Córdoba SA ESP, la que incumplió con su compromiso”* (fl 33); y más adelante en el mentado recurso se afirma respecto a la contrapartida por valor de \$1.500.000.000, que *“es falso que Acuavalle no haya entregado productos relacionados con este componente, tal como lo afirma Aguas de Córdoba”* (fl 47). Así mismo, obra en el expediente oficio mediante el cual la citada Gerente de Aguas de Córdoba, remite al Secretario de Infraestructura del Departamento

² LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General*, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, pp. 231 y 232.

“insumos para resolver recursos interpuestos por Acuavalle SA ESP contra las resoluciones N° 0454 y 0480 de 2014” (fl 52-67).

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, considera la Sala que se estructura la causal contenida en el numeral 1° del artículo 141 del CGP, pues, en tanto le asiste interés en este asunto a la Dra. Gloria Cabrales Solano –hermana de la Magistrada Dra. Diva Cabrales Solano-, aspecto que puede afectar la objetividad de la funcionaria judicial en mención en las decisiones que se tomen durante el trámite del proceso, razones suficientes para admitir el impedimento propuesto, y en consecuencia se le separará del conocimiento del asunto tratante, ello con el fin de garantizar la transparencia e imparcialidad que deben tener los operadores judiciales en el desempeño de su labor.

En merito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Córdoba,

RESUELVE:

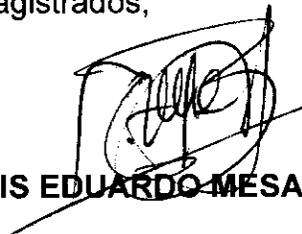
PRIMERO: *Admitase* el impedimento manifestado por la doctora Diva Cabrales Solano, por estructurarse la causal de impedimento establecida en el numeral 1° del artículo 141 del CGP. En consecuencia, sepáresele del conocimiento del presente asunto.

SEGUNDO: Por existir quórum suficiente para decidir, no se sortea conjuez.

Se deja constancia de que el proyecto de esta providencia, fue estudiado, discutido y aprobado, por la Sala en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

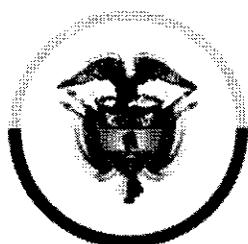
Los Magistrados,



LUIS EDUARDO MESA NIEVES



PEDRO OLIVELLA SOLANO



Rama Judicial
Tribunal Administrativo de Córdoba
República de Colombia

Sala Cuarta de Decisión

Montería, seis (6) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Apelación – Sentencia

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicación N° 23-001-33-33-003-2016-00151-01

Demandante: Alfredo Bermúdez Taboada.

Demandado: Colpensiones.

Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Nieves

En uso de las facultades conferidas por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998¹, y por el parágrafo 1 del artículo 16 de la Ley 1285 de 2009², los cuales establecen que se podrá determinar un orden de carácter temático para la elaboración y estudio de los proyectos de sentencia; en atención a la naturaleza del asunto bajo estudio, y alterando el turno de los procesos que se encuentran para fallo, por cuanto esta Corporación ya ha proferido decisiones sobre el tema objeto de debate, se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida el día 7 de junio de 2017, por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Montería; previos los siguientes:

I. ANTECEDENTES

a) Hechos

Se relata que el demandante prestó sus servicios para el Estado por más de 20 años, siendo la última entidad nominadora el municipio de Montería en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales Grado 02.

Señala que al señor Alfredo Manuel Bermúdez Taboada se le reconoció pensión de jubilación por vejez, mediante resolución núm. GNR 48786 de 21 de febrero de 2014, a partir del 1° de marzo de 2014, en cuantía inicial de \$1.026.884.

¹ ORDEN PARA PROFERIR SENTENCIAS. Es obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal. Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden también podrá modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos o a solicitud del agente del Ministerio Público en atención a su importancia jurídica y trascendencia social. (Negritas fuera del texto).

² Apruébese como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente:

Artículo 63A. Del orden y prelación de turnos. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Cuando existan razones de seguridad nacional o para prevenir la afectación grave del patrimonio nacional, o en el caso de graves violaciones de los derechos humanos, o de crímenes de lesa humanidad, o de asuntos de especial trascendencia social, las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia, las Salas, Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado, la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura o la Corte Constitucional, señalarán la clase de procesos que deberán ser tramitados y fallados preferentemente. Dicha actuación también podrá ser solicitada por el Procurador General de la Nación. (...)

PARÁGRAFO 1o. Lo dispuesto en el presente artículo en relación con la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se entenderá sin perjuicio de lo previsto por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998...".

Que al momento de liquidar la pensión el ISS no tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados para efectos de la liquidación de los aportes durante el último año de servicios.

Aduce además que la pensión aludida se liquidó con el ingreso base de liquidación (IBL) acorde con lo estipulado en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, y no conforme al promedio del último año de servicio con todos los factores salariales tal como dispone el art 1º de la ley 33 de 1985.

Manifestó que el demandante se retiró del servicio el 30 de mayo de 2014, por lo que se debe tomar lo cotizado, basado en el último año anterior a su retiro para determinar el IBL.

En ejercicio del derecho de petición, se indica en la demanda que la parte actora presentó solicitud de reliquidación pensional acorde con el artículo 1 de la ley 33 de 1985, el día 5 de marzo de 2015, ante la demandada, la cual hasta la fecha no ha sido resuelta, por lo que se configura el silencio administrativo negativo.

b) Declaraciones y condenas:

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto negativo producto del silencio de la Administración frente al derecho de petición de fecha 5 de marzo de 2015, donde el demandante solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

2.- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, en calidad de restablecimiento del derecho se condene a COLPENSIONES a pagar en favor del demandante, la reliquidación de la pensión de conformidad con el artículo 1 de la ley 33 de 1985, esto es en un 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio desempeñado en el Departamento de Córdoba.

3.- Condenar a COLPENSIONES, al pago de las diferencias causadas entre lo pagado y el valor de la mesada cuyo reajuste se ordene en esta providencia, desde la fecha en la cual se concedió la pensión, la indexación de las sumas reconocidas, los interés que se generen a partir de la ejecutoria en la sentencia y las costas y agencias en derecho.

c) Fundamento Jurídico

Invoca como violadas las siguientes normas:

Constitución Nacional: artículos 1, 2, 4, 13, 25, 48 y 53

Legales: Ley 100 de 1993, arts. 1, 31, 33, 36, 288, art. 1º de la Ley 33 de 1985, art. 45 del Decreto 1045 de 1978, Decreto 1158 de 1994, art. 1 del Decreto 691 de 1994.

Sentencia SU de 4 de agosto de 2010 dictada por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Montería decidió por medio de la sentencia de 7 de junio de 2017, acceder a las pretensiones de la demanda conforme a los siguientes argumentos (fls. 85-98):

Apelación – Sentencia
 Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
 Radicación N° 23-001-33-33-003-2016-00151-01
 Demandante: Alfredo Bermúdez Taboada.
 Demandado: Colpensiones.
Tribunal Administrativo de Córdoba

El señor Alfredo Bermúdez Taboada tiene derecho a que en la liquidación de su pensión de jubilación se le incluyan todos los haberes salariales y prestacionales devengados durante el último año de servicios comprendido entre el 3 de mayo de 2013 y el 2 de mayo de 2014, tales como: asignación básica, trabajo suplementario, bonificación por servicios prestados, prima de servicios y prima de navidad.

De acuerdo a lo anterior, se declararon no probadas las excepciones propuestas por la accionada denominadas “inexistencia de causa legal y carencia de derecho”, “cobro de lo no debido” y “legalidad del acto administrativo”.

El artículo 41 del decreto 3535 de 1968 consagró una prescripción de tres (3) años, contados desde que la obligación se hizo exigible. En el caso concreto, teniendo en cuenta que entre la fecha de presentación de la demanda y la reclamación administrativa no transcurrieron más de tres (3) días, se pudo concluir que no hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción.

En relación con el reconocimiento de intereses moratorios, según el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 consideró que no son viables en los eventos de reliquidación de mesadas pensionales, sino que se generan por la tardanza en el pago de mesadas pensionales y/o cuando la prestación no se reconoce dentro de los plazos legales .

Finalmente se abstuvo de condenar en costas y agencias en derecho a la parte accionada.

III. RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte demandada inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación para solicitar la revocatoria del fallo de primera instancia. Lo anterior con fundamento en los siguientes argumentos (fol.102-104)

Presentó razones de inconformidad para lo cual se refirió a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, especialmente, los contenidos en las sentencias C-258 de 2013 y SU 230 de 2015, en lo atinente a la determinación del ingreso base de liquidación.

Citó lo dicho en la Circular interna 16 de 2015 de Colpensiones según la cual el IBL no hace parte del régimen de transición, por lo que para el efecto se debe acudir a lo establecido en los artículos 36 y 21 de la Ley 100 de 1993.

Expuesto lo anterior, concluye que no se le puede ordenar a la administradora de pensiones que reliquide la pensión del actor conforme lo preceptuado en la Ley 33 de 1985, en lo relativo al cálculo del IBL, por lo que pide que se revoque la sentencia apelada.

IV. TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

1. Admisión del recurso

Mediante auto de 25 de octubre de 2017 fue admitido el recurso interpuesto por la apoderada de la parte demandada contra la sentencia dictada el día 7 de junio de 2017 y se ordenó su notificación personal al Agente del Ministerio Público y por estado a las partes (fl. 3 C.2)

2. Alegatos de conclusión

El 16 de marzo de 2018, se ordenó correr traslado común de 10 días a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, y por 10 días más al Procurador Judicial Delegado ante este Tribunal para que emitiera su concepto (fl. 8 C.2).

2.1 El Ministerio Público: Mediante memorial visible a folios 11-18 del expediente El Ministerio Público (fls. 20-26 C2) emitió concepto en el sentido de revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar negar las pretensiones de la demanda, acatando los lineamientos de la Corte Constitucional, contenidos en las sentencias SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016.

El argumento según el cual no se aplica el precedente de la sentencia SU 230 de 2015 para aquellos eventos en que el derecho pensional se consolidó con anterioridad a la publicación de dicha sentencia, pero en vigencia de la Ley 100 de 1993 resulta deleznable en cuanto se discuta en sede administrativa y/o judicial ordinaria, pues, estando vigente dicha normativa desde que se consolidó el status y habiéndose fijado por la autoridad competente el sentido y alcance del artículo 36 de la Ley 100/93, resulta violatorio de la ley y el precedente un razonamiento contrario.

Dado el carácter vinculante de los fallos dictados por la Corte Constitucional, la agencia del Ministerio Público considera que para resolver la presente litis debe aplicarse la línea jurisprudencial trazada por la Corte y recientemente acogida por el Consejo de Estado, en primer lugar, por la Sección Quinta vía tutela y, en segundo término, por la propia sección segunda en cumplimiento del fallo de tutela dictado por aquella sección.

Por lo dicho concluye que el acto acusado se está conforme a derecho, toda vez que dio aplicación a la normatividad que regulaba la situación del actor, en el entendido que, al estar amparado por el régimen de transición pensional, le fueron respetados edad, tiempo de servicios y monto (Tasa de reemplazo del 75%). Ello, además, se encuentra conforme con los parámetros señalados por la Corte Constitucional en las sentencias SU-230 de 2015.

2.1 Las partes no intervinieron en esta etapa procesal.

Tramitado en legal forma el proceso y no observando la Corporación causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, ha llegado la oportunidad de resolver la alzada y a ello se procede previas las siguientes,

V. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación ya identificada.

5.1. Competencia del superior en la alzada

Mediante el recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial –en este caso la que contiene una sentencia–, por lo

cual corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con sus propias consideraciones, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean ante la segunda instancia.

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: *‘tantum devolutum quantum appellatum’*”.

5.5. Problema jurídico

Conforme a los planteamientos indicados, el presente asunto se contrae a determinar si procede la nulidad del acto administrativo ficto negativo producto del silencio de la demandada ante la petición elevada por la parte actora el 5 de marzo de 2015, donde se solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación.

Para lo anterior, se deberá establecer cómo se debe determinar el ingreso base de liquidación IBL pensional del señor Alfredo Bermúdez Taboada, si con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios –Ley 33 de 1985-; o si se deberá, tal como lo propone la parte demandada en el recurso de apelación, liquidar la pensión al tenor literal de lo establecido en el artículo 36, numeral 3 y /o artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

5.3 Hechos acreditados

Dentro del expediente se encuentran acreditados los siguientes hechos:

- Obra en el expediente, a folios 7-12, resolución N° GNR 48786 de 21 de febrero de 2014, por medio de la cual se ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de vejez al demandante, en cuantía de \$1.026.884 a partir del 1° de marzo de 2014.
- Resolución núm. 16001 de 30 de octubre de 2010, por medio de la cual se modificó el acto de reconocimiento pensional, en lo atinente al régimen aplicable: Ley 33 de 1985 (fl. 25-27 C1).
- Formato de solicitud de prestación, que contiene la petición de reliquidación pensional elevada por la actora el 05 de marzo de 2015. (fl 13-16 C1).
- Certificado de salarios mes a mes. Formato N° 3 (B) expedido por la Secretaría de Educación de la Alcaldía de Montería.(fls. 17, 20-23)
- Decreto N° 0283 de 2014 por el cual se retira del servicio (fl.24-25 C.1)

5.2. Análisis de la Sala

En orden a dar solución a la cuestión planteada, la Sala se ocupará de los siguientes temas: (i) Reliquidación de pensión de jubilación (Vejez) –Régimen de Transición- Posición de este Tribunal (ii) solución del caso concreto.

5.4.1 Reliquidación de pensión de jubilación vejez – Régimen de transición

En orden a dar solución a la cuestión planteada, la Sala se ocupará de los siguientes temas: (i) Reliquidación de pensión de jubilación (Vejez) –Régimen de Transición- Posición de este Tribunal (ii) solución del caso concreto.

En este punto, valga reiterar que esta Colegiatura ratifica la posición acogida, conforme los pronunciamientos de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, y en esa medida no es de recibo el argumento de la entidad demandada según el cual no debe acudir al régimen anterior en su integridad, para determinar el ingreso base de liquidación –IBL-. Respecto a lo dicho por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU 230 de 2015, esta Sala ha sido enfática en señalar en anteriores oportunidades, frente a la primera, que se limitó a revisar la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, régimen especial a favor de los Congresistas y que se extiende a los funcionarios de las altas cortes, en virtud del artículo 28 del Decreto 104 de 1994 y sobre la segunda, que es una decisión dictada en sede de tutela que no constituye precedente obligatorio para esta jurisdicción; respecto a la sentencia C-258 de 2013 debe recordarse que resolvió declarar 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”, contenida en su parágrafo.

Es así como la mencionada providencia de constitucionalidad de manera categórica en el acápite 4.1.1. se refiere al control constitucional rogado de las leyes y señala en forma expresa que el análisis que en ella se realiza, así como las decisiones que al respecto se adoptan, se circunscriben al régimen pensional previsto en la norma censurada, el cual es aplicable a los congresistas y magistrados de Altas Cortes, en ese sentido destacó:

“Por tanto, en este fallo no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas, entre otros. En consecuencia, lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados.”

La anterior aclaración se soporta en varias razones: En primer lugar y como indicó la Sala, la acción pública tiene un carácter rogado, por tanto, **sería contrario a la configuración constitucional de la acción que este Tribunal extendiera su análisis a otros regímenes dispuestos por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4 de 1992.** En segundo lugar, **cada régimen especial cuenta con una filosofía, naturaleza y características específicas, sin que sea posible extender de forma general lo aquí analizado en relación con el régimen especial de**

Congresistas. En efecto, todos los regímenes especiales, precisamente al ser especiales, son distintos entre sí y por tanto, ameritan cada uno un análisis diverso.

Por estas mismas razones, **no es procedente la integración normativa con disposiciones legales que establecen o regulan otros regímenes especiales, ni con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que consagra el régimen de transición. Cabe señalar frente a este último, que la demanda de inconstitucionalidad propuesta por los ciudadanos no tiene por objeto atacar la existencia misma del régimen de transición, sino del régimen especial dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992.**”(Subraya de la Sala)

De esa manera, considera esta Colegiatura que no es dable interpretar que lo dispuesto en la sentencia C-258 de 2013 es extensible a todos los regímenes pensionales en relación con el régimen de transición y especialmente sobre la exclusión del IBL como un elemento del mismo. Lo anterior con fundamento en las siguientes razones:

i) De conformidad con el control constitucional rogado de las leyes se infiere que la citada providencia contrajo su estudio y alcance al régimen especial que revisó, esto es el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, , por lo que al no estar la CORTE CONSTITUCIONAL estudiando la constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la interpretación que de esta norma hace la Corte no es *ratio decidendi* y por ello dicha interpretación³ carece de la fuerza vinculante obligatoria que poseen sus fallos⁴.

ii) Si bien es cierto que la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013 en un ejercicio de interpretación abstracta, señaló que **“el Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36”**, también lo es que se refirió a los principios de favorabilidad y de inescindibilidad de la norma⁵, los cuales han orientado la sostenida jurisprudencia de esa corporación y del H. Consejo de Estado, para decir que **“la interpretación más favorable del artículo 36 de la Ley 100 es aquella según la cual se deben aplicar todas las reglas de los regímenes especiales a los beneficiarios del régimen de transición”**; llegando a la conclusión que para ese caso concreto puesto a su análisis (artículo 17 de la Ley 4 de 1992), no existen argumentos para dar un tratamiento privilegiado en materia de ingreso base de liquidación, toda vez que por los sujetos a que se refiere dicha norma, un tratamiento diferencial, respecto del régimen general, podría afectar la sostenibilidad del sistema⁶.

³ “En cuanto a la existencia de cosa juzgada constitucional indica que según el artículo 243 superior “los fallos que dicte la Corte hacen tránsito a cosa juzgada”; que el artículo 6º del Decreto 2067 de 1991 ordena rechazar “las demandas que recaigan sobre normas amparadas por una sentencia que hubiera hecho tránsito a cosa juzgada” y que el artículo 21 del mismo Decreto se refiere al carácter obligatorio de esas decisiones tanto para las autoridades como para los particulares, así como el artículo 48 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, señala que la parte resolutive de las sentencias tiene carácter obligatorio y de efecto “erga omnes”.” CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1299 de 2005.

⁴ Consagra la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia: “ARTICULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general...”

⁵ Sentencia C-258-2013 “(...) Por otra parte, la Corporación ha sostenido que las disposiciones que regulan los regímenes pensionales, específicamente las reglas sobre edad, tiempo, tasa de reemplazo, IBL, topes y factores salariales, forman una unidad inescindible y, por tanto, deben aplicarse en su totalidad a los beneficiarios del régimen.”

⁶ Sentencia C-258 de 2013 “(...) no hay una razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de Ingreso Base de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad.”

Así entonces, la interpretación hecha por la Corte Constitucional referente a la cuantificación del ingreso Base de Liquidación de los destinatarios de la Ley 4 de 1992, beneficiarios del régimen de transición, *per se* no excluye otro tipo de interpretaciones en torno al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cuando los sujetos sean otros, pues de lo contrario se estarían desconociendo principios constitucionales, esenciales del derecho laboral, así como la independencia de la función judicial.

iii) De igual forma, advierte esta Colegiatura que la sentencia C-258 de 2013 no se separa de la interpretación vigente respecto de la aplicación supletiva del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 al momento de la determinación del IBL, y sostiene que a la luz de esa interpretación “(…) la Administración sólo puede aplicar las reglas generales de Ley 100, especialmente en materia de IBL, topes y factores salariales, cuando expresamente el régimen pensional anterior no haya establecido alguno de ellos”. Bajo ese supuesto interpretativo, al considerar que las normas censuradas no superaron el examen de constitucionalidad, así como tampoco justifican un tratamiento desigual por favorabilidad, la Corte resolvió excluir del ordenamiento jurídico lo que en el régimen especial de los congresistas se refirió a la determinación del IBL, para que en ausencia de dicho elemento, surja la necesidad de suplir ese vacío a través del régimen general contenido en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993⁷, tal como lo dispuso en la parte resolutive de la plurimencionada providencia.

iv) Aplicar de manera extensiva lo dispuesto por la Corte Constitucional sobre un régimen especial particular, sería tanto como colocar en un mismo escenario las distintas realidades propias de cada régimen especial y de los beneficiarios de los mismos, dejando de lado la labor interpretativa inherente al juez, y particularmente el deber constitucional que el artículo 53 –principio de favorabilidad- le impone al operador judicial, cual es el de elegir la interpretación de un precepto –de orden legal o constitucional- más favorable para los intereses del trabajador, en este caso, pensionado; facultad a la que innumerables veces se ha referido la jurisprudencia constitucional, y que no fue desestimada por lo dispuesto en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

v) Bajo ese entendido, el operador judicial no puede perder de vista los principios mínimos constitucionales del derecho laboral que actúan como mandatos de optimización frente a la interpretación de las leyes y que en su esencia señalan que en caso de que la norma genere duda en su interpretación, la misma debe solventarse a favor del trabajador, en aplicación del principio del *in dubio pro operario*, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política; Con fundamento en el mismo principio, toda interpretación que se haga de las fuentes formales del derecho, y la jurisprudencia lo es conforme lo consagra el C.P.A.C.A. y lo ha interpretado de forma unánime la Corte Constitucional⁸, debe realizarse a favor del trabajador, por lo que existiendo posiciones jurisprudenciales que soportan las dos interpretaciones estudiadas (el monto no incluye el IBL por lo que este se encuentra regido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 – el monto incluye porcentaje e IBL por lo que este se encuentra regulado por la normativa anterior) debe aplicarse la que favorece el derecho en discusión del pensionado, es decir, para el caso concreto la segunda de las interpretaciones del alcance del IBL.

⁷Sentencia C-258 de 2013 “(…) la Sala considera que en este caso el vacío que dejará la declaración de inexecutable de la expresión “durante el último año” debe ser llenado acudiendo a las reglas generales previstas en las dos disposiciones de la Ley 100 referidas.”

⁸ Ver, entre otras, sentencias C-836 DE 2001 y relacionada con la obligatoriedad de las sentencias de unificación del CONSEJO DE ESTADO, la sentencia C-634 DE 2011.

vi) No es dable desconocer el principio de la inescindibilidad del régimen o la normativa aplicable⁹, que desarrolla la seguridad jurídica y la confianza legítima, y que solo está llamado a ceder en los casos en que se enfrente jurídicamente con la favorabilidad y en un ejercicio de ponderación ésta deba primar.

vii) Esta colegiatura ha adoptado la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, especialmente la **sentencia de unificación de fecha 4 de agosto de 2010**¹⁰ que se refirió a los principios de progresividad, favorabilidad e inescindibilidad de la norma en materia pensional, y sobre la determinación del IBL de los beneficiarios del régimen de transición, dispuso:

“(…) Entre tanto, como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, **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.**

(…)

Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.”

(…)

Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los 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, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.” (destaca la Sala)

viii) El Consejo de Estado, en **sentencia de unificación, de fecha 12 de septiembre de 2014**¹¹, limitó de forma clara la aplicabilidad de la sentencia C-258 de 2013, al referirse a su alcance respecto del régimen de transición de que trata el Decreto 546 de 1971, diferenció entre los Magistrados de Altas Cortes regidos por el Decreto Reglamentario 104 de 1994 y el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, y aquellos beneficiarios del régimen especial contenido en el Decreto 546 de 1971, en virtud del régimen de transición, para concluir, sobre la determinación del IBL, en

⁹ Sobre este punto, ha dicho la doctrina: “Ahora bien, como se trata de diferentes regímenes pensionales, debe tenerse presente que la selección de uno u otro comporta la aceptación de todas sus condiciones, sin que sea jurídicamente posible acoger solamente lo favorable de uno y de otro, en razón del principio de inescindibilidad que rige la interpretación de la ley. Código Civil. Art. 31. “Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes.” CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. Concepto del 9 de marzo de 2006. Radicación 1718.

¹⁰ Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09)

¹¹ Radicación número: 25000-23-42-000-2013-00632-01(1434-14)

cada caso, que: “ante la ausencia de elementos jurídicos que permitan liquidar el monto de la mesada pensional del Magistrado de Alta Corte gobernado por el Decreto 104 de 1994, se debe entonces acudir a lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, que al fijar el régimen de transición impone su límite al promedio de lo devengado en los últimos 10 años, o a la integración normativa que legalmente corresponda al titular de acuerdo a la historia laboral que acredite.

Diferente al caso del Magistrado de Alta Corporación que encuentre regulada su situación por el Decreto 546 de 1971, que expresamente determina el reconocimiento de la pensión, con el 75% de la asignación más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio, tal como lo señala explícitamente su artículo 6°.” (Subrayas de la Sala)

En la providencia citada, es claro el propósito del órgano de cierre de esta jurisdicción, de diferenciar entre los beneficiarios del régimen de transición cuya norma anterior sea el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, y aquellos que se rigen por una normativa distinta, pues precisa que frente a los primeros se debe tener en cuenta lo resuelto en la sentencia C-258 de 2013, y en los demás casos, debe acudirse en su integridad a lo previsto en el anterior régimen.

ix) La mencionada sentencia de unificación del órgano de cierre de esta jurisdicción se refirió también al ejercicio interpretativo del juez frente a lo dispuesto sobre el régimen de transición en la sentencia C-258 de 2013, a su tenor dispuso:

“(…) esta Corporación jurisprudencialmente ha determinado en la aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como regla invariable, la indemnidad de los regímenes de transición, es decir, que **un régimen de transición debe ser aplicado en forma integral**; de manera, que **los topes fijados en la Sentencia C-258 de 2013, en los casos de quienes encuentran regida su situación pensional por el Decreto 546 de 1971, no son aplicables**, porque en efecto, son contrarios a la jurisprudencia estable y vinculante del Consejo de Estado (artículos 228 y 230 de la Carta Política¹² y 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011¹³) y evidentemente a la propia Sentencia C-258 de 2013 de la Corte Constitucional, que valga la pena resaltar, como regla jurídica de obligado acatamiento en materia de constitucionalidad, contiene en sí misma una circunstancia antinómica, que amerita un ejercicio interpretativo para facilitar su aplicación, en orden al principio de coherencia de todo el sistema jurídico sobre el que expande sus efectos. En efecto se tiene, que por orden del Constituyente -artículo 241 numeral 4° de la Carta Política- las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional producen un efecto vinculante en función con las normas legales sobre las que se pronuncian, lo que implica, que en la interpretación y aplicación del precepto que corresponda, su entendimiento se circunscriba al sentido de la decisión del juez de constitucionalidad, cuestión que habilita para reconocer, que dichas sentencias constituyen en sí mismas una regla jurídica. Pero, en razón de la dinámica inherente a los sistemas normativos que contienen en sí mismos hipótesis que han de regular la vida de relación de los asociados, es lógicamente posible, que ocurran inconsistencias, contradicciones o

¹² Constitución Política. Artículo 228. “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”.

Constitución Política. Artículo 230. “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

¹³ Ley 1437 de 2011. Artículo 102. “Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismo supuestos fácticos y jurídicos. ()”.

Ley 1437 de 2011. Artículo 265. “Si se niega la extensión de los efectos de una sentencia de unificación o la autoridad hubiere guardado silencio en los términos del artículo 102 de este Código, el interesado podrá acudir ante el Consejo de Estado mediante escrito razonado, al que acompañará la copia de la actuación surtida ante la autoridad competente. ()”.

espacios abiertos, cuyo efecto supondría dificultades ostensibles para su eficacia; **ahí justamente, es necesaria la labor del juez para disipar eventuales discordancias, que recobren para el ordenamiento el estándar de racionalidad exigible a fin de garantizar la eficacia o indemnidad de los derechos.**

De manera, que la forma como la Sentencia C-258 de 2013 ya citada, en la *ratio decidendi* del pronunciamiento, excluyó de su objeto a los regímenes especiales, entre ellos, el contemplado por el Decreto 546 de 1971, para luego en forma discordante, cobijarlo en el *decisum*, respecto a un elemento sustancial del mismo régimen; configura una contradicción, que debe ser interpretada por el fallador, en este caso, el Consejo de Estado, pues no es posible que el propio fallo guardián de constitucionalidad, en su *ratio* exprese una esfera de afectación de la decisión y al mismo tiempo, al consumir esa decisión, se contradiga desbordando la *ratio* expresada. Con este argumento, la Sala entiende, que el acatamiento de la Sentencia C-258 de 2013, supone reconocer su relevancia e interpretar sus efectos en el mundo de lo jurídico, indicando un juicio de interpretación, que se procederá a discernir.

Es así como, en la búsqueda del respeto por los regímenes de transición, al igual que en aras de la protección de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, quien laboró en calidad de Magistrado de una Alta Corporación habiendo consolidado su *status* pensional al amparo del Decreto 546 de 1971, le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión jubilatoria, sin sujeción a las restricciones establecidas por la Sentencia C-258 de 2013”

Ahora bien, como la demandante encuentra regulada su situación por el Decreto 546 de 1971 -que no por el Decreto 104 de 1994-, ello implica, que en esta oportunidad al reconocimiento pensional, no se aplican las restricciones determinadas por la Sentencia C-258 de 2013, pero sí, los condicionamientos a los que hace referencia el Acto Legislativo 1 de 2005, a partir de su vigencia -25 de julio de 2005-, en aras de la salvaguarda de la sostenibilidad del sistema pensional.” (Subrayas propias)

x) Así las cosas, el Consejo de Estado ha unificado la interpretación en torno a la aplicación de la sentencia C-258 de 2013, para concluir que las limitaciones e interpretaciones en ella contenidas, solo serían aplicables a aquellas personas que gozando del régimen de transición, se les aplica el régimen especial de pensiones (revisado en dicha providencia) y que a su vez adquieran su derecho a la pensión (estatus pensional, lo que se adquiere con edad y tiempo de servicios) con posterioridad al 5 de julio de 2005 o 31 de julio de 2010, según el caso.

xi) El Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala Plena, por medio de sentencia de unificación de fecha 25 de febrero de 2016¹⁴, fijó y unificó posición respecto de la providencia **SU-230 de 2015** y precisó que:

“(…) Ahora, con la sentencia SU-230 de 2015 se generalizan los criterios de una sentencia cuya motivación se basó en argumentos de desigualdad frente a la generalidad de los afiliados a la seguridad social, y se señala por parte de la Corte Constitucional que la referida sentencia C-258 de 2013 constituye “precedente” para extender la interpretación que allí se dispuso a la generalidad de las pensiones del régimen de transición, siendo que los argumentos de la sentencia de constitucionalidad se limitaban a las normas de la Ley 4° de 1992 y no a la interpretación de múltiples normas jurídicas en que se ha sustentado la liquidación de las pensiones del régimen de transición de los regímenes especiales del sector público.

(…) Quiere en esta oportunidad el Consejo de Estado señalar que, de conformidad con lo expuesto y como se expresó con anterioridad en esta providencia, el criterio invariable de

¹⁴ Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01541-01(4683-13)

esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%). La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4° de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013, pues conforme a la parte resolutive de la referida sentencia de control constitucional, *“las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL), aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso”*.

xii) Posteriormente, en **sede de tutela**, la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante **fallo de 15 de diciembre de 2016 (2016-01334-01)**¹⁵ dejó sin efectos la precitada providencia de unificación, y le ordenó a la Sección Segunda de esa Corporación proferir una nueva decisión atendiendo los lineamientos trazados, los cuales soporta en la fuerza vinculante y obligatoriedad del precedente fijado en las sentencias C-258 de 2013 y SU 230 de 2015 de la Corte Constitucional, precisando que la sentencia SU -230 de 2015 es obligatoria en todos los casos, a partir de la fecha de su expedición, así:

“(…) Ahora bien, la posición reiterada de esta Sala en relación al tema de discusión, es que la regla que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 **y que hizo extensiva en la SU- 230 de 2015** al resto de los regímenes especiales de pensión, que consiste en que el ingreso base de liquidación -IBL no era un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Es así como en casos similares este juez constitucional ha arribado a la misma conclusión respecto de la extensión de la regla jurisprudencial creada en la sentencia C-

¹⁵ Es de anotar que la Sección Quinta del H. Consejo de Estado, mediante sentencia dictada en sede de tutela el 23 de marzo de 2017, rectificó la posición fijada en el fallo constitucional proferido el 15 de diciembre de 2016, bajo el entendido que la sentencia SU -230 de 2015 es de obligatorio cumplimiento solo frente a los casos en los que se acredite que se adquiere el estatus pensional en fecha posterior a su publicación, esto es, después del 6 de julio de 2015. Posición que fue reiterada en la sentencia de 18 de mayo de 2017, Radicación número: 11001-03-15-000-2017-00715-00(AC). En lo pertinente se dijo:

“Para resolver el caso concreto, esta Sala a la luz del principio de transparencia y con el fin de salvaguardar los derechos pensionales adquiridos de los ciudadanos rectificará el criterio adoptado en asuntos similares, no en lo que respecta a la supremacía de las decisiones de la Corte Constitucional, sino frente a las situaciones a las cuales se le debe aplicar el respectivo precedente. En consecuencia, se confirmará el fallo de tutela de primera instancia que accedió al amparo deprecado, por los siguientes motivos: Así las cosas, las pautas fijadas por la aludida Corporación en las sentencias C-258 de 2013 y de unificación SU-230 de 2015, por regla general, son de obligatorio cumplimiento por todos los operadores judiciales desde el momento mismo de su conocimiento, pues, la primera, estableció la *«coherencia de una norma con la Constitución Política»*, y la segunda, *«unificó el alcance e interpretación de un derecho fundamental para casos que tengan un marco fáctico similar y compartan problemas jurídicos»*.

(…) Por tanto, el precedente de la Corte Constitucional en materia del IBL, en principio, opera desde el momento mismo en que se conoce de la decisión de unificación, pues con ella se hizo extensible la conclusión frente al examen de constitucionalidad para todos los regímenes pensionales.

Sin embargo, por involucrar derechos adquiridos¹⁵, ese carácter vinculante que se predica de las sentencias emitidas por el máximo órgano constitucional, debe aplicarse en atención al principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro del cual se encuentran las garantías establecidas en el artículo 53 de la Constitución Política¹⁵.

Por lo que, para resolver el caso concreto debe determinarse la fecha en que fueron proferidas las sentencias objeto de controversia y aquella en que fue publicitada la SU-230 de 2015, pues no podría exigirse su observancia si la mencionada decisión de unificación no había sido expedida.

No obstante, en virtud de la autonomía e independencia para el ejercicio de sus funciones, se puede considerar que en aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral contemplado en el artículo 53 Superior, la jurisprudencia vigente para el caso concreto es aquella emitida al momento en que se causó el derecho.

De manera que, la Sala encuentra que la parte actora es beneficiaria del régimen de transición previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985, por lo que prevalece la jurisprudencia propia del órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa, pues adquirió el estatus de pensionada el 20 de febrero de 2003¹⁵, mientras que la sentencia de unificación fue publicada en la página web de la Corte Constitucional el 6 de julio de 2015, de conformidad con la referencia citada en el numeral 3° del acápite *«II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL»* de la sentencia T - 615 de 2016.”

258 de 2013, la cual se hizo **obligatoria para todas las autoridades judiciales y administrativas a partir de la publicación de la sentencia SU 230 de 2015**, a saber:

“Así las cosas, la regla que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 y **que hizo extensiva en la SU- 230 de 2015** consiste en que el ingreso base de liquidación no era un aspecto sujeto a transición (...)

En este estado, se hace necesario precisar que las sentencias proferidas en primera y segunda instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por la señora Sierra Chaverra, se dictaron con posterioridad a la sentencia SU-230 de 2015, esto es, el 25 de mayo y el 25 de noviembre de 2015 respectivamente”.

Luego, si bien es claro que a partir de la **SU-230 de 2015** corresponde a las autoridades administrativas y judiciales, independiente del régimen especial, calcular el IBL de los beneficiarios del régimen de transición de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo a los parámetros fijados por la Corte Constitucional en el numeral 4.3.6.3 de las consideraciones de la sentencia C-258-13, también lo es, que la sentencia que se censura por vía de esta acción, no cumplió con lo dispuesto en la referida sentencia SU.

(...) esta Sala ha señalado que *“el precedente de las llamadas Altas Cortes es **obligatorio y vinculante**, tanto para estos como **para los jueces de inferior jerarquía y los demás órganos del Estado, quienes conociéndolo están obligados a su aplicación.**” (...)* **hecho que implica su obligatoria observancia** por parte de todos los operadores jurídicos **sin excepción**, pues nada se ganaría si, después de la labor de interpretación y unificación, los jueces o la administración pudieran seguir aplicando su criterio bajo la égida de una autonomía judicial mal entendida, generando no solo incoherencias en el sistema sino **tratos diversos a situaciones con supuestos de hecho iguales o similares, con las implicaciones que ello tendría en principios de rango constitucional como la igualdad, seguridad jurídica y la confianza legítima.**”¹⁶ (Destacado por la Sala)

En el sentido descrito, el precedente de la Corte Constitucional es de inmediata aplicación, al margen de si la demanda se presentó antes de que dicha Corporación fijara la tesis hoy día imperante frente al régimen de transición.

En observancia de lo anterior, concluye la Sala que la decisión dictada por la autoridad judicial accionada -Sección Segunda de esta Corporación, desconoció las reglas que respecto el tema bajo estudio, fijó la **Corte Constitucional en la sentencia SU 230 de 2015**; jurisprudencia que conforme a los argumentos expuestos en párrafos precedentes, era de obligatorio cumplimiento por el la Sección Segunda del Consejo de Estado y la cual **estaba vigente para fecha en que se profirió el fallo acusado.**”

xiii) En virtud de lo anterior, en cumplimiento a la orden de tutela, la Sala Plena de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, profirió **sentencia de fecha 9 de febrero de 2017 (Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 2013-01541 01)**, en la cual si bien dio cumplimiento al fallo dictado por el juez constitucional –Sección Quinta-, se advirtió que: **“no constituye una modificación al criterio interpretativo que del régimen de transición consagrado en la ley 100 de 1993, ha sostenido la Sección Segunda de esta Corporación.”**, y respecto a la determinación del Ingreso Base de Liquidación -IBL- para los beneficiarios del régimen de transición reiteró la tesis dominante en esa Corporación y sostenida especialmente en la sentencia de unificación de jurisprudencia del 4 de agosto de 2010, arribando a las siguientes conclusiones:

¹⁶ Ibidem.

“(…) 5.1. El Consejo de Estado, reitera la tesis que el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993, debe interpretarse de manera armónica, integral y en aplicación del principio de inescindibilidad normativa, ateniendo su finalidad; pues la interpretación que ha venido aplicando esta Corporación resulta razonable y favorable tanto de los derechos laborales como de las finanzas pública y en materia pensional se encuentran de por medio derechos constitucionales fundamentales que no pueden desconocerse. Igualmente, debe interpretarse la noción de salario en sentido amplio y no restrictivo.

5.2. No se hace evidente que el reconocimiento pensional, bajo el criterio del Consejo de Estado afecte las finanzas públicas, menos cuando el impacto fiscal no pueden limitar el acceso a las prestaciones sociales y pensionales. Además, ha sido línea jurisprudencial de esta Corporación ordenar los descuentos para efectos de cotización, sobre los factores salariales que no se hubieren hecho, pues se repite, en Colombia, no hay pensiones gratuitas, salvo, la especialísima del personal docente.

5.3. La mayoría de las normas pensionales anteriores a la ley 100 de 1993, contienen todos los componentes de la pensión como derecho, entre estos, los lineamientos para establecer el ingreso base de liquidación y el monto de la pensión, pues son de la esencia del régimen de transición: la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, este último comprende tanto el porcentaje de la misma, como la base reguladora e integran una unidad inescindible. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconocen dichos beneficios, en la medida que se distorsiona el sistema.

5.4. En el ordenamiento jurídico colombiano, se encuentra consagrado el principio de favorabilidad y conexo a éste, el principio de inescindibilidad, en la medida que la norma que se adopte debe aplicarse en integridad y se prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales. Al escindir la norma se compromete el derecho a la igualdad en materia laboral, el principio de favorabilidad de raigambre constitucional, los derechos prestacionales ciertos e indiscutibles que contiene el mínimo de beneficios en favor de la parte más débil de la relación laboral y su efectividad.

5.5. La regla de interpretación insita en la sentencia C-258-13 de la Corte Constitucional se originó en el contexto del control abstracto de constitucionalidad de un régimen especial y coyuntural, que extendió con la sentencia SU-530-15 y T-615-16, a todas las situaciones amparadas por el régimen de transición, y cobijadas tanto leyes generales como especiales anteriores a la ley 100 de 1993, no contiene todos los elementos necesarios para resolver cada uno de los casos particulares del régimen de transición que ocupan la atención de esta Corporación como órgano de cierre y que constituyen el precedente en la jurisdicción Contenciosa Administrativo.

5.6 Aplicarse de tajo la línea jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente en las pensiones amparadas por regímenes generales, es desfavorable, atentatorio del concepto de salario, de los principios de progresividad, y favorabilidad, compromete los derechos fundamentales del pensionado. También compromete la autonomía del juez contencioso administrativo, que es el único competente constitucionalmente, para el control de legalidad de los actos administrativos particulares y concretos a la luz de los principios constitucionales y legales.”

De ese modo, tal como se precisó en la mencionada sentencia, la línea jurisprudencial del Consejo de Estado se sintetiza en que esa Corporación ha entendido el régimen de transición: **“(…) a) bajo los principios de integridad e inescindibilidad normativa b) la noción de “monto” e “ingreso base de liquidación”**

como una unidad conceptual, c) los factores integrantes de éste, como meramente enunciativos y no taxativos, d) y ha ordenado el descuento por aportes en cuenta no se hubieren efectuado, para mantener el equilibrio en las finanzas públicas pensionales.”

En efecto, de lo expuesto se colige que a partir de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, el Consejo de Estado, sentó una tesis conforme la cual el régimen de transición, comprende para los beneficiarios del mismo la posibilidad de acudir en su integridad al régimen anterior en lo atinente a los requisitos de la edad, el tiempo de servicio y el monto, para adquirir el derecho pensional. Posición que ha sido reiterada en pronunciamientos recientes por la Sección Segunda y Primera de ese órgano de cierre¹⁷.

xiv) Sobre la obligatoriedad del precedente:

La Sección Segunda- Subsección “A” del H. Consejo de Estado, en **sentencia del 24 de noviembre de 2016**¹⁸, extendió, los efectos de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, en el proceso radicado 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-2009), en esa oportunidad, expresamente reafirmó de manera categórica que *“cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad (principio de inescindibilidad), sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho”*. **Igualmente, expuso las razones por las cuales, la particular interpretación de la sentencia SU-230-15, no obliga a las demás Cortes de Cierre**¹⁹, así:

“De lo expuesto se desprende que si en las sentencias SU 230 de 2015 y SU- 427 de 2016 se escoge una determinada interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y su aplicación a otros regimenes regulados por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, esa particular interpretación y aplicación de la ley no obliga a las demás Cortes de cierre, por las siguientes razones:

(i).- Como en virtud de lo dispuesto en el artículo 237, numeral 1, de la Constitución Política, el Consejo de Estado es el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, la jurisprudencia vinculante para resolver los conflictos cuya competencia le está atribuida a esta jurisdicción, es aquella dictada por este tribunal de cierre dentro del marco de la interpretación que la Constitución y la ley le confieren; por ello, no se considera vinculante la proferida por ninguna otra autoridad jurisdiccional, salvo la que expida la Corte Constitucional, en el ejercicio de control de constitucionalidad, esto es, como guarda de la integridad y supremacía de la Constitución o la que expida la misma Corte Constitucional (en la forma como se expuso anteriormente) o a través de sentencias de unificación (también llamadas “SU”), en cuanto se refieren a la aplicación, interpretación y alcance de las normas constitucionales (en especial de los derechos fundamentales) y no en cuanto a la interpretación de las normas legales. Admitir una tesis contraria, esto es, que todas las sentencias SU de la Corte Constitucional tienen mayor fuerza vinculante que las dictadas por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conduciría, como atrás se dijo, a desconocer uno de los pilares

¹⁷ sentencia de 2 de febrero de 2017 Radicación número: 50001-23-31-000-2012-00260-01(3568-15), Sentencia de 15 de diciembre de 2016, Radicación número: 11001-03-15-000-2016-02475-00(AC), Sentencia de 26 de noviembre de 2016 (2006-7509-01).

¹⁸Consejo de Estado. Sentencia del 24 de noviembre de 2016. Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13). C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

¹⁹ Cita que fue reiterada por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en sentencia de 9 de febrero de 2017, rad. 250002342000201301541 01.

del Estado Social de Derecho, cual es la estricta separación del poder público en ramas y el insoslayable marco de competencias regladas.

(ii).- De acuerdo con el artículo 48 de la Ley 270 de 1996 las sentencias dictadas por la Corte Constitucional en el control de constitucionalidad de las normas legales (también llamadas "C"), sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive (y en la parte motiva sí y solo si ésta fundamentara de manera directa e inescindible la decisión contenida en la parte resolutive), en tanto que las adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes y su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces. La única sentencia tipo C emanada de la Corte Constitucional que podría vincular a esta Corporación sobre el tema es la C-258 de 2013, pero ella se refiere exclusivamente al sentido y alcance del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, que no es el caso que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad. Las sentencias SU 230 de 2015 y SU 427 de 2016, son sentencias de tutela, que a pesar de producir efectos interpartes, están llamadas a ser aplicadas con carácter vinculante en las salas de revisión de tutelas de la propia Corte Constitucional y en las demás cortes, tribunales y juzgados del país, en tanto y en cuanto estén referidas a la aplicación y alcance de las normas constitucionales y, en especial, a los derechos fundamentales (doctrina constitucional integradora).

(iii).- Las tesis plasmadas en las sentencias de unificación proferidas el 4 de agosto de 2010 y del 25 de febrero de 2016 por la Sección Segunda de esta Corporación, se inscriben dentro del sistema de fuentes del derecho y tienen carácter prevalente y vinculante, a la luz de lo dispuesto en los artículo 10, 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011.

(iv).- De acuerdo con el parágrafo del artículo 334 de la Constitución Política «bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva». No se puede favorecer la sostenibilidad fiscal, como se sostiene en las sentencias SU en mención, a cambio del menoscabo de los derechos fundamentales de los pensionados, relacionados con la reliquidación y reajuste de su prestación social, los cuales tienen incidencia en los derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y a la dignidad humana, entre otros.

(v).- El artículo 53 constitucional consagra el principio de favorabilidad al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho. La jurisprudencia del Consejo de Estado garantiza de manera efectiva los derechos de las personas asalariadas de quienes han consagrado su vida y su fuerza laboral al servicio de la sociedad, con la expectativa legítima de obtener una pensión de jubilación justa que refleje su trabajo y su esfuerzo y no por ello puede considerarse un abuso del derecho, fraude a la ley o existencia de conductas ilícitas o amañadas.

(vi).- El régimen salarial y prestacional de los servidores públicos no es intangible, se puede modificar; sin embargo, para no vulnerar derechos adquiridos ni expectativas legítimas y ciertas, el ordenamiento jurídico prevé regímenes de transición. El régimen de transición pensional de todos los servidores públicos y privados es inescindible, contempla beneficios que no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad y no se puede aplicar por partes sino en toda su extensión, so pena de crear un régimen híbrido y atípico. De conformidad con las nítidas voces del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el régimen de transición allí contenido comprende edad, tiempo de servicio y monto de la prestación²⁸ y, en lo que toca con este último punto, ha considerado la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado que abarca factores salariales, porcentaje y tiempo a tomar en cuenta para su liquidación²⁹. El artículo 36

de la Ley 100 de 1993 no contempla el concepto de «tasa de reemplazo», contenido en la sentencia SU 427 de 2016, pero si contempla el de «monto» como elemento constitutivo del régimen de transición.

(vii) **Al haber normas especiales que regulan el monto de la pensión de jubilación de las personas que están amparadas por el régimen de transición, deben aplicarse estas y no la norma general contenida en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.**

(viii).- Aplicar un criterio distinto al señalado en las sentencias de unificación del Consejo de Estado, conlleva una regresión de los derechos laborales³⁰

(ix).- El hecho de que las entidades públicas no hubieren efectuado los aportes de ley, no puede traducirse en un menoscabo de los derechos de los trabajadores. La omisión de las entidades públicas de efectuar los correspondientes aportes no puede beneficiarlas ni tener repercusión perjudicial respecto de sus servidores públicos, por cuanto a nadie puede favorecer su propia culpa: *Nemo auditur propiam turpitudinem allegans*.

(x).- Aplicar el criterio de la Sección Segunda del Consejo de Estado no violenta e principio de la razonabilidad en la prestación, pues, en suma lo que aquel señala es que los derechos salariales y prestacionales conforman una base integral, siendo la pensión de jubilación el reflejo de esa realidad laboral o como lo ha dicho la propia Corte Constitucional el salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo, compuesto por todos los factores que retribuyen sus servicios.²⁰ (Destaca la Sala)

Respecto de la obligatoriedad del precedente vertical el órgano supremo constitucional ha sido enfático en señalar que **los jueces deben seguir el precedente proferido por el superior funcional de su respectiva jurisdicción.** Sobre el particular, en sentencia T-446 de 2013, con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, destacó:

“4.9 Específicamente respecto al precedente vertical, la Corte ha señalado que las autoridades judiciales que se apartan de la jurisprudencia sentada por órganos jurisdiccionales de superior rango sin aducir razones fundadas para hacerlo, incurrir necesariamente en violación del derecho a la igualdad, susceptible de protección a través de la acción de tutela.

(...) **En esta perspectiva ha concluido la Corte que ningún juez debería fallar un caso sin determinar cuáles son las disposiciones de ley aplicables para solucionarlo y sin determinar si él mismo o el tribunal del cual hace parte (en el caso de las salas de un mismo tribunal) ha establecido una regla en relación con casos similares, o si existen reglas interpretativas fijadas por autoridades judiciales de superior jerarquía, o por órganos tales como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o la Corte Constitucional, ubicados en la cúspide de las respectivas jurisdicciones y dotados de competencias destinadas a unificar la jurisprudencia.**

En consecuencia, cuando las altas corporaciones se han pronunciado sobre un asunto particular, **el juez debe aplicar la subregla sentada por ellas.** En estos casos, la autonomía judicial se restringe a los criterios unificadores de dichos jueces colegiados. En caso de que el cambio de postura no se justifique expresamente, la consecuencia no puede ser otra que la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso.

²⁰ Consejo de Estado. Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13), sentencia de 24 de noviembre de 2016. MP. Gabriel Valbuena Hernández.

4.11 En síntesis, la autonomía judicial en el proceso de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico no es absoluta, pues las autoridades judiciales deben procurar respeto al derecho fundamental a la igualdad y a los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y buena fe. La observancia del derecho a la igualdad en el ámbito judicial implica que los jueces deben resolver los casos nuevos de la misma manera en que han resuelto los casos anteriores.” (Subrayas propias)

Así entonces, si la función de unificar los criterios e interpretaciones del ordenamiento jurídico está confiada a los órganos de cierre de las instancias en las distintas especialidades de la jurisdicción, son estos criterios los que deben prevalecer ante las distintas interpretaciones de la ley que otros jueces de todo orden puedan tener en garantía de principios como la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 del C.P.A.C.A., precitado.²¹

Finalmente, en reciente providencia de 16 de marzo de 2017²² el H. Consejo de Estado, Sección Segunda, precisó que el precedente obligatorio para la jurisdicción contencioso administrativa frente al tema de ingreso base de liquidación, para los beneficiarios del régimen de transición, es el contenido en la plurimencionada sentencia de 4 de agosto de 2010, y reiteró:

“(…) 2.5.2.4. En este orden de ideas, siendo el Consejo de Estado máximo órgano y tribunal de cierre de lo Contencioso Administrativo, el criterio adoptado por esta corporación en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010²³, se constituye en un referente obligatorio para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a efecto de determinar el IBL sobre el cual se debe efectuar la reliquidación de las mesadas pensionales, tal como lo realizó el tribunal accionado en el caso *sub examine*.

En otras palabras, al no existir un pronunciamiento en sede de lo Contencioso Administrativo, que cambie o modifique la postura adoptada por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, es del caso aplicar aquella regla mantenida por esta Corporación, aplicada en la generalidad de los casos estudiados en la

²¹ El Consejo de Estado, en pronunciamiento de 10 de diciembre de 2013, Radicado Interno: 2177, se refirió a la importancia de las sentencias de unificación como precedente jurisprudencial y su obligatoriedad al tratarse del órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa, a cargo del cual se encuentran las sentencias de unificación y efectos, a la luz de lo dispuesto en el artículo 270 del CPACA, que desarrolló lo dicho en el artículo 103 de la Constitución Política. En lo pertinente, la jurisprudencia en cita preceptuó:

“ Se ha señalado hasta el momento (i) que la función de unificación de la jurisprudencia en cabeza del Consejo de Estado deriva de su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y que, en tal sentido, es anterior a la ley 1437 de 2011; y (ii) que la Administración tiene el deber general de tener en cuenta las sentencias de los órganos de cierre en que se han interpretado las normas aplicables al asunto que debe resolver en sede administrativa, lo cual reduce la litigiosidad, promueve la seguridad jurídica y asegura el principio de legalidad y la igualdad de trato a los ciudadanos. En este contexto, la ley 1437 de 2011 reforzó el valor de las sentencias de unificación a través varios mecanismos de activación judicial y administrativa de sus efectos, así: 1. Deben ser tenidas en cuenta por la Administración al resolver las actuaciones administrativas, con el fin de garantizar la aplicación uniforme de las normas constitucionales y legales aplicables al caso (artículo 10); 2. Cuando reconocen derechos permiten que las personas soliciten la extensión de su efectos a casos con los mismos supuestos fácticos y jurídicos de la sentencia de unificación (artículo 102); y si la Administración niega esa extensión o guarda silencio, facultan al ciudadano para acudir directamente al Consejo de Estado con el fin de solicitarla (artículo 269) 3. Su desconocimiento por los Tribunales Administrativos en sentencias de segunda o única instancia es causal del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia (art.256 y ss) 4.Su desconocimiento por los Tribunales Administrativos también es causal para solicitar la revisión de acciones populares o de grupo (art.272 y ss) 5. La necesidad de expedir una sentencia de unificación jurisprudencial permite que la Sala Plena del Consejo de Estado asuma competencia de asuntos pendientes de fallo en las Secciones que la componen y a estas últimas que lo hagan en relación con los asuntos pendientes de fallo en sus subsecciones o en los tribunales administrativos (artículo 271). 6. Deben ser tenidas en cuenta por las autoridades administrativas para las conciliaciones y así lo debe advertir a ellas el Ministerio Público (artículo 302, parágrafo). De esta manera, las sentencias de unificación producen efectos en el interior de la propia jurisdicción (...)” (Subrayas de la Sala)

²² Así se reiteró por la misma sección, en sentencia de 5 de abril de 2017, Radicación número: 11001-03-15-000-2017-00514-00(AC), al considerar: **“En este orden, la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, Exp. 2006-07509 (0112-2009), que sustenta la solicitud de tutela, se constituyen en un referente obligatorio para la Jurisdicción, a fin de irrogar un trato jurídico equivalente a situaciones que presentan identidad de causa, hechos y pretensiones.**

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Victor Hernando Alvarado Ardila, Expediente No. 25000232500020060750901, número interno: 0112-2009, Actor: Luis Mario Velandia.

jurisdicción, que se ha tomado como referente de igualdad entre situaciones que conllevan identidad de causa, hechos y pretensiones, a fin de irrogar un trato jurídico equivalente. (Destaca la Sala)

Por los argumentos esgrimidos esta Corporación seguirá acogiendo la línea jurisprudencial del H. Consejo de Estado, descrita “in extenso” en las sentencias de unificación del 4 de agosto de 2010 y 12 de septiembre de 2014, según la cual, a la luz de los principios de favorabilidad e inescindibilidad de la Ley, a los beneficiarios del régimen de transición se les debe aplicar de manera integral el régimen especial anterior a la Ley 100 de 1993; puesto que una interpretación en contrario desnaturaliza el régimen de transición, y afecta de forma desfavorable el monto de la pensión de los beneficiarios del mismo.

Para lo anterior, se insiste en que la posición del Consejo de Estado, ampliamente expuesta, no ha mutado en relación con la interpretación del régimen de transición²⁴ y lo que existe en la actualidad es una discrepancia hermenéutica sobre la obligatoriedad del precedente fijado por la Corte Constitucional en las sentencia C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, frente a lo cual en virtud de los argumentos expuestos, esta Colegiatura acoge la tesis según la cual los jueces deben seguir el precedente proferido por el superior funcional de su respectiva jurisdicción.

En este punto conviene recordar que en reciente decisión de fecha 28 de junio de 2018, rad. **11001-03-15-000-2017-02688-01(AC)**, el H. Consejo de Estado, Sección Segunda, consideró que el desconocimiento del precedente establecido en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 constituye un defecto sustantivo²⁵

3.3.1 Caso Concreto

Considera esta Colegiatura pertinente precisar que de acuerdo con lo probado en el plenario y especialmente según lo consignado en el acto de reconocimiento pensional a favor del demandante, no se discute que el señor Alfredo Bermúdez Taboada es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, artículo 36 y que por tanto, reunía los requisitos para acceder al reconocimiento pensional a la luz del régimen anterior –Ley 33 de 1985-²⁶.

En efecto, la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º dispuso:

“Artículo 1º de la Ley 33 de 1985. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y

²⁴ Sobre la aplicación integral del régimen de transición revisar las siguientes providencias: i) Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección “A”, sentencia de 16 de marzo de 2017, Rad. 11001-03-15-000-2016-00035-01(AC); ii) Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección “B”, sentencia de 6 de abril de 2017, Radicación número: 19001-23-33-000-2014-00307-01(4783-15), entre otras.

²⁵ A similar conclusión arribó la Alta Corporación en las siguientes providencias: sentencia de 28 de junio de 2018, Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Hernando Sánchez Sánchez, Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02976-01(AC); sentencia de 28 de junio de 2018, Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Hernando Sánchez Sánchez, Radicación número: 01-03-15-000-2017-03344-00(AC); sentencia de 28 de junio de 2018, Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Hernando Sánchez Sánchez, Radicación número: 11001-03-15-000-2018-00654-00(AC); sentencia de 18 de junio de 2018, Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas, Radicación número: 11001-03-15-000-2018-01060-00(AC); sentencia de 18 de junio de 2018, Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas, Radicación número: 11001-03-15-000-2018-01377-00(AC); sentencia de 18 de junio de 2018, Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: William Hernández Gómez, Radicación número: 11001-03-15-000-2018-01377-00(AC).

²⁶ En este punto es válido precisar que si eventualmente se acogiera la posición fijada en reciente jurisprudencia por la Sección Quinta del H. Consejo de Estado –fallo de tutela de 23 de marzo de 2017 Rad. 11001-03-15-000-2016-03366-01-, habría que decir que para el caso concreto no resulta aplicable el precedente establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 2015, como quiera que el demandante obtuvo el reconocimiento pensional el 21 de febrero de 2014 (fl. 7-12 C.1) fecha en la cual acreditaba los requisitos revistos en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, es decir que consolidó su derecho en fecha anterior a la publicación de la sentencia SU-230 de 2015 (6 de julio de 2015).

cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

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

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

Sobre la forma como se debe calcular el Ingreso Base de Liquidación de las personas cobijadas con el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, extendiendo el precedente fijado en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, el H. Consejo de Estado en sentencia del 24 de noviembre de 2016²⁷ precisó:

“Cambio de postura de la Sala. Si bien es cierto, esta Sala de Decisión había adoptado como postura jurisprudencial que « [el] problema jurídico [de la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010] se centró únicamente en determinar los factores [salariales] que debían componer el ingreso base de liquidación, más no el promedio del tiempo para el cálculo del mismo», y que por ende, este último representaba «un nuevo problema jurídico que no [podía] ser resuelto dentro de la solicitud de extensión de jurisprudencia ya que excede su alcance», en esta oportunidad, en aras de dar efectiva aplicación a los principios de igualdad, favorabilidad, progresividad (o no regresividad) en materia laboral, se considera procedente cambiar dicha tesis, y reafirmar de manera categórica que **«cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad (principio de inescindibilidad), sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho».**

Con todo, conviene precisar que el establecimiento de los regímenes de transición obedece al propósito de garantizar la intangibilidad de las expectativas legítimas de quienes se encuentran emplazados en una situación jurídica determinada, con lo cual se quiere evitar que el cambio abrupto del régimen que les era aplicable, acabe defraudando tales expectativas. (...) Dicho de otra manera, los regímenes de transición exceptúan de la aplicación, en todo o en parte, del nuevo régimen consagrado en la ley 100 de 1993, más aún, cuando la norma que establece el índice base de liquidación, es una norma a todas luces desfavorable cuya aplicación retroactiva desconocería principios fundantes del derecho laboral. (Destaca la Sala)

La posición expuesta en la providencia citada se acompasa con la línea jurisprudencial de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, adoptada por esta Sala de Decisión, conforme los argumentos ampliamente esbozados en el acápite anterior; por lo que se considera que en el sub lite, acertó el A quo al considerar que para efectos de fijar el monto y el ingreso base de liquidación de la prestación reconocida a la parte actora, se debía tener en cuenta el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios (03 de mayo de 2013 al 02 de mayo de 2014), con la inclusión de todos los factores salariales percibidos por la demandante

²⁷ Consejo De Estado- Sala De Lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Subsección “A”, Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández, proceso radicado 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-2009).

durante dicho periodo (asignación básica mensual, trabajo suplementario, bonificación por servicios prestados, prima de servicios y prima de navidad).

En ese orden se desestimarán los cargos alegados por la entidad demandada en el recurso de apelación, precisando que respecto de los conceptos cuya inclusión en el IBL se ordena, y por los cuales no se hubieren practicado aportes, se deberán efectuar las deducciones del caso.

En atención a la exposición jurídica que precede, esta Sala de Decisión se aparta de la posición fijada por el Ministerio Público, por las siguientes razones:

i) Si bien es cierto que las decisiones de la Corte Constitucional dictadas en ejercicio del control de constitucionalidad (sentencias C), con efectos *erga omnes* son de obligatorio cumplimiento en su parte resolutive, no lo son, las adoptadas en sede de tutela, pues los efectos de estas últimas son *inter partes*;

ii) La única sentencia tipo C emanada de la Corte Constitucional sobre el tema es la C-258 de 2013, pero ella se refiere exclusivamente al sentido y alcance del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, que no es el caso que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad;

iii) El artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 se dirige a orientar el ejercicio de las autoridades que ejerzan funciones administrativas con el alcance dado en el artículo 2º ibídem, es decir que no cubre *per se* la actividad judicial; ahora bien, en la sentencia C-634 de 2011 que revisó la exequibilidad de esa disposición normativa se dispuso que tales 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”*, en lo pertinente debe precisarse que las sentencias SU 230 de 2015, SU 427 de 2016, SU 210 de 2017 y SU 335 de 2017, dictadas en sede de tutela, no interpretan una norma constitucional, sino una disposición legal contenida en la Ley 100 de 1993 –artículo 36- cuyo debate de aplicación es de la esfera interpretativa del H. Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, caso en el cual, las sentencias que obligan a los tribunales y jueces de esta jurisdicción son las dictadas en unificación por el H. Consejo de Estado, que constituyen precedente obligatorio en consonancia con lo preceptuado en el artículo 270 del CPACA.

iv) Sobre la determinación del ingreso base de liquidación –IBL- de los beneficiarios del régimen de transición, el H. Consejo de Estado ha dictado sentencias de unificación cuyo criterio no ha sido modificado, sino por el contrario, ratificado. En lo pertinente se destacan las sentencias de unificación de 4 de agosto de 2010, de 12 de septiembre de 2014 y de 24 de noviembre de 2016.²⁸

²⁸ Sentencia de 24 de noviembre de 2016 que extendió, los efectos de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, en el proceso radicado 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-2009), y sobre la determinación del IBL en el régimen de transición dispuso: **“Cambio de postura de la Sala.** Si bien es cierto, esta Sala de Decisión había adoptado como postura jurisprudencial²⁸ que « [el] problema jurídico [de la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010] se centró únicamente en determinar los factores [salariales] que debían componer el ingreso base de liquidación, más no el promedio del tiempo para el cálculo del mismo», y que por ende, este último representaba «un nuevo problema jurídico que no [podía] ser resuelto dentro de la solicitud de extensión de jurisprudencia ya que excede su alcance», en esta oportunidad, en aras de dar efectiva aplicación a los principios de igualdad, favorabilidad, progresividad (o no regresividad) en materia laboral, se considera procedente cambiar dicha tesis, y reafirmar de manera categórica que «cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad (principio de inescindibilidad), sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho».

v) Finalmente, y por lo expuesto, no estima esta Sala que sea procedente aplicar la fórmula sugerida por el señor agente del Ministerio Público, esto es, que se ordene la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el tiempo que le hiciera falta al actor para adquirir su derecho pensional, pues ello plantea una mixtura hermenéutica entre, de un lado, la posición de la Corte Constitucional, de la cual se aparta esta Sala de Decisión, que señala que para la determinación del IBL se debe tener en cuenta lo previsto en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 1198 de 1994, y de otro lado, la posición del Consejo de Estado según la cual se debe dar aplicación integral a lo establecido en la ley 33 de 1985 y su modificatoria Ley 62 del mismo año, y dispone tener en cuenta todos los conceptos salariales devengados, sin atender el listado enunciativo contenido en el precepto legal.

Como se lee, son posturas interpretativas que en su esencia se excluyen, de tal suerte que no resulta viable la adopción parcial de una y otra, pues ello desconocería los principios que se invocan como fundamento de cada una, entre ellos el principio de favorabilidad y de inescindibilidad de la ley.

En línea a las consideraciones expresadas, hay lugar a confirmar la sentencia apelada que ordenó la reliquidación de la pensión jubilación devengada por el demandante, con la inclusión de todos los factores pensionales percibidos durante el último año de servicios, conforme lo previsto en la Ley 33 de 1985.

- Condena en costas

Conforme el artículo 188 del C.P.A.C.A. se procede a verificar si hay lugar a condenar en costas en el caso concreto. En este punto, reitera la Sala el criterio *objetivo –valorativo*²⁹ previamente adoptado, bajo el entendido que conforme el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P. *“solo habrá lugar a condenar en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*.

En el *subjudice* no existe evidencia alguna de causación de expensas –costas o agencias en derecho- que justifiquen su imposición a la parte vencida en el proceso, en este caso la parte demandada –COLPENSIONES-, razón por la cual no se fijaran costas en esta instancia.³⁰

²⁹ Sobre el criterio objetivo-valorativo el H. Consejo de Estado Sección Segunda, subsección B, en **sentencia de 12 de diciembre de 2017** (Expediente: 15001-23-33-000-2013-00562-01(3518-14), C.P. César Palomino Cortés; precisó lo siguiente: “del citado artículo se extraen los elementos que determinan la imposición de la condena en costas, a saber: i) objetivo en cuanto a que toda sentencia decidirá sobre las costas procesales, bien sea para condenar total o parcialmente o, en su defecto, para abstenerse y ii) valorativo en el entendido de que 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.” También ver sentencias de 7 de abril de 2016, proferidas por la Subsección “A” de la Sección Segunda, C.P. William Hernández Gómez, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.; sentencia de 12 de diciembre de 2017, expediente número: 25000-23-42-000-2013-05105-01(0209-15), actor: Daniela Del Pilar Baracaldo Baracaldo

³⁰ Esta posición se acompaña con recientes pronunciamientos del H. Consejo de Estado: **i) Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 21 de junio de 2018, Rad. 73001-23-33-000-2015-00346-01(4323-16)** se dijo: “la Sala observa que el *a quo* no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada, quien dentro de sus facultades hizo uso mesurado de su derecho a la réplica y contradicción. Por ello, se revocará este aparte de la sentencia apelada.”; **ii) Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 21 de junio de 2018, Rad. 19001-23-33-000-2013-00442-01(22017)**: “Una vez revisado el expediente, se advierte que no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas en ninguna de las dos instancias. Por lo tanto, no procede la condena en costas.”; **iii) Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 24 de mayo de 2018, Rad. 68001-23-33-000-2013-00682-01(21243)**: “(...) 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 (subrayas del texto original). 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”.

Apelación – Sentencia
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación Nº 23-001-33-33-003-2016-00151-01
Demandante: Alfredo Bermúdez Taboada.
Demandado: Colpensiones.
Tribunal Administrativo de Córdoba

En mérito de lo expuesto, a través de su Sala Cuarta de Decisión, el Tribunal Administrativo de Córdoba administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia de 7 de junio de 2017 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Montería, que accedió a las pretensiones de la demanda, conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: ABSTÉNGASE de imponer costas en esta instancia por lo expresado en la parte considerativa de este proveído.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue estudiada, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS EDUARDO MESA NIEVES

PEDRO OLIVELLA SOLANO

NADIA PATRICIA BENITEZ VEGA

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÓRDOBA

Se Notifica por Estado Nº 155 a las partes de la providencia anterior, Hoy 13 SEP 2018 a las 8:00 a.m.

Colola
2

(...) revisado el expediente, no existen elementos de prueba que demuestren las erogaciones por concepto de costas o agencias en derecho a favor de la apelante. Por lo tanto, se niega la condena en costas en ambas instancias.”; iv) Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 25 de abril de 2018, Rad. 11001-03-15-000-2018-00012-00(AC): “Si bien, las costas incluyen los gastos del proceso y las agencias en derecho, el juez debe verificar que se hayan causado, así que está sujeto a comprobación y no es imperativo que siempre deba condenarse a su pago.”; v) Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 19 de abril de 2018, Rad. 23001-23-33-000-2014-00040-01 (21761): “No se condena en costas (gastos o expensas del proceso y agencias del derecho), en esta instancia, porque en el expediente no se probó su causación, como lo exige el numeral 8 del artículo 365 del CGP, aplicable al caso concreto por expresa remisión del artículo 188 del CPACA.”. También se pueden revisar las siguientes providencias de la sección Segunda del Consejo de Estado: Sentencia de 30 de marzo de 2017 (Expediente: 23001233300020140014401); sentencia del 19 de enero de 2015, No. Interno 4583-2013, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 16 de julio de 2015, No. Interno 4044-2013, Consejera Ponente (e) Sandra Lisset Ibarra Vélez. (Se destaca)



Rama Judicial
Tribunal Administrativo de Córdoba
República de Colombia

Montería, treinta (30) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Sala Tercera de Decisión

Magistrada ponente: Diva Cabrales Solano

Radicado: 23.001.23.33.000.2012.00085

Demandante: Nidia Mercado Noriega

Demandado: Cajanal E.I.C.E. en liquidación y otra

MEDIO DE CONTROL

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se procede a dictar sentencia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instaurado por la señora Nidia Mercado Noriega a través de apoderado, contra Cajanal E.I.C.E. en liquidación y la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales (UGPP).

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES

Se pretende la declaratoria de la nulidad de la Resolución N° UGM 030503 de 31 de enero de 2012, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal E.I.C.E. en Liquidación, por medio del cual se deja en suspenso la sustitución de la pensión de gracia, correspondiente al señor Jorge Lucio Contreras Hernández, (Q.E.P.D.) quien en vida se identificaba con la C.C. N° 9.125.954 de Magangué.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal E.I.C.E. en Liquidación o a la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales (UGPP) a reconocer y pagar a favor de la señora Nidia Mercado Noriega, la sustitución de pensión de jubilación (sic) en un 100%, como cónyuge supérstite del causante, el señor Jorge Lucio Contreras Hernández a partir de la fecha de su fallecimiento, el 1 de enero de 2011.

1.2. HECHOS

El primero de enero de 2011, falleció en la ciudad de Montería el señor Jorge Lucio Contreras Hernández, quien al momento de su deceso y en razón a su trayectoria como docente disfrutaba de la pensión de gracia a cargo de la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal E.I.C.E. en Liquidación, reconocida mediante resolución N° 8763 de 27 de mayo de 1997 por la suma de \$244.674.98, efectiva a partir del 27 de mayo de 1993.

El señor Contreras Hernández mantuvo relaciones maritales con NIDIA MERCADO NORIEGA durante más de 46 años y luego contrajeron matrimonio ante el notario Primero del Círculo Notarial de la ciudad de Montería, protocolizado bajo el número de escritura 480 de fecha 27 de marzo de 2009. De la relación del causante y la demandante nacieron Cenobia Cristina Contreras Mercado, Patricia Lucia Contreras Mercado, Eyra Luz Contreras Mercado, Nidia Isabel Contreras Mercado Y Diana Clareth Contreras Mercado.

El señor Jorge Lucio Contreras Hernández también sostuvo relaciones extramatrimoniales con la señora LUZ MARINA HERNÁNDEZ NEGRETE, de las cuales nacieron 3 hijos, Jorge Mario Contreras Hernández, Celeste Judith Contreras Hernández Y Martha Paola Contreras Hernández.

Tanto la parte demandante, como la señora Luz Marina Hernández Negrete presentaron solicitudes para el reconocimiento y pago de la pensión de gracia a la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal E.I.C.E. en Liquidación. Mediante resolución 030503 de 31 de enero de 2012, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE en liquidación, negó el reconocimiento de la Pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento de CONTRERAS HERNANDEZ JORGE LUCIO a las señoras MERCADO NORIEGA NIDIA Y HERNANDEZ NEGRETE LUZ MARINA, por considerar que ambas que convivieron con el causante hasta el 01 de enero de 2011.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

Con el acto demandado se transgredieron los Artículos, 1, 5, 11, 13, 48, 49, 53 de la constitución política, el decreto 01 de 1984 en sus artículos 134 b numeral 2, 135, 136 numeral 2, 137, 139 y 142.

II. TRAMITE PROCESAL

Mediante auto de fecha 22 de octubre de 2012 se admitió la demanda, ordenando su notificación a los respectivos representantes legales de las entidades demandadas, Cajanal E.I.C.E. en liquidación y UGPP, al Agente del Ministerio Público y al Director General de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

2.1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1.1 CAJANAL E.I.C.E. EN LIQUIDACIÓN

La entidad de Cajanal E.I.C.E. en liquidación a través de apoderado contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, debido a que carecen de sustento jurídico y probatorio que permita establecer que Cajanal desconoció los derechos de la parte actora. Además argumenta que la entidad demandada Cajanal E.I.C.E. en liquidación dio aplicación al artículo 6° de la ley 1208 de 2004, la cual manifiesta que en caso de controversia la autoridad pública deberá dejar en suspenso el pago solicitado para que un juez en el ejercicio de sus funciones sea quien determine a quien le corresponde el pago de la pensión y en qué proporción

2.1.2 UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP

La Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social UGPP, a través de apoderado contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, en razón a que no tienen fundamento jurídico y por qué son contrarias a la ley.

2.2. TRÁMITE POR AUDIENCIAS

La audiencia inicial se celebró el día 14 de febrero de 2017, en la cual se fijó el litigio y se decretaron pruebas. La audiencia de pruebas fue llevada a cabo en la sesión del 28 de marzo de 2017, posterior al traslado de las pruebas recaudadas a la parte se admitieron como pruebas, se cerró el periodo probatorio y se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión por escrito.

2.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.3.1 Parte Demandante

La parte demandante en sus alegatos de conclusión sustenta que la señora Luz Marina Hernández Negrete no aporta documento o prueba que acredite algún tipo de relación con el causante, tal cual como lo establece el artículo 54 de la ley 54 de 1990, que dispone que la misma se hace valer por escritura pública, acta de conciliación o declaración judicial. Con base en esto, y por considerar y probar que su mandante estuvo haciendo vida marital con el causante hasta la muerte y que convivió con este no menos de 5 años continuos con anterioridad a su fallecimiento, alega que la señora Nidia Mercado Noriega tiene la capacidad para gozar en un 100% de la pensión de sobreviviente dejada por el causante.

2.3.2 Parte Interviniente

La parte interviniente presentó sus alegatos de conclusión, y considera que la señora Luz Marina Hernández Negrete es beneficiaria de las dos pensiones (Pensión de Gracia y de Derecho) del causante, puesto que este, mediante declaraciones extra judiciales realizadas en 1997 y 2007 manifestó el consentimiento libre y espontáneo de hacer acreedora a la señora Luz Marina Hernández Negrete.

2.3.3 Parte Demandada

La Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social UGPP, sustenta que la prestación en debate es una pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento del señor Jorge Luciano Contreras Hernández, y que al presentarse la controversia, entre la señora Nidia Mercado Noriega y Luz Marina Hernández Negrete la señora la ley prevé que se dejara en suspenso hasta que la jurisdicción competente dirima el conflicto, y que por estas razones tal entidad actuó conforme a derecho.

Así mismo expresó que una vez vencido el periodo probatorio no se pudo establecer con exactitud que una o las dos interesadas tuvieran derecho a lo pedido, puesto que los testigos de ambas señoras afirman lo mismo lo que resulta contradictorio, y en consecuencia no siendo posible la acreditación del vínculo, por lo que solicitan la desestimación de las pretensiones.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

3.1. PROBLEMA JURÍDICO.

De acuerdo con la fijación del litigio, en el caso bajo estudio el problema jurídico consiste en determinar si es procedente la declaratoria de nulidad de los actos administrativos demandados, así mismo tratar de determinar si A las señoras Nidia Mercado Noriega como demandante y Luz Marina Hernández Negrete como vinculada, les asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente derivada del fallecimiento del señor Jorge Lucio Contreras Hernández y siendo así, en qué porcentaje les corresponde el derecho a pensión o si el derecho esta solo en cabeza de una de ellas.

3.2. MARCO NORMATIVO Y/O JURISPRUDENCIAL APLICABLE

El derecho a la sustitución pensional fue instituido como un mecanismo de protección a los familiares del empelado que muere siendo titular de una pensión, para que de esta manera sus familiares gocen del mismo grado de seguridad social y económica con que contarían en vida del fallecido, siendo viable el derecho a la sustitución pensional.

El H. Consejo de Estado, sobre el reconocimiento y pago de la sustitución pensional ha manifestado que si bien la normatividad que reguló la pensión gracia no contempló específicamente la sustitución a los beneficiarios del docente, también es cierto que no la prohibió, ni mucho menos la pérdida con el fallecimiento del docente pensionado o con el derecho ya adquirido, específicamente, el Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en sentencia del cuatro (4) de marzo de dos mil diez (2010)¹, señaló:

“...Debe aclararse además que dentro de nuestro ordenamiento legal el régimen de sustitución pensional se consagró como un mecanismo de seguridad social orientado a proteger el núcleo familiar inmediato del empleado que muere siendo titular de una pensión, de manera que éstos gocen del mismo grado de seguridad social y económica con que contarían en vida del fallecido, lo que independiza la viabilidad del derecho a la sustitución pensional de la existencia de aportes para conformar el derecho pensional primigenio.

¹ Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del cuatro (4) de marzo de dos mil diez (2010), Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado 08001-23-31-000-2006-00004-01(0824-09).

Ahora, si bien la normatividad especial que regula la pensión gracia no contempló específicamente la sustitución de la misma a favor de los beneficiarios del docente luego de su deceso, lo cierto es que tampoco la prohibió, ni señaló -para quienes lograron obtenerla o gozan de una expectativa válida frente a la misma por virtud del régimen de transición de la Ley 91 de 1989- causal alguna de extinción del derecho, mucho menos su cese o pérdida con ocasión del fallecimiento del pensionado o docente con derecho.

Bajo la motivación precedente se concluye la vocación de sustituibilidad que asiste a la pensión gracia bajo los mismos parámetros legales y criterios aplicables a las pensiones ordinarias, pues si bien su causa jurídica es diferente, estas comparten por voluntad del Legislador la misma naturaleza, y en materia de sustitución, la misma finalidad de amparo a la familia más próxima de quien antes de fallecer adquirió el derecho, de manera pues, que resultan aplicables en tal sentido las normas generales que regulan la materia, vigentes al momento del deceso del docente...”

Por lo que bajo este estipulado del Consejo de Estado, a falta de regulación de la Pensión de gracia, se aplicará la norma general al momento del fallecimiento del causante, en este caso la ley 100 de 1993. Teniendo en cuenta que el señor Jorge Lucio Contreras Hernández falleció el 01 de enero de 2011², es claro que la norma aplicable es la Ley 100 de 1993³.

Tenemos así que en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, establece los requisitos y beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES⁴. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.⁵

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

2 Registro Civil de Defunción visible a folio 31 del expediente.

3 Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

4 <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles>

5 Apartes subrayados declarados EXEQUIBLES, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante **Sentencia C-1094-03 de 19 de noviembre de 2003**, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo.⁶ Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente; (...) (Negrilla de la Sala).

En cuanto al requisito de la convivencia con el causante no menor a cinco (5) años continuos con anterioridad a la muerte establecido en el literal a) del artículo 47 de la ley 100 de 1993, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-1094-03 de 19 de noviembre de 2003, en los siguientes términos:

(...)

La pensión de sobrevivientes constituye entonces uno de los mecanismos instituidos por el legislador para la consecución del objetivo de la seguridad social antes mencionado. La finalidad esencial de esta prestación social es la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido. Por ello, la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del causante y compartía con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades.

(...)

Igualmente suponer que el señalamiento de exigencias pretende favorecer económicamente a matrimonios y uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de permanencia; **también se ampara el patrimonio del pensionado, de eventuales maniobras fraudulentas realizadas por personas que sólo persiguen un beneficio económico con la sustitución pensional.** Por esto, dijo la Corte, con el establecimiento de tales requisitos se busca desestimular la ejecución de conductas que pudieran dirigirse a obtener ese beneficio económico, de manera artificial e injustificada.

(...)

En relación con los cargos formulados, la Corte encuentra que, en principio, la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema. **En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como ya se indicó, con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes.**

(...)

El hecho de establecer algunos requisitos de carácter cronológico o temporal para que el cónyuge o compañera o compañero permanente superviviente sea beneficiario de la pensión, no significa que el legislador haya desconocido o modificado la legislación civil sobre derechos y deberes de los cónyuges emitida en desarrollo del artículo 42 de la Constitución, pues la seguridad social representa un área autónoma frente al ordenamiento civil (CP, arts. 42 y 48)."

6 Aparte subrayado declarado CONDICIONALMENTE exequible en sentencia C-1035 de 2008.

Así mismo, en sentencia C-1035 de 2008, la Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad del inciso tercero del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

(...)

10.2.3. *Primero: En el presente caso, la Sala advierte que la expresión acusada, evidentemente, establece un trato diferenciado. La norma prescribe que si dos personas ejercen convivencia simultánea con el causante, para efectos de conceder la pensión de sobreviviente, se preferirá a quien tenga la condición de cónyuge, constituyendo esto un trato preferencial de un grupo poblacional frente a otro en una situación particular.*

10.2.4. *Segundo: La Corte observa que el tratamiento discriminatorio que se desprende de la norma, está fundado en una distinción de origen familiar. En este caso, la norma por razón del tipo de vínculo familiar formado con el causante, excluye a la compañera permanente de la posibilidad de acceder a la pensión de sobrevivientes, siquiera un porcentaje proporcional al tiempo vivido cuando se superan los cinco años.*

(...)

10.2.5.3. *Como se expuso atrás (supra 9.2 y ss) la pensión de sobrevivientes es una prestación económica que el ordenamiento jurídico reconoce a favor del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez que fallece. Su objeto es proteger a los miembros de dicho grupo del posible desamparo al que se pueden enfrentar por razón de la muerte del causante, en tanto antes del deceso dependían económicamente de aquél⁷. **Las características que definen la existencia de un vínculo que da origen a la familia están determinadas por la vocación de permanencia y fundadas en el afecto, la solidaridad y la intención de ayuda y socorro mutuo, como lo dispone el artículo 42 de la Carta.***

10.2.5.3. *Como se expuso atrás (supra 9.2 y ss) la pensión de sobrevivientes es una prestación económica que el ordenamiento jurídico reconoce a favor del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez que fallece. Su objeto es proteger a los miembros de dicho grupo del posible desamparo al que se pueden enfrentar por razón de la muerte del causante, en tanto antes del deceso dependían económicamente de aquél. Las características que definen la existencia de un vínculo que da origen a la familia están determinadas por la vocación de permanencia y fundadas en el afecto, la solidaridad y la intención de ayuda y socorro mutuo, como lo dispone el artículo 42 de la Carta.*

(...)

10.2.5.6. *Al analizar el criterio con base en el cual, en casos de convivencia simultánea, se prefiere al cónyuge a efectos de reconocer la pensión de sobrevivientes, la Corte no encuentra que con la norma se busque alcanzar un fin constitucionalmente imperioso. Es más, la Corte, con base en su propia jurisprudencia, estima que la distinción en razón a la naturaleza del vínculo familiar no puede constituir un criterio con base en el cual, como lo hace la disposición bajo examen, se establezcan tratamientos preferenciales que desconozcan la finalidad legal y constitucional de la pensión de sobrevivientes.*

Este planteamiento no es caprichoso. Surge al estudiar en su conjunto la jurisprudencia de esta Corporación sobre la materia (supra 8.3 y 8.4), a partir de la cual se puede concluir que las personas que conviven en condición de compañeros permanentes, históricamente han sido menospreciadas a partir de un patrón de valoración cultural que considera que este tipo de nexos familiares –a pesar de estar protegidos constitucionalmente- constituyen vínculos de segundo orden. Por este motivo, en la sentencia C-105 de 199 la Corte realizó las siguientes precisiones:

(...)

10.2.6. *En consecuencia, con el fin de eliminar la discriminación advertida y evitar un vacío en la regulación, la Corte considera que los argumentos expresados hasta el momento son suficientes para declarar la constitucionalidad condicionada de la expresión “En caso de*

7 Cfr. Sentencias T-043 de 2008 (MP. Manuel Jorge Cepeda Espinosa), T-177 de 2008 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-089 de 2007 (MP. Manuel Jorge Cepeda Espinosa, T-606 de 2005 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-424 de 2004 (MP. Álvaro Tafur GALAVIS), T-1283 de 2001 (MP. Manuel Jorge Cepeda Espinosa), entre otras.

convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo” contenida en el literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, únicamente por los cargos analizados, en el entendido que además de la esposa o esposo, también es beneficiario de la pensión de sobrevivientes, el compañero o compañera permanente y dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

10.2.7. La adopción de este parámetro, por parte de esta Corporación, no es arbitraria. Surge al observar los criterios fijados por el propio legislador en el literal anterior de la norma cuando establece que “Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido”⁸ (...)

De la norma y la jurisprudencia, en especial la Sentencia C- 336 de 2014 se colige que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

Beneficiario	Causante	Modalidad de la pensión	Condiciones
Cónyuge o Compañero permanente mayor de 30 años de edad.	Afiliado o pensionado	Vitalicia	Edad cumplida al momento del fallecimiento el compañero permanente demuestre vida marital durante los 5 años anteriores a la muerte y el cónyuge 5 años en cualquier tiempo.
Cónyuge o Compañero permanente menor de 30 años de edad.	Afiliado o pensionado	Temporal -20 años-	No haber procreado hijos con el causante.
Cónyuge o Compañero permanente menor de 30 años de edad.	Afiliado o pensionado	Vitalicia	Haber procreado hijos con el causante y el compañero permanente demuestre vida marital durante los 5 años anteriores a la muerte y el cónyuge 5 años en cualquier tiempo.
Compañero permanente	Pensionado	Cuota parte	Sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir
Cónyuge y Compañero permanente	Afiliado o pensionado	Partes iguales	Convivencia simultánea que compañero permanente demuestre vida marital durante los 5 años anteriores a la muerte y el cónyuge 5 años en cualquier tiempo.

⁸ Esta interpretación también ha sido adoptada por la jurisdicción contenciosa administrativa en un fallo reciente del Consejo de Estado, en el cual dicho Tribunal sostuvo que “[...] [B]ajo un criterio de justicia y equidad y en consideración a que la finalidad de la sustitución pensional es la de evitar que las personas que forman parte de la familia y que dependen patrimonialmente del causante puedan quedar sumergidas en el desamparo y abandono económico, en el caso concreto, habiéndose acreditado una convivencia simultánea, se resolverá el conflicto concediendo el 50% restante de la prestación que devengaba el extinto agente Jaime Aparicio Ocampo, distribuido en partes iguales entre la cónyuge y la compañera permanente, con quienes convivió varios años antes de su muerte, procreó hijos y a quienes prodigaba ayuda económica compartiendo lo que recibía a título de asignación mensual de retiro.

“No existen razones que justifiquen un trato diferente al que aquí se dispone pues concurre el elemento material de convivencia y apoyo mutuo, de manera simultánea, por voluntad propia del causante, en cabeza de la cónyuge y de la compañera”. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección B. Expediente No 760012331000199901453 01. Sentencia del 20 de septiembre de dos mil siete. Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante.

Cónyuge con separación de hecho y Compañero permanente	Afiliado o pensionado	Partes iguales	Inexistencia de convivencia simultánea, acreditación por parte del cónyuge de la separación de hecho, compañero permanente con convivencia durante los 5 años anteriores a la muerte.
--	-----------------------	----------------	---

Se precisa que el inciso 3° del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993⁹, debe ser interpretado armónicamente con lo dispuesto en el literal a) ibídem, y las orientaciones de la Corte Constitucional, según las cuales la finalidad esencial de la pensión de sobrevivientes es proteger a las personas que constituyeron una verdadera familia con vocación de permanencia, afecto, solidaridad e intención de ayuda y socorro mutuo con el causante.

3.3 CASO CONCRETO

El acto administrativo demandado resolución 030503 de 31 de enero de 2012, proferido por la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE en liquidación, negó el reconocimiento de la Pensión de gracia a la demandante y compañera permanente, hasta que la jurisdicción ordinaria se pronuncie al respecto y determinará el derecho que le asiste a las solicitantes; por considerar que existió convivencia simultánea con el causante de la pensión.

De las jurisprudencias antes expuestas se concluye que en caso de convivencia simultánea entre la cónyuge y compañera tienen derecho a compartir la pensión. Para la solución del problema jurídico, se debe determinar si a las señoras Nidia Mercado Noriega como demandante y Luz Marina Hernández Negrete como vinculada, les asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente derivada del fallecimiento del señor Jorge Lucio Contreras Hernández y siendo así, en qué porcentaje les correspondería el derecho a pensión o si por el contrario el derecho esta solo en cabeza de una de ellas.

Así las cosas, se tiene que el factor determinante al momento de establecer quién es la beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del causante, cuando exista disputa entre el cónyuge supérstite y la compañera permanente, no es otro que la

⁹ En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

convivencia. Para que el cónyuge, con vínculo matrimonial no disuelto, obtenga el derecho a la pensión de sobreviviente, según la legislación y la jurisprudencia citadas de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se requiere además de la existencia del vínculo matrimonial, la convivencia (vida en común), por cinco años en cualquier época. Mientras que para la compañera o compañero permanente se requiere convivencia durante los últimos cinco años de vida del causante.

En este sentido, cuando existe un vínculo matrimonial solo es necesario demostrar que convivió con el cónyuge por más de 5 años en cualquier tiempo, independientemente de que sean los últimos 5 años inmediatamente anteriores a la muerte, en la Corte Constitucional, se pronunció así:

“Por lo visto, encuentra la Sala que en la sentencia de 29 de febrero de 2016 el Tribunal Administrativo Cundinamarca (...) se limitó a hacer un estudio de la normatividad aplicable al asunto planteado sin tener en cuenta la posición sentada por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado respecto al tema, razón por la cual no tuvo la oportunidad de efectuar un análisis de la misma para señalar las razones por las cuales, a su juicio, se debía apartar de esa línea y dar una interpretación diferente de la normatividad referida. Adicionalmente, es claro que la referida corporación judicial interpretó de manera indebida la modificación que introdujo la ley 797 de 2003, en su artículo 13, a los artículos 47 y 74 de la ley 100 de 1993, al exigir un requisito que no se encuentra consagrado en tal normatividad para que el cónyuge superviviente acceda al beneficio pensional reclamado, pues al mismo, simplemente, le basta acreditar 5 años de convivencia durante cualquier tiempo, de tal manera que el error en la aplicación de la norma configura un defecto sustantivo en la providencia acusada”.

*Por su parte, el Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, mediante providencia de fecha 23 de septiembre de 2015, dictada dentro del proceso ordinario con radicación interna 3789-2013 y con ponencia del consejero Jorge Octavio Ramírez Ramírez (E), al desatar un recurso de apelación contra una sentencia dictada dentro de un proceso ordinario de contornos similares al conocido por los jueces accionados, señaló que en aplicación del artículo 13 de la ley 797 de 2003, “al cónyuge, con unión **conyugal vigente pero separado de hecho, le basta demostrar que hizo vida en común con el causante por lo menos durante 5 años en cualquier tiempo**, mientras que a la (el) compañera (o) sí se le exige que los 5 años sean anteriores a la muerte del de cujus”.*

Así mismo, esa sección mediante providencia de 12 de febrero de 2015, dictada dentro del proceso de simple nulidad con radicación interna 1974-10 con ponencia del consejero Gerardo Arenas Monsalve, en el cual se analizó la legalidad del inciso 3° del literal b) del párrafo 2 del artículo 11 del Decreto 4433 de 200432, cuyo contenido es idéntico al del inciso 3° del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, consideró que: “la norma acusada no prevé un trato discriminatorio injustificado para la compañera permanente, pues la Corte Constitucional al analizar una norma de idéntico contenido material en la Ley 100 de 1993,

definió que el otorgamiento de una cuota parte de la mesada pensional para la cónyuge separada de hecho, obedece a los efectos de la sociedad conyugal vigente, de modo que en este caso, no es necesario acreditar la convivencia al momento de la muerte del causante".(negrillas y subrayas por fuera del texto).

Así las cosas, en cuanto al derecho que le asiste a la demandante Nidia Mercado Noriega, se acreditó que era mayor de 30 años al momento del fallecimiento del señor Jorge Lucio Contreras Hernández, lo que se comprueba con su registro civil de nacimiento que se encuentra en el expediente administrativo del causante, en medio magnético (FI 461). Además demostró que esta contrajo vínculo matrimonial, con el fallecido, Jorge Lucio Contreras Hernández, tal cual, como reposa en el registro civil de matrimonio (FI 19), vínculo que duró desde el 27 de marzo de 2009 fecha del matrimonio hasta el 01 de enero del año 2011 (FI 32) fecha de su deceso.

Dado que el vínculo matrimonial no lo fue por más de cinco años, se considera conveniente que debe demostrar la convivencia durante los últimos cinco años al igual que la compañera permanente.

Conforme al testimonios rendido por Omar Sánchez Ariza (vecino del causante), el señor Jorge Lucio Contreras Hernández, vivió en compañía de la señora Nidia Mercado Noriega en una casa ubicada en el centro (en la calle 36 N°11-28 de la ciudad de Montería), todo el tiempo, desde que los conoció, de eso hace más de 20 años, hasta su muerte que ocurrió en dicho lugar. Siendo velado en dicha residencia, dado que visitó la casa al día siguiente de su muerte, encontrando aun el féretro. Afirma que en los últimos cinco años de vida del señor Lucio, vivió en la casa de la 36, del cual tiene conocimiento por ser vecinos. En cuanto a la relación que mantuvo el señor Contreras Hernández con la señora Luz Marina, no suministra mucha información, pero manifestó que el finado también tuvo otros hijos con ella.

Por otra parte, la señora Nina Contreras Calonge, afirma ser sobrina y muy cercana del causante, quién fue como un padre para ella, manifiesta que conoció a la señora Nidia, a los siete años de edad, cuando fue con sus padres a Punto Blanco, donde residía el occiso con la señora Nidia, que desde esa época sabía de la relación que existió entre ellos; también tuvo conocimiento en forma general de la relación con Luz Marina Hernández Negrete, con quien tuvo varios hijos, pero le consta que en los últimos cinco años anteriores a la muerte de su tío, los convivió con Nidia, quien lo atendía y llevaba al médico. Sobre la relación que mantuvo con la señora Luz Marina Hernández Negrete en los últimos cinco años no le consta.

Explica Que aunque su tío en alguna época no vivió en la casa de Nidia, nunca la abandonó y mantenía la casa. Explica con lujo de detalle e indicando la razón de la ciencia de su dicho, que la señora Nidia Mercado Noriega, convivió durante muchos años con el señor Contreras, con quien tuvo seis hijos y en los últimos años de vida, durante la enfermedad de su tío, la cual calcula más o menos duró cinco años antes de la muerte, convivió con su tío y era la Persona que lo cuidaba de los padecimientos que su enfermedad le generaba y acompañaba a las visitas médicas, algunas de las cuales fueron realizadas en Medellín

Confirma la anterior versión el esposo de la anterior declarante, Waldir Castilla Fernández, quien manifestó que era muy allegado al señor Lucio, a quien lo sentía como su yerno. Explica que desde que contrajo su matrimonio, sabe de la relación que mantuvo la señora Nidia, con el señor Jorge Lucio, era una relación muy afable, se complementaban y criaron muy bien a sus hijas. Reafirma que desde 1999 el causante se estableció definitivamente con la señora Nina. Manifiesta el declarante que con Luz Marina tuvo poca trato, sabe que el Señor Contreras Hernández tuvo tres hijos con ella y desconoce pormenores de la relación que mantuvo con el citado.

Por las anteriores declaraciones, asimismo de las pruebas documentales aportadas al proceso, en la cual se muestra que la accionante estuvo pendiente y asistió al causante con sus estudios médicos y tratamientos, tal como consta en folios 51, 95 y 96, se llega a la conclusión de que se encuentra acreditado que la señora Nidia Mercado Noriega, sostuvo convivencia material por un lapso mayor a 5 años con el fallecido Jorge Lucio Contreras Hernández, por lo que ostenta la calidad de beneficiaria.

Por otro lado, con respecto a la señora Luz Marina Hernández Negrete, se advierte que esta alega haber tenido una unión libre con el causante, así como se manifiesta en Declaraciones extra juicio realizadas por el señor Jorge Lucio Contreras Hernández en los años 1997 y 2007, los cuales reposan en el expediente administrativo y declaraciones extrajudiciales aportadas también en el expediente administrativo.

Es pertinente aclarar que para aquella persona que acredite la calidad de compañera permanente del difunto, únicamente es necesario demostrar que convivió con este por más de 5 años con anterioridad a la muerte del causante, en

calidad de compañera permanente. Teniendo en cuenta lo anterior se concluye que no es posible establecer si sostuvo convivencia material por un lapso mayor a 5 años con anterioridad a la muerte del causante, debido a que no aportó al proceso las pruebas y/o testimonios que ameriten credibilidad, que pudieran determinar su convivencia, puesto que solo se encuentra probada la convivencia de la señora Luz Marina Hernández Negrete con el causante hasta el 23 de enero de 2007 mientras que este falleció el primero (01) de enero de 2011, como aparece en el registro civil de defunción (fl 32).

En cuanto a los testimonios extraprocesales, la Corte Constitucional en sentencias T-363 de 2013¹⁰ y T-964 de 2014¹¹, se ha pronunciado con respecto a la finalidad de la ratificación de testimonios o declaraciones extrajudiciales reguladas en la norma, la cual *“es permitir que la persona contra quien se aduce un testimonio recibido fuera del proceso, tenga la oportunidad de controvertir dicha prueba”*¹². Igualmente, ha dicho que *“la ratificación permite que el juez que conoce de la causa pueda apreciar directamente la prueba para tener certeza sobre los dichos del testigo frente a los hechos relevantes del proceso”*¹³. De esta manera, con la ratificación *“termina cumpliéndose así con los principios de publicidad y contradicción que garantizan los derechos al debido proceso y a la defensa, contribuyendo en el fondo de la litis [...] a la búsqueda de la verdad de los hechos”*¹⁴.

No obstante, la Corte Constitucional en Sentencia T-247/16 ha establecido:

*“esta Corte ha admitido la posibilidad de que sean valoradas como pruebas las declaraciones extraprocesales que no hubieren sido previamente ratificadas, a través de dos vías: (i) otorgándoles el carácter de documentos declarativos de terceros en los términos del artículo 277¹⁵ del CPC; o, (ii) mediante la potestad oficiosa del juez de ordenar su ratificación cuando, en virtud del principio de la sana crítica, lo considere necesario para la formación de su convencimiento y así garantizar los derechos de defensa y contradicción de la contraparte. Para la Corte, las dos medidas “se armonizan con el respeto de los derechos y garantías de las partes [...] el juez deberá determinar cuál es la medida idónea para valorar la prueba en el marco de la sana crítica”*¹⁶

¹⁰ MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹¹ MP. María Victoria Calle Correa.

¹² Sentencias T-363 de 2013 y T-964 de 2014.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ El artículo 277 del CPC, hoy derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012, vigente a partir del 01 de enero de 2014, establece: “Salvo disposición en contrario los documentos privados de terceros sólo se estimarán por el juez.

1. Si siendo de naturaleza dispositiva o simplemente representativa son auténticos de conformidad con el artículo 252.

2. Los documentos privados de contenido declarativo, se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite ratificación”.

¹⁶ Sentencia T-327 de 2014.

Así mismo el Consejo de Estado, en sentencia del diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018). **Radicación número: 23001-23-33-000-2014-00165-01(1871-17)** con ponencia de la Consejera **SANDRA LISSET IBARRA VELEZ**, Consideró:

“ii) De la prueba testimonial y su ratificación en sede judicial

El Código General del Proceso respecto de los testimonios sin citación de la contraparte, en el artículo 188 señala:

“(...) Los testimonios anticipados para fines judiciales o no judiciales podrán recibirse por una o ambas y se entenderán rendidos bajo la gravedad del juramento, circunstancia de la cual se dejará expresa constancia en el documento que contenga la declaración. Este documento, en lo pertinente, se sujetará a lo previsto en el artículo 221.

Estos testimonios, que comprenden los que estén destinados a servir como prueba sumaria en actuaciones judiciales, también podrán practicarse ante notario o alcalde.

A los testimonios anticipados con o sin intervención del juez, rendidos sin citación de la persona contra quien se aduzcan en el proceso, se aplicará el artículo 222. Si el testigo no concurre a la audiencia de ratificación, el testimonio no tendrá valor. (...)”.

A su vez, el artículo 222 del Código General del Proceso, indica:

“(...) Solo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos cuando se hayan rendido en otro o en forma anticipada sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan, siempre que esta lo solicite. Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior (...)”.

De lo anterior se infiere que las declaraciones extraprocesales rendidas sin citación de la parte contraria, deben ser ratificadas siempre que la parte contra quien se aduzcan lo solicite expresamente.

Respecto a la ratificación de testimonios, esta Sección ha señalado¹⁷, que aun cuando se ha predicado que la validez de las declaraciones extraprocesales allegadas dentro de un proceso judicial se encuentra sujeta a la citación de la parte contraria, a la posterior ratificación de las mismas o a aquellos casos en los que exclusivamente la ley les habilita como prueba sumaria -como garantía procesal que milita a favor de la parte contraria en virtud del derecho de contradicción y de defensa-, éstas pueden ser tenidas en cuenta, en los eventos en que hayan sido de pleno conocimiento de la parte demandada, ya sea desde el agotamiento del procedimiento administrativo, o en la instancia judicial pertinente.

En el mismo sentido, la Subsección B de la Sección Tercera de esta corporación, ha señalado lo siguiente¹⁸:

¹⁷ i) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia de 15 de febrero de 2012, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado 11001-03-15-000-2012-00035-00; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de 5 de marzo de 2015, Consejero Ponente Ramiro Pazos Guerrero, número interno 37310.

¹⁸ Sentencia de 29 de agosto de 2013, expediente 27.521, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

"(...) los documentos que contengan testimonios de terceras personas, por haberse vertido ante el juez, en otro proceso o extraprocesalmente, sin intervención de la parte contra quien se aducen o bien por haberse producido sin otra intervención que la del otorgante, deben ser valorados por el fallador sin necesidad de ratificarlos (...) no es posible sostener que, en todos los casos, la prueba deba ser objeto de ratificación o que siempre la contraparte deba tener la posibilidad de concontrainterrogar en el mismo momento, como tampoco que determinada prueba deja de serlo porque la contraparte no fue citada, pues, en todos los casos, lo esencial tiene que ver con que quien no participó en su formación, tenga acceso, con igualdad probatoria y posibilidad, a oportunidades reales y efectivas de contradicción (...).

Así las cosas, y conforme ha sido considerado por la jurisprudencia de esta corporación¹⁹, las declaraciones extraprocesales deben ser ratificadas, siempre y cuando se solicite expresamente por la parte contra quien se aduzcan. Así mismo, pueden ser tenidas en cuenta en los eventos en que hayan sido de pleno conocimiento de la parte demandada, ya sea desde el agotamiento del procedimiento administrativo, o en la instancia judicial pertinente.

Ahora bien, en lo concerniente a las declaraciones extraprocesales como elemento de prueba del vínculo entre compañeros permanentes esta corporación ha señalado que si bien inicialmente fue considerada la imposibilidad de valorar dicho medio de prueba si no se encontraba ratificado dentro del proceso, dicho criterio varió parcialmente en el sentido de colegir que la ratificación mencionada no es necesaria en relación con las que tiendan a acreditar la existencia del mencionado vínculo de compañeros permanentes.

Al respecto, debe señalar la Sala que la sección tercera sobre este particular ha referido²⁰:

*"(...) Al respecto, se debe precisar que si bien por un tiempo esta Subsección consideró la imposibilidad de valorar dicho medio de prueba si no se encontraba ratificado dentro del proceso, varió parcialmente su sentido para colegir que **la ratificación mencionada no es necesaria en relación con las declaraciones extrajudiciales de terceros que tiendan a acreditar la existencia del mencionado vínculo de compañeros permanentes.***

En efecto, teniendo en cuenta que la finalidad del procedimiento de ratificación de las declaraciones extraprocesales consiste en propender por constituir esa clase de medios de convicción sumarios o sin contradicción en pruebas plenas que provean el suficiente convencimiento, no se puede perder de vista que al hacer una revisión del ordenamiento jurídico, las pruebas sumarias, en múltiples eventos, tienen la misma potencialidad que las pruebas plenas para generar credibilidad, sin necesidad de que respecto de ellas se realice una verificación adicional o se surta su contradicción, lo que la Sala estima que ocurre con las declaraciones rendidas por fuera del proceso, únicamente cuando su contenido tiene que ver con la acreditación de la relación de compañeros permanentes entre dos personas. Sobre este punto, la doctrina se ha pronunciado de la siguiente manera:

¹⁹ Así se consideró en la sentencia dictada el 30 de marzo de 2017 dentro del proceso con radicación 81001-23-33-000-2013-00094-01(4357-14) consejero ponente William Hernández Gómez.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "B", sentencia de 30 de marzo de 2017, Consejero Ponente Danilo Rojas Betancourth, radicado 50001-23-31-000-2003-10357-01.

(...) Si bien es cierto la regla general es que la decisión judicial debe estar basada en plenas pruebas, no son extraños los casos donde la ley permite que el juez tome ciertas determinaciones y las soporte en medios de prueba que no tienen las características propias de la plena prueba;

(...)

La prueba sumaria es aquella que lleva al juez la certeza del hecho que se quiere establecer, en idénticas condiciones de las que genera la plena prueba, pero a diferencia de ésta, no ha sido sometida al requisito de la contradicción de la parte contra quien se hace valer. Pone de presente lo anterior que la única diferencia que existe entre los dos conceptos es el no haber sido surtido el requisito de la contradicción, pero su poder de convicción es siempre igual y la prueba sumaria también debe llevar certeza al juez acerca del hecho que con ella se quiere establecer. Debido a lo anterior es que se debe desterrar la idea que la prueba sumaria es la deficiente, la incompleta, un principio de prueba, aquella que apenas insinúa la existencia de un hecho; en absoluto, la prueba sumaria convence con características idénticas a la de la plena prueba, la certeza que ella lleva al entendimiento del fallador es completa; en cuanto a su eficacia probatoria no existe ninguna diferencia entre las dos clases de pruebas (...).

De esta manera, la Sala advierte que en diferentes asuntos en los que la prueba de determinada relación constituye el derecho en discusión en sí, la ley establece la posibilidad de acudir a las declaraciones extrajudiciales rendidas ante notarios, para acreditar la referida relación y así, la prerrogativa aludida.

(...) Así, se estima que las declaraciones extraprocerales pueden ser valoradas sin necesidad del trámite previsto en el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil, únicamente respecto de la relación de compañeros permanentes que aleguen los demandantes, puesto que el ordenamiento jurídico así lo ha considerado en otros escenarios donde de hecho, ese vínculo se constituye en el centro de la disputa.

(...)

Ahora bien, este hecho no significa que su admisión, estándar probatorio y valoración deba adelantarse bajo supuestos menos estrictos; por el contrario, se considera que en los eventos descritos, la declaraciones extraprocerales se les puede aplicar las exigencias establecidas para los documentos emanados de terceros, esto es, el cumplimiento de los requisitos para las pruebas documentales dispuestos en el capítulo VIII de la sección tercera del libro segundo del Código de Procedimiento Civil.

Adicionalmente, el juez al valorar los documentos contentivos de las declaraciones extrajudiciales debe aplicar las reglas de la sana crítica de un modo aún más riguroso que si estuviera valorando la prueba testimonial respectiva, teniendo en cuenta que existe una menor intermediación entre el administrador de justicia y el medio de convicción (...).

De los pronunciamiento jurisprudencial referido se concluye que la ratificación de las declaraciones extra procesales no es necesaria en relación con lo expuesto por terceros para efectos de acreditar la existencia del vínculo de compañeros

permanentes; sin embargo este hecho no significa que su admisión, requisitos y valoración judicial deba adelantarse bajo criterios menos estrictos; toda vez que, a dichos elementos de prueba les resultan aplicables las exigencias establecidas para los documentos emanados de terceros, esto es, el cumplimiento de los requisitos para las pruebas documentales y en tal virtud, al momento de su valoración el juzgador debe aplicar las reglas de la sana crítica con la rigurosidad de la prueba testimonial.

Así las cosas en el expediente obran dos declaraciones extrajuicios, de los señores German David Ángel Barrios y Verzaida Del Cristo Álvarez Montes, las cuales obran en el expediente administrativo aportado por la demandada, que dan cuenta de la relación con la señora Luz Marina. En principio se tiene que dichas pruebas no deben ser valoradas dado que las mismas no satisfacen los requisitos²¹ para ser tenidas en cuenta por el fallador, puesto que no fueron controvertidas en el proceso, no obstante, la valoración de estas se hará teniendo en cuenta los lineamientos trazados por la citada jurisprudencia sobre las declaraciones extrajuicio para probar relaciones extra matrimoniales

Entonces, teniendo en cuenta las reglas de la sana crítica para la valoración del testimonio y las circunstancias que puedan incidir en la credibilidad del medio probatorio, se concluye que las declaraciones anteriormente referenciadas de los señores German David Ángel Barrios y Verzaida Del Cristo Álvarez Montes, no logran demostrar la convivencia de la señora Luz Marina Hernández Negrete y el pensionado, dentro de los últimos cinco años de vida de aquel. Se trata de un relato breve, que no amerita credibilidad, sin muchas explicaciones sobre la relación en los últimos cinco años y no da la razón de la ciencia de su dicho. Lo anterior en contraste con las declaraciones recepcionadas por el despacho en la audiencia de pruebas, solicitadas por la parte demandante, las cuales fueron claras precisas, concisas, explican las razones de la ciencia de su dicho, y no obstante se dio a la parte contraria la oportunidad de controvertirlas, no fueron cuestionadas, ni objetadas por la vinculada razón por las cuales se les dio credibilidad. Mientras que en las declaraciones extra Juicio, los declarantes entran en contradicción con las pruebas practicadas en la audiencia, cuando afirma que el señor murió en casa de Luz Marina Hernández Negrete, sin muchas explicaciones sobre este hecho. Así las cosas a Luz Marina Hernández Negrete no demostró la convivencia durante los

²¹ (Art. 174 y 222 CGP)

cinco años anteriores, a la muerte del causante de la pensión. (Es por lo anterior, que se considera probada la convivencia con la demandante.)

Ahora bien, una vez decantado que únicamente la señora Nidia Mercado Noriega acreditó los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de gracia en calidad de cónyuge sobreviviente, por consiguiente se encuentra legitimado para acceder a la totalidad del monto de la pensión del difunto Jorge Lucio Contreras Hernández, ya que fue imposible determinar por falta de material probatorio, que la señora Luz Marina Hernández Negrete convivió con el causante en los últimos 5 años anteriores a la muerte, como lo estipula la ley para la compañera permanente para compartir la pensión.

Se concluye entonces, que en el caso bajo estudio se procede a declarar la nulidad de la Resolución No. UGM 030503 de 31 de enero de 2012, suscrita por Cajanal E.I.C.E. en liquidación, mediante la cual se negó la pensión de sobreviviente a la cónyuge y compañera permanente y se dejó en suspenso el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión de gracia.

En consecuencia se ordenará a reconocer la sustitución de la pensión de gracia del finado a la señora Nidia Mercado Noriega en calidad de cónyuge. Así mismo se ordenara el restablecimiento del derecho, razón por la cual se le otorgara a la demandante el 50% de la pensión desde el fallecimiento hasta el 16 de marzo de 2014, debido al reconocimiento que le hizo la UGPP a la señora MARTHA PAOLA CONTRERAS HERNANDEZ, Hija del causante, en resolución RDP017292 de 17 de abril de 2013. A partir del 17 de marzo de 2014 se le reconocerá en un total del 100% la pensión de gracia del señor JORGE LUCIO CONTRERAS HERNANDEZ.

3.4 CONDENA EN COSTAS.

Conforme el artículo 188 del C.P.A.C.A. se procede a verificar si hay lugar a condenar en costas en el caso concreto. En este punto, reitera la Sala el criterio previamente adoptado *objetivo valorativo*, según el cual conforme el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P. *“solo habrá lugar a condenar en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*.²²

²² Esta posición se acompaña con recientes pronunciamientos del H. Consejo de Estado: i) Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 21 de junio de 2018, Rad. 73001-23-33-000-2015-00346-01(4323-16) se dijo: “la Sala observa que el a quo no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada, quien dentro de sus facultades hizo uso mesurado de su derecho a la réplica y contradicción. Por ello, se revocará este aparte de la sentencia apelada.”; ii) Consejo de Estado,

En el *sub judice* no existen elementos de prueba que demuestren la acusación de expensas –costas o agencias en derecho- que justifiquen su imposición a la parte vencida en el proceso, razón por la cual no se fijaran costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Córdoba, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IV. FALLA

PRIMERO: DECLÁRESE no probadas las excepciones: “Existencia de controversia entre compañeras permanentes del Causante”, “Falta de competencia de la entidad para reconocer una sustitución pensional cuando hay controversia entre posibles beneficiarios”, “prescripción” y “falta de prueba de los sujetos de hecho”.

SEGUNDO: DECLÁRESE la nulidad de la Resolución No. UGM 030503 de 31 de enero de 2012, suscrita por Cajanal E.I.C.E. en liquidación, mediante la cual se negó la sustitución pensional de la pensión gracia del fallecido JORGE LUCIO CONTRERAS HERNÁNDEZ y se dejó en suspenso su reconocimiento, y en consecuencia ordénese a la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales (UGPP) reconocer y pagar a la señora NIDIA MERCADO NORIEGA, en calidad de cónyuge del causante JORGE LUCIO CONTRERAS HERNÁNDEZ, la sustitución de la pensión gracia, en los términos y monto, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ABSTENERSE de condenar en costas, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

Sección Cuarta, sentencia de 21 de junio de 2018, Rad. 19001-23-33-000-2013-00442-01(22017): “Una vez revisado el expediente, se advierte que no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas en ninguna de las dos instancias. Por lo tanto, no procede la condena en costas.”; iii) Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 24 de mayo de 2018, Rad. 68001-23-33-000-2013-00682-01(21243): “(...) 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 (subrayas del texto original). 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”. (...) revisado el expediente, no existen elementos de prueba que demuestren las erogaciones por concepto de costas o agencias en derecho a favor de la apelante. Por lo tanto, se niega la condena en costas en ambas instancias.”; iv) Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 25 de abril de 2018, Rad. 11001-03-15-000-2018-00012-00(AC): “Si bien, las costas incluyen los gastos del proceso y las agencias en derecho, el juez debe verificar que se hayan causado, así que está sujeto a comprobación y no es imperativo que siempre deba condenarse a su pago.”; v) Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 19 de abril de 2018, Rad. 23001-23-33-000-2014-00040-01 (21761): “No se condena en costas (gastos o expensas del proceso y agencias del derecho), en esta instancia, porque en el expediente no se probó su causación, como lo exige el numeral 8 del artículo 365 del CGP, aplicable al caso concreto por expresa remisión del artículo 188 del CPACA.”. También se pueden revisar las siguientes providencias de la sección Segunda del Consejo de Estado: Sentencia de 30 de marzo de 2017 (Expediente: 23001233300020140014401); sentencia del 19 de enero de 2015, No. Interno 4583-2013, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 16 de julio de 2015, No. Interno 4044-2013, Consejera Ponente (e) Sandra Lisset Ibarra Vélez. (Se destaca)

CUARTO: Ejecutoriado este proveído archívese el expediente previa anotación en los libros radicadores y en el sistema de justicia.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


DIVA CABRALES SOLANO


LUIS EDUARDO MESA NIEVES


PEDRO OLIVELLA SOLANO