



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "F"

MAGISTRADA PONENTE: DRA. BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado No.: 11001-33-35-029-2017-00367-01
Demandante: RUTH CONSUELO RUBIANO BAUTISTA
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 16 de julio de 2019, mediante la cual el Juzgado Veintinueve (29) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá negó las pretensiones de la demanda.

I. DEMANDA¹

1.1. PRETENSIONES

Mediante apoderado judicial, la parte actora promovió demanda contencioso administrativa ante esta Jurisdicción en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (en adelante COLPENSIONES), con el objeto de que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. SUB 120034 del 6 de julio, SUB 137883 del 27 de julio y DIR 13417 del 17 de agosto de 2017, expedidas por la entidad.

A título de restablecimiento del derecho pide que por ser beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se reliquide la pensión de vejez con el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último año laborado, a saber: asignación básica, prima de antigüedad, prima secretarial, reconocimiento permanencia, bonificación anual, prima de navidad, prima de vacaciones, salario de vacaciones,

¹ Fls. 1 a 14 del expediente.

bono especial de recreación y prima semestral, conforme lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, efectiva a partir del 2 de agosto de 2012.

Solicita que se paguen las diferencias entre lo que se ha venido cancelando y lo que se ordene reliquidar, a partir del 2 de agosto de 2012, valores que deben ser debidamente indexados.

Pide que se condene en costas a la demandada.

1.2. HECHOS

La Sala los resume en los siguientes términos:

La demandante nació el 30 de junio de 1957 y cumplió 55 años en 2012.

La accionante es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, por cuanto al 1º de abril de 1994 tenía más de 35 años de edad. Por tal razón, se le debe aplicar el régimen pensional de la Ley 33 de 1985.

La señora RUBIANO BAUTISTA prestó sus servicios en la Alcaldía Mayor de Bogotá por más de 30 años, entre el 25 de noviembre de 1981 y el 1º de agosto de 2012.

El 2 de agosto de 2012 la accionante solicitó el reconocimiento pensional ante COLPENSIONES.

COLPENSIONES reconoció la pensión de vejez a la demandante mediante la Resolución No. GNR 035792 del 14 de marzo de 2013, con fundamento en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, en cuantía de \$1.100.245, a partir del 7 de septiembre de 2012.

Contra el anterior acto la parte actora presentó recurso de reposición, solicitando el reconocimiento pensional con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de prestación de servicios, en virtud de la Ley 33 de 1985.

A través de la Resolución No. GNR 233878 del 13 de septiembre de 2013 COLPENSIONES resolvió el recurso interpuesto por la accionante. En dicho acto ordenó liquidar la pensión según el Acuerdo 049 de 1990, en cuantía de \$1.175.894, efectiva a partir del 7 de septiembre de 2012.

El 29 de junio de 2017 la demandante solicitó ante COLPENSIONES la reliquidación de su pensión con base en la Ley 33 de 1985.

A través de la Resolución No. SUB 120034 del 6 de julio de 2017 la entidad reliquidó la pensión con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, en cuantía de \$1.176.675, efectiva a partir del 2 de agosto de 2012.

Contra el anterior acto la demandante presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación, solicitando la reliquidación pensional con el 75% del promedio de todos los factores devengados en el último año laborado.

Por medio de las Resoluciones Nos. SUB 137883 del 27 de julio de 2017 y DIR 13417 del 17 de agosto del mismo año la entidad confirmó el acto recurrido.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

- Constitución Política: arts. 25, 48 y 53.
- Ley 65 de 1946.
- Ley 5ª de 1969.
- Leyes 33 y 62 de 1985.
- Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.
- Decreto Ley 1045 de 1978.
- Decreto 717 de 1978.

Explicó que la demandante es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y, por ende, le resulta aplicable lo dispuesto en las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988 y el Acuerdo 049 de 1990. Sin embargo, por favorabilidad se debe tener en cuenta el régimen pensional de la Ley 33

de 1985, esto es, con el 75% del salario promedio devengado en el último año de servicio.

Sostuvo que aunque COLPENSIONES tuvo en cuenta lo previsto en la Ley 33 de 1985, el error fue liquidar el IBL sin incluir todos los factores salariales devengados en el último año y tomando el promedio de los 10 últimos años.

Explicó que la Ley 65 de 1946 indica que el concepto de salario o sueldo *"es toda retribución cuya naturaleza sea, por su habitualidad, propósito y circunstancias, la de remunerar los servicios personales al trabajador en beneficio directo y principal de este, aunque sea otra denominación y el pago se descomponga en diferentes denominaciones"*.

Al respecto, indicó que el H. Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010, radicado No. 25000-23-25-000-2006-00709-01 (0112-09), se pronunció sobre la inclusión de todos los factores salariales para los beneficiarios del régimen pensional de la Ley 33 de 1985, lo cual fue reiterado por dicha Corporación mediante la providencia del 25 de febrero de 2016, radicado No. 4683-2013.

Mencionó que la Procuraduría General de la Nación en el Circular Conjunta No. 004 del 12 de abril de 2016 ordenó a COLPENSIONES aplicar íntegramente el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, en atención al principio de inescindibilidad de la norma.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

COLPENSIONES manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda, argumentando que carecen de sustento fáctico y legal, toda vez que los actos administrativos acusados se expidieron atendiendo al régimen pensional del Decreto 758 de 1990 y la Ley 100 de 1993

Hizo un recuento normativo sobre la aplicación del régimen de transición

² Fls. 66 a 72 del expediente.

de la Ley 100 de 1993, resaltando que el IBL se rige por lo contemplado en dicha norma, esto es, para quienes les faltaba menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión al momento de entrada en vigencia del sistema general de pensiones se les aplican las reglas contenidas en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y para quienes les faltaban más de 10 años el IBL es el previsto en el artículo 21 de la misma norma.

Se refirió a la obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional y a la aplicación de la extensión de la jurisprudencia, así como a los principios de solidaridad y sostenibilidad pensional, y solicitó la aplicación de las sentencias C-258 de 2013, SU-210 de 2017, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016 y SU-395 de 2017, así como el auto 326 de 2014, por medio de las cuales se fijó el criterio de interpretación respecto de la aplicación del régimen de transición.

Precisó que el H. Consejo de Estado en las sentencias de tutela del 25 de febrero de 2016, radicado No. 2016-00103, y del 5 de mayo de 2016, radicado No. 2016-00132, se pronunciaron sobre la aplicación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, destacando que para efectos de calcular el IBL se debe tener en cuenta lo dispuesto en dicha ley. Adicionalmente, solicitó tener en cuenta la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 de esa Corporación, en la cual se dejaron atrás las dicotomías con la H. Corte Constitucional y aplican la postura de la Máxima Corporación de lo Constitucional.

Destacó la importancia de aplicar el precedente jurisprudencial de la H. Corte Constitucional, máxime si son sentencias de unificación, como quiera que ya dio una solución al objeto de la litis.

Propuso como excepciones las de cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y genérica o innominada.

III. LA SENTENCIA IMPUGNADA³

Mediante sentencia del 16 de julio de 2019 el Juzgado Veintinueve (29) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá negó las pretensiones de la demanda.

Explicó lo relacionado con el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la aplicación de las normas anteriores y su alcance respecto a los requisitos que lo conforman. Al respecto, hizo alusión a la sentencia de unificación SU-230 de 2015 de la H. Corte Constitucional.

Seguidamente, manifestó que mediante la sentencia del 4 de agosto de 2010 del H. Consejo de Estado, radicado No. 2006-07509, se unificó el criterio en cuanto a los factores que deben constituir el IBL, concluyendo que la Ley 33 de 1985 no indica de forma taxativa los emolumentos que se deben incluir, razón por la cual es posible que se incluyan otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Señaló que no obstante esto, dicha postura fue modificada mediante la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 de esa Corporación, expediente No. 52001-23-33-000-2012-00143-01, en la cual se estableció que el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, del cual es beneficiaria la demandante, solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización, y excluye el ingreso base de liquidación. Además, los factores salariales son aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

En cuanto a la situación en particular, sostuvo que la demandante es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y por ende le resulta aplicable lo dispuesto en la Ley 33 de 1985. En cuanto al IBL afirmó que es el previsto en la Ley 100 de 1993, por lo tanto, los factores salariales

³ Fls. 79 a 83 del expediente.

que se deben incluir son únicamente sobre los que se hicieron aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Al respecto, mencionó que la accionante no acreditó que sobre los emolumentos solicitados se realizaron las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social; razón por la cual *"no son factores a tener en cuenta para la liquidación para la pensión, motivo por cual no deben ser computados como factores para efectos de establecer el IBL, por expresa orden impartida por el Consejo de Estado"*.

IV. RECURSO DE APELACIÓN⁴

La demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, manifestando que sí le asiste derecho a la reliquidación de la pensión de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985.

Explicó que en relación con los factores que se deben tener en cuenta del último año y que no se cotizaron el H. Consejo de Estado en las sentencias del 4 de agosto de 2010, M.P. Dr. Víctor Alvarado y la *"sentencia de 2016 del Doctor Gerardo Arenas"*, señaló que se debe ordenar *"pagar esas cotizaciones que no se pagaron en su totalidad pero nunca afectar el derecho"*.

Sostuvo que en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 del H. Consejo de Estado, M.P. Dr. César Palomino, existe una *"contradicción"* con el derecho que se está solicitando, por cuanto dice que el criterio expuesto es de obligatorio cumplimiento tanto para las actuaciones administrativas, como para las judiciales.

Sin embargo, deja cubierto salvaguardando todas las pensiones que administrativamente COLPENSIONES reconoció en aplicación de las circulares del 2011, 2012, 2013, es decir, la jurisprudencia establece que así le hayan reconocido a las personas con el último año y con todos los factores salariales como lo establecía COLPENSIONES en esa época, si ya la pensión se encuentra reconocida esa pensión haría tránsito a la cosa juzgada, lo cual consideramos que viola tremendamente el Acto Legislativo 01 de 2005, donde claramente el acto legislativo establece que la pensión se causa cuando se cumplen los requisitos que es muy

⁴ Fl. 89 del expediente, que corresponde al CD que contiene la audiencia inicial.

diferente simplemente al acto de reconocimiento, por lo tanto si el H. Consejo de Estado está dejando a cubierto las pensiones que se liquidaron con el último año incluyendo los factores salariales que le hizo unilateralmente COLPENSIONES en aplicación de las mismas circulares de ellas en un periodo determinado pues se expone que en ese mismo periodo determinado que la aquí demandante la señora RUTH CONSUELO RUBIANO cumplió los requisitos, por lo tanto el precedente jurisprudencial tendría que aplicarse. (sic)

Afirmó que los precedentes jurisprudenciales se aplican al momento de la causación del derecho y no del reconocimiento, por cuanto este último se realiza en cualquier tiempo y la entidad no lo puede realizar unilateralmente, pues se necesita de una solicitud de parte.

Por lo anterior, concluyó que dado que la demandante cumplió requisitos para pensión el 30 de junio de 2012, cuando cumplió los 55 años, se debe aplicar el precedente de esa época tanto de la H. Corte Constitucional, como del H. Consejo de Estado.

V. ALEGATOS Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

La demandante no presentó alegatos y el Ministerio Público no rindió concepto.

COLPENSIONES⁵ reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda relacionados con la interpretación que debe darse al régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que el IBL debe calcularse conforme a las reglas señaladas por la mencionada Ley.

Insistió en que debe darse aplicación a la tesis expuesta por la H. Corte Constitucional desde la sentencia C-258 de 2013, así como las sentencias SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-210 de 2017, SU-395 de 2017 y SU-023 de 2018. Así mismo, hizo alusión a las sentencias de tutela del 25 de febrero de 2016, radicado No. 2016-00103, y del 5 de mayo de 2016, radicado No. 2016-00132, del H. Consejo de Estado.

⁵ Fls. 102 a 113 del expediente.

VI. TRÁMITE PROCESAL

Repartido el proceso a este Tribunal Contencioso en segunda instancia, se admitió el recurso de apelación⁶ presentado por la demandante. Corrido el traslado para alegar de conclusión a las partes, solamente COLPENSIONES los presentó. El Ministerio Público no presentó concepto.

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir de fondo el asunto.

VII. CONSIDERACIONES

7.1. COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer el presente asunto en segunda instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA.

7.2. PROBLEMA JURÍDICO

En atención a lo expuesto en el recurso de apelación interpuesto por la entidad, el asunto se contrae a establecer si la señora RUBIANO BAUTISTA tiene derecho o no a la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, dado que es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Adicionalmente, se debe determinar si se debe aplicar el precedente del H. Consejo de Estado vigente a la fecha en que se causó el derecho.

7.3. TESIS DE LA SALA

La Sala estima que debe confirmar la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que según los criterios establecidos en las sentencias

⁶ Fl. 210 del expediente.

C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, entre otras, proferidas por la H. Corte Constitucional, y lo resuelto en la sentencia de unificación de jurisprudencia del 28 de agosto de 2018 por el H. Consejo de Estado, el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, del cual es beneficiaria la demandante, solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización, y excluye el ingreso base de liquidación. Además, los factores salariales que se deben tener en cuenta son los enlistados en el Decreto 1158 de 1994 y demás normas que lo modifiquen o adicionen, causados en los últimos 10 años de servicio o en el tiempo que le hiciera falta para adquirir el status pensional a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, si fuere menor, por lo que no resulta procedente la reliquidación solicitada.

Adicionalmente, no es posible dar aplicación a la postura del H. Consejo de Estado vigente a la fecha de causación del derecho de la demandante, teniendo en cuenta que en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 de dicha Corporación, radicado No. 52001-23-33-000-2012-00143-01, se indicó que su aplicación es de forma retrospectiva, lo cual implica que las reglas fijadas en ese pronunciamiento "*se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias*".

Esta tesis se soporta en los siguientes argumentos:

7.4. HECHOS PROBADOS Y MEDIOS PROBATORIOS

- La demandante nació el 30 de junio de 1957. Por lo tanto, tenía 38 años de edad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (30 de junio de 1995).
- Según la Resolución No. DIR 13417 del 17 de agosto de 2017⁸ expedida por COLPENSIONES la demandante laboró en las siguientes entidades públicas y privadas:

⁷ Fl. 47 del expediente.

⁸ Fls. 40 vto al 41 vto del expediente.

- "SIN NOMBRE NP 1008204763" del 7 de julio de 1975 al 1º de enero de 1976.
- Tercer Mundo Editores SA del 1º de enero de 1976 al 22 de septiembre de 1979.
- Carlos Valencia Editores LT del 18 de septiembre de 1979 al 15 de marzo de 1981.
- Canal Ramírez Gonzalo del 16 de abril de 1981 al 30 de octubre de 1981.
- Bogotá Distrito Capital del 25 de noviembre de 1981 al 1º de agosto de 2012.

- Según certificación expedida por la Secretaría Distrital de Gobierno⁹, la accionante devengó durante el último año de servicios, entre el 1º de agosto de 2011 y el 30 de julio de 2012: asignación básica, prima de antigüedad, prima secretarial, reconocimiento permanencia, bonificación anual, prima de navidad, prima de vacaciones, salario de vacaciones, bono especial de recreación y prima semestral.

- Mediante la Resolución No. 035792 del 14 de marzo de 2013¹⁰ COLPENSIONES, luego de efectuar las liquidaciones de los regímenes pensionales establecidos en las Leyes 71 de 1988 y 797 de 2003 y el Decreto 758 de 1990, reconoció la pensión de vejez de la demandante con fundamento en la Ley 797 de 2003 con una tasa de retorno del 79,28% que arrojó una cuantía inicial de \$1.127.091, efectiva a partir del 7 de septiembre de 2012. En dicho acto tuvo en cuenta un total de 1.809 semanas cotizadas.

- A través de la Resolución No. GNR 233878 del 13 de septiembre de 2013¹¹ COLPENSIONES, efectuó las liquidaciones conforme a los regímenes pensionales establecidos en las Leyes 71 de 1988, 33 de 1985 y 797 de 2003 y el Decreto 758 de 1990, reliquidó la pensión de la demandante con fundamento en este último, tomando en cuenta un total de 1.880 semanas cotizadas, con una tasa de retorno del 84%, en cuantía inicial de

⁹ Fl. 46 del expediente.

¹⁰ Fls 18 a 20 del expediente.

¹¹ Fls. 22 a 25 del expediente.

\$1.175.894, efectiva a partir del 7 de septiembre de 2012.

- Mediante la Resolución No. SUB 120034 del 6 de julio de 2017¹² COLPENSIONES efectuó las liquidaciones procedentes a la situación pensional de la demandante bajo los regímenes antes mencionados, considerando que el valor de la mesada con el Decreto 758 de 1990 le era más favorable con un monto del 84%, en cuantía inicial de \$1.176.675, teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, efectiva a partir del "02 de agosto de 2012" (sic). En cuanto a los factores salariales incluyó aquellos que devengó y que se encuentran consagrados en el Decreto 1158 de 1994.

- Por medio de las Resoluciones Nos. SUB 137883 del 27 de julio de 2017¹³ y DIR 13417 del 17 de agosto de 2017¹⁴ COLPENSIONES confirmó el acto administrativo citado en el párrafo anterior.

- Verificado lo devengado por la accionante en los últimos 10 años de servicios por concepto de asignación básica, prima de antigüedad y bonificación por servicios prestados no fue el mismo valor cotizado por la Secretaría Distrital de Gobierno de Bogotá, como empleador.

CERTIFICADO DE FACTORES DE SALARIOS ¹⁵	
AÑO	DEVENGADO
2002	\$ 9.344.235,00
2003	\$ 10.651.620,00
2004	\$ 11.323.078,00
2005	\$ 12.152.070,00
2006	\$ 12.931.754,00
2007	\$ 14.806.157,00
2008	\$ 14.875.377,00
2009	\$ 15.969.845,00
2010	\$ 16.378.709,00
2011	\$ 17.096.565,00
2012 proporcional hasta junio	\$ 8.937.833,00

REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS ¹⁶	
AÑO	COTIZADO
2002	\$ 9.252.000,00
2003	\$ 10.268.000,00
2004	\$ 11.050.000,00
2005	\$ 11.973.000,00
2006	\$ 12.868.000,00
2007	\$ 14.512.000,00
2008	\$ 14.270.000,00
2009	\$ 15.815.000,00
2010	\$ 16.064.000,00
2011	\$ 16.936.000,00
2012 proporcional hasta junio	\$ 8.771.000,00

¹² Fls. 27 a 31 del expediente.

¹³ Fls. 33 a 38 del expediente.

¹⁴ Fls. 40 a 44 del expediente.

¹⁵ Fls 55A del expediente, que corresponde al Cd que contiene el expediente administrativo

¹⁶ Fl. 60 del expediente.

7.5. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES

7.5.1. Del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993

La Ley 100 de 1993, que entró en vigencia para el orden nacional el 1º de abril de 1994, y para el nivel territorial el 30 de junio de 1995, estableció en su art. 36 un régimen de transición en los siguientes términos:

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

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARÁGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de

semanas cotizadas o tiempo de servicio. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Conforme con la norma transcrita, quienes cumplan con los requisitos señalados para ser beneficiarios del régimen de transición establecido, tienen derecho a que la edad, el tiempo y el monto a tener en cuenta para el reconocimiento y pago de su pensión sea el previsto "(...) *en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados*", como reconocimiento a las expectativas legítimas de quienes venían aportando para su pensión en aplicación de aquel, que para el caso de los empleados públicos no sujetos a regímenes especiales es el consagrado en la Ley 33 de 1985, para quienes tuvieran tiempos cotizados al ISS (sector privado y algunas entidades públicas) es el Decreto 758 de 1990 y para los que acreditan haber laborado en el sector público y en el privado, la Ley 71 de 1988.

7.5.2. Monto e ingreso base de liquidación aplicable a los beneficiarios de los regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993 en virtud de su régimen de transición

La H. Corte Constitucional, mediante sentencia C-258 de 2013¹⁷, fijó una interpretación del art. 36 de la Ley 100 de 1993 en los siguientes términos:

Para el efecto, la Corte acudirá a la regla general de Ingreso Base de Liquidación prevista en los artículos 21 y 36 de la Ley 100. En efecto, el artículo 36 estableció dos reglas específicas en la materia: **(i)** para quienes el 1º de abril de 1994, les faltara menos de 10 años para pensionarse, el IBL sería **(a)** "el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta" para reunir los requisitos para causar el derecho a la pensión, o **(b)** el promedio de lo "cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE". **(ii)** En los demás casos, es decir, en la hipótesis de las personas a quienes el 1º de abril de 1994 les faltaban más de 10 años para reunir los requisitos de causación de la pensión, a falta de regla especial en el artículo 36 y teniendo en cuenta que el inciso segundo *ibídem* solamente ordena la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes especiales sobre edad, tiempo de cotización o servicios prestados, y tasa de reemplazo, se les debe aplicar la regla general del artículo 21 de la Ley 100 [...].

[...]

En vista de que **(i)** no permitir la aplicación ultractiva de las reglas de IBL de los regímenes pensionales vigentes antes de la Ley 100 fue el propósito original del Legislador; **(ii)** por medio del artículo 21 y del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100, el Legislador buscó unificar las reglas de IBL en el régimen de prima media; **(iii)** ese propósito de unificación

¹⁷ M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

coincide con los objetivos perseguidos por el Acto Legislativo 01 de 2005, específicamente con los de crear reglas uniformes que eliminen privilegios injustificados y permitan diseñar mecanismos que aseguren la sostenibilidad del sistema -de ahí que la reforma mencione expresamente el artículo 36 de la Ley 100 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.

Es de anotar que en dicho fallo la H. Corte Constitucional se pronunció sobre el régimen pensional de los Congresistas previsto en la Ley 4ª de 1992, por lo que, en principio, lo resuelto en el mismo no aplicaba para los demás regímenes pensionales. No obstante, a través de la sentencia SU-230 de 2015¹⁸, dicha Corporación hizo extensiva la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a los demás servidores, concluyendo que:

33.1. Si bien existía un precedente reiterado por las distintas Salas de Revisión en cuanto a la aplicación del principio de integralidad del régimen especial, en el sentido de que el monto de la pensión incluía el IBL como un aspecto a tener en cuenta en el régimen de transición, también lo es que esta Corporación no se había pronunciado en sede de constitucionalidad acerca de la interpretación que debe otorgarse al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando que el IBL no es un elemento del régimen de transición.

33.2. En ese sentido, como la Sala Plena tiene competencia para establecer un cambio de jurisprudencia, aún en aquéllos casos en que existe la denominada jurisprudencia en vigor, el anterior precedente interpretativo (el fijado en la sentencia C-258 de 2013) es de obligatoria observancia.

(...).

De forma posterior, la H. Corte Constitucional profirió la sentencia SU-427 de 2016¹⁹, en la cual ratificó su interpretación respecto al monto a aplicar a los beneficiarios del régimen de transición. En dicha providencia señaló:

6.15. En resumen, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar

¹⁸ M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁹ M.P. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión.

(...) [Subrayado fuera de texto].

En ese mismo contexto, el Alto Tribunal de lo Contencioso profirió la sentencia SU-210 de 2017²⁰ en la cual precisó que:

En suma, la jurisprudencia de la Corte ha determinado que el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, está circunscrito a los aspectos de la edad, tiempo de servicios o cotización, y el monto de la pensión. Y que lo atinente a las demás condiciones y requisitos pensionales que no estén regulados por dicho artículo de la ley, como el ingreso base de liquidación, deben regirse por las normas contenidas en la ley, correspondientes al sistema general de pensiones. (Subrayado fuera del texto original)

Finalmente, la Corte ha advertido que debe tenerse en cuenta que la Ley 100 de 1993, al regular el régimen de transición, no estableció un derecho autónomo: Por el contrario, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional²¹ (i) la estabilidad del régimen pensional, si bien no da lugar a un derecho adquirido, sí protege una expectativa legítima, (ii) esa especial protección se deriva no sólo de la confianza legítima a la estabilidad de las reglas pensionales, sino también del carácter progresivo de los derechos sociales, y, por consiguiente, (iii) el Legislador solo puede reformar ese régimen, cuando la modificación se encuentre suficientemente justificada y respete criterios de razonabilidad y proporcionalidad²² (...).

Ahora, en la sentencia SU-395 de 2017²³ el máximo Tribunal Constitucional indicó cómo quedaron establecidos los términos de la transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993:

8.6. En síntesis, son tres los parámetros aplicables al reconocimiento de las pensiones regidas por normas anteriores a la Ley 100 de 1993, los que a su vez constituyen el régimen de transición:

- (i) La edad para consolidar el acceso al beneficio prestacional.
- (ii) El tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas para el efecto.
- (iii) El monto de la misma.

8.7. Respecto de los dos primeros presupuestos no ha habido mayor dificultad en su interpretación. Sin embargo, frente al tercero de ellos, esto es, "el monto", cabe decir que ha sido objeto de amplios debates a nivel doctrinario y jurisprudencial.

8.8. La problemática reside, esencialmente, en que no es uniforme el

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

²¹ Cfr. Sentencias C-789 de 2002, C-1011 de 2008 y C-258 de 2013 (Referencia del fallo en cita).

²² En la Sentencia C-754 de 2004, este Tribunal, reiteró la Sentencia C-789 de 2002, y señaló que aunque el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 protegía las expectativas legítimas de las personas próximas a pensionarse, la consagración de tal tipo de régimen generó un derecho a continuar en el régimen de transición para quienes ya ingresaron a él, por lo que los cambios normativos posteriores que afecten ese derecho resultan inconstitucionales. Con todo, la Corte explicó que ello no implica la imposibilidad del legislador de hacer modificaciones al sistema pensional, pero ellas siempre deberían respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad en la toma de decisiones del legislador. En igual sentido, consultar la sentencia C-789 de 2002 (Referencia del fallo en cita).

²³ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

criterio que se aplica al concepto de monto, tratándose de pensiones de regímenes especiales aplicables por transición, como por ejemplo el de los empleados de la Rama Judicial o el de los servidores públicos regidos por la Ley 33 de 1985, entre otros, y si dicho concepto debe comprender tanto el porcentaje aplicable como la base reguladora señalada en dicho régimen, a fuerza del desconocimiento del principio de inescindibilidad de la norma si se liquida el monto de las mesadas pensionales de conformidad con lo consagrado en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

(...)

8.17. Vistas así las cosas, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión. (Subrayas fuera del texto original)

8.18. A similar conclusión también se arribó en la Sentencia SU-210 de 2017 previamente referida, en el sentido de advertir que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, está circunscrito únicamente a los aspectos de la edad, tiempo de servicios o cotización, y el monto de la pensión, en la medida en que *"lo atinente a las demás condiciones y requisitos pensionales que no estén regulados por dicho artículo, como el ingreso base de liquidación, deben regirse por las normas contenidas en la ley, correspondientes al sistema general de pensiones"*.

La postura de la H. Corte Constitucional en cuanto a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 fue reiterada recientemente en las sentencias **SU-023²⁴** y **068 de 2018²⁵**. En esta última providencia se indicó que la sentencia SU-230 de 2015 (citada en párrafos anteriores) fijó un criterio de interpretación del inciso 2° del artículo 36 según el cual, *"el beneficio del régimen de transición consiste en la aplicación ultractiva del régimen anterior [que] opera en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, empero no incluye el ingreso base de liquidación. Lo anterior, con el fin de evitar que se reconozcan pensiones con abuso del derecho"*²⁶. Adicionalmente explicó que:

(...) En esas decisiones, la Sala Plena consideró en términos generales

²⁴ M.P. Dr. Carlos Bernal Pulido

²⁵ M.P. Dr. Alberto Rojas Ríos

²⁶ Postura de la H. Corte Constitucional en las sentencias SU- 417 de 2016, SU 395 de 2017, SU-210 de 2017 y SU 631 de 2017.

que, de conformidad con lo decidido en las Sentencias C-168 de 1995 y C-258 de 2013, a los beneficiarios del régimen de transición se les debe aplicar el ingreso base de liquidación (IBL) establecido en el artículo 21 y el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el que corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento pensional. Esa posición se fundamentó en que esa era la interpretación normativa que mejor se ajusta a los principios constitucionales de equidad, eficiencia y solidaridad del artículo 48 Superior y a la cláusula de Estado Social de Derecho. Así mismo, esa hermenéutica evita los posibles casos de evasión y fraude al sistema. En ese contexto, resaltó que la liquidación de pensiones de regímenes especiales no puede incluir todos los factores salariales, en tanto solo deben incorporarse aquellos que sean directamente remunerativos del servicio sobre los cuales los beneficiarios hayan realizado los correspondientes aportes.

La mencionada regla judicial no puede ser desconocida por los jueces que resuelven los casos donde se discute la aplicación y el contenido del régimen de transición, puesto que ello significaría quebrantar los principios de igualdad, de justicia formal, de buena fe y de seguridad jurídica, así como realizar la coherencia y consistencia del sistema jurídico. Inclusive, esa prohibición se extiende al Consejo de Estado en el marco del mecanismo de extensión de jurisprudencia.

Por su parte, respecto del criterio de interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 la Sala Plena del H. Consejo de Estado, Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés, en sentencia de unificación de jurisprudencia del 28 de agosto de 2018²⁷, tras efectuar un análisis sobre el ingreso base de liquidación en el régimen de transición previsto en la norma en comento, fijó la regla jurisprudencial y las subreglas para su aplicación, de la siguiente manera:

FIJACIÓN DE LA REGLA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL IBL EN EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

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

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes **subreglas**:

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

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la

²⁷ Expediente No. 52001-23-33-000-2012-00143-01. Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. En Liquidación.

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

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

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989²⁸. Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**

(...)

Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812 de 2003).

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

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

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

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

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

²⁸ Ley 100 de 1993. "Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]."

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

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

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

En ese contexto, la Sala reconoce la vinculatoriedad de las sentencias de unificación del H. Consejo de Estado y de la H. Corte Constitucional, de conformidad con lo establecido en los artículos 10²⁹ y 102³⁰ del CPACA.

Por su parte, la Sala, acoge la última postura señalada en la sentencia de unificación del H. Consejo de Estado, en observancia del deber de consideración del precedente judicial por parte de los operadores judiciales en garantía del derecho fundamental a la igualdad, de los principios de legalidad, buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, en pro de la coherencia y armonía del sistema jurídico.

Por otra parte, debe mencionarse que la Sala en anteriores oportunidades resolvió casos similares al presente dando aplicación al criterio acogido en

²⁹ Declarado exequible por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-634 de 2011, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁰ Declarado exequible por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-816 de 2011, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.

la sentencia proferida el 4 de agosto de 2010 por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado. Así mismo, los decidió dando aplicación de lo resuelto en las sentencias T-615 de 2016 de la H. Corte Constitucional y la proferida el 25 de febrero de 2016 por el H. Consejo de Estado.

Posteriormente, la Sala mayoritaria se apartó de tales pronunciamientos ya que la primera de ellas contradecía las sentencias de unificación de la H. Corte Constitucional, la segunda fue dejada sin efectos y la tercera anulada, es claro que actualmente no son aplicables por vía de la institución del precedente judicial.

La Sala considera que actualmente existe un criterio de interpretación claro de los incisos 2º y 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a la luz de la Constitución Política, que tiene raíces en un análisis de constitucionalidad efectuado a la norma y está consolidado en varios pronunciamientos posteriores, como lo es la actual sentencia de unificación del H. Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018.

Esta postura se acoge en concordancia con la sentencia de unificación SU-226 del 23 de mayo de 2019 proferida por la H. Corte Constitucional, según la cual *"el incumplimiento de las obligaciones del empleador o de las entidades administradoras en materia de pensiones no es imputable ni oponible al trabajador, por lo cual las consecuencias negativas de estas omisiones no podrán serle adversas y nunca serán razón suficiente para enervar el acceso a una prestación pensional"*.

Adicionalmente, es de resaltar que no es posible dar aplicación en este caso a la jurisprudencia del H. Consejo de Estado vigente a la fecha de causación del derecho, pues dicha forma de interpretación ha sido proscrita del ordenamiento, tan es así que la sentencia T-615 de la H. Corte Constitucional que preveía esa posibilidad fue anulada por la misma Corporación mediante auto 229 de 2017, y las sentencias de unificación de la H. Corte Constitucional como del H. Consejo de Estado citadas en precedencia, son claras en determinar que la interpretación de la norma allí contenida es de obligatoria aplicación por todos los Jueces de manera

inmediata.

En conclusión, el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 respeta a sus beneficiarios la edad, el tiempo y el monto del régimen pensional que les venía aplicando con anterioridad a la entrada en vigencia de tal norma, bajo el entendido de que el monto hace referencia únicamente la tasa de reemplazo y no comprende el IBL, puesto que para liquidar el monto pensional el IBL que debe tenerse en cuenta es el previsto en el inciso 3º de la mencionada ley y solo podrán incluirse los factores salariales sobre los cuales se hayan efectuado aportes o cotizaciones al sistema pensional, o se hayan debido efectuar conforme a las normas vigentes.

7.5.3. Del régimen pensional de la Ley 33 de 1985

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 y lo analizado en precedencia, quienes cumplan con los requisitos señalados para ser beneficiarios del régimen de transición establecido en dicha norma tienen derecho a que la edad, el tiempo y el monto (referido solamente a la tasa de reemplazo) a tener en cuenta para el reconocimiento y pago de su pensión sea el previsto "(...) *en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados*" o que los cobijaba con anterioridad a la entrada en vigencia de tal Ley, que para el caso de los empleados públicos no sujetos a regímenes especiales es el consagrado en la Ley 33 de 1985.

La Ley 33 de 1985 estableció en su artículo 1º que el empleado oficial que haya prestado **20 años de servicio continuos o discontinuos** y llegue a la **edad de 55 años** tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le reconozca y pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al **75% del salario promedio** que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No obstante, por lo analizado líneas atrás, el porcentaje de retorno establecido en el art. 1º de la Ley 33 de 1985 (75%) debe aplicarse al IBL

previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993.

Luego, los factores salariales que deben ser incluidos en la liquidación de la pensión, de acuerdo con el Decreto 1158 de 1994, son los siguientes:

ARTÍCULO 1º. El artículo 6º del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización".

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

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

Así las cosas, los factores como prima de servicios, de vacaciones y de navidad, no pueden ser incluidos en la base de liquidación de la pensión por cuanto no se encuentran consagrados en el Decreto 1158 de 1994.

7.5.4. Del régimen pensional por aportes de la Ley 71 de 1988

La Ley 71 de 1988, por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones, en su artículo 7º consagró la "pensión de jubilación por acumulación de aportes", es decir, aquella que se obtiene sumando los tiempos de cotización y de servicios en el sector público y en el privado.

Conforme a la Ley 71 de 1988, los empleados oficiales y los trabajadores particulares que acrediten, 55 años si es mujer y 60 años si es varón, y 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo en una o varias entidades de previsión social o las que hagan sus veces, con los efectuados en el Seguro Social, tendrán derecho a recibir la prestación de jubilación por efectos de la acumulación de aportes derivados de la relación de trabajo de carácter particular y oficial.

El mencionado artículo 7º fue estudiado por la H. Corte Constitucional en sentencia C-012 del 21 de enero de 1994, con ponencia del Dr. Antonio

Barrera Carbonell, en la que se declaró inexecutable su parágrafo segundo, disponiendo en la parte resolutive de la sentencia:

SEGUNDO: Según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia, su efecto jurídico se extiende al reconocimiento de los derechos pensionales adquiridos por las personas que hubieren cumplido con los requisitos previstos en el inciso 1° del artículo 7° de la ley 71 de 1988, esto es, por aportes hechos en cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades de previsión social oficial de cualquier orden, y en el Instituto de los Seguros Sociales, cuando cumplan el requisito de la edad. (Subrayado por la Sala).

Conforme a lo anterior, el artículo 7° de la Ley 71 de 1988 estableció la posibilidad de computar el tiempo servido en el sector público con el tiempo cotizado en el ISS, es un régimen pensional aplicable a quienes estuvieron vinculados laboralmente al sector oficial, a empleadores públicos y privados afiliados al I.S.S. o a ambos, y requieren de la suma de todos los aportes hechos, para reunir los requisitos para acceder al derecho de pensión.

La Ley 100 de 1993 estableció, en la misma línea de lo dispuesto por la Ley 71 de 1988, la posibilidad de acumular para efectos pensionales, los tiempos de servicios y de cotizaciones tanto en el sector público como en el sector privado. No obstante, fijó nuevas reglas y requisitos para el reconocimiento de las pensiones, previendo un régimen de transición pensional en su artículo 36, conforme al cual quienes cumplieran determinados requisitos para ser sujetos de dicho régimen, tendrían derecho a que su pensión se reconociera con los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión conforme a la normatividad anterior.

En virtud de dicho régimen de transición pensional, es posible para quienes son beneficiarios del mismo obtener la pensión de jubilación con la sumatoria de los tiempos cotizados al Seguro Social y a otras cajas de previsión como servidores públicos y trabajadores del sector privado en virtud de lo previsto en la Ley 71 de 1988 y sus decretos reglamentarios.

La Ley 71 de 1988 fue reglamentada inicialmente por el Decreto 1160 de 1989, que dispuso, entre otros aspectos, que no sería computable como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes el

laborado en empresas privadas no afiliadas al ISS, ni "el *laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege*".

Posteriormente, el Decreto 2709 de 1994 derogó la mayoría de los artículos del Decreto 1160 de 1989 y señaló:

ARTÍCULO 1°. PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES. La pensión a que se refiere el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.

Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público.

ARTÍCULO 6°. SALARIO BASE PARA LA LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES. El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley.

Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá certificar lo pagado por los citados conceptos durante el período correspondiente.

ARTÍCULO 8°. MONTO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES. El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75% del salario base de liquidación. El valor de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley.

El artículo 6° antes citado fue derogado por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997. No obstante, dicha derogatoria fue anulada por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado mediante sentencia del 15 de mayo de 2014 en el proceso 11001-03-25-000-2011-00620-00 (2427-2011), con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve, precisando que la regla jurídica para determinar el ingreso base de liquidación de las personas beneficiarias del régimen de transición y que tengan derecho a la pensión de jubilación por aportes es la establecida en el artículo 6° del Decreto 2709 de 1994.

No obstante, atendiendo el criterio expuesto por la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 del H. Consejo de Estado, dentro del proceso No. 52001-23-33-000-2012-00143-01, dicho IBL solo sería aplicable en caso de pensiones causadas con anterioridad a la entrada en vigencia

de la Ley 100 de 1993, puesto que a partir de esta el IBL es el previsto por su artículo 36.

Así las cosas, la tasa de retorno del 75% establecido en la Ley 71 de 1988 debe aplicarse al IBL previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993. Adicionalmente, los factores salariales deben ser los dispuestos en el Decreto 1158 de 1994.

7.5.5. Del régimen pensional del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por Decreto 758 del mismo año

El Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, respecto del reconocimiento de la pensión de vejez dispuso en el artículo 12 lo siguiente:

ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSIÓN POR VEJEZ. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

- a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,
- b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Y en su artículo 20 estableció:

ARTÍCULO 20. INTEGRACIÓN DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN Y DE VEJEZ. Las pensiones de invalidez por riesgo común y por vejez, se integrarán así:

(...)

II. PENSIÓN DE VEJEZ.

a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y,

b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario.

PARÁGRAFO 1º. El salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas.

El factor 4.33 resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses.

PARÁGRAFO 2º. La integración de la pensión de vejez o de invalidez de que trata este artículo, se sujetará a la siguiente tabla:

NÚMERO SEMANAS	% INV. P. TOTAL	% INV. O. ABSOLUTA	% GRAN INV.	VEJEZ
500	45	51	57	45
550	48	54	60	48
600	51	57	63	51
650	54	60	66	54
700	57	63	69	57
750	60	66	72	60
800	63	69	75	63
850	66	72	78	66
900	69	75	81	69
950	72	78	84	72
1000	75	81	87	75
1050	78	84	90	78
1100	81	87	90	81
1150	84	90	90	84
1200	87	90	90	87
1250	90	90	90	90

Número de semanas: Número de semanas cotizadas.

% Inv. P. Total: Porcentaje Invalidez Permanente Total.

% Inv. P. Absoluta: Porcentaje Invalidez Permanente Absoluta.

% Gran Inv.: Porcentaje Gran Invalidez.

La H. Corte Constitucional, mediante la sentencia de unificación SU-140 del 28 de marzo de 2019, se pronunció respecto a los efectos ultractivos de un régimen pensional anterior a la expedición de la Ley 100 de 1993, como lo es lo dispuesto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, adoptado por el Decreto 758 del mismo año, cuando no se ha causado el derecho a la prestación y existe una expectativa legítima, o de aquel pensionado que ya adquirió el derecho y se le deben proteger las garantías de las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, de la siguiente forma:

3.2.5. Para la Corte es innegable entonces que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no produce efecto alguno respecto de quienes hayan adquirido el derecho a pensión con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993; todo ello sin perjuicio de que, con arreglo al respeto que la Carta Política exige para los derechos adquiridos, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 y hayan en ese momento cumplido con los presupuestos de la norma, conserven el derecho de incremento pensional que se les llegó a reconocer y de que ya venían disfrutando, siempre y cuando mantengan las condiciones requeridas por el referido artículo 21.

3.2.6. Ahora bien, como ya se dijo, con la promulgación de la Ley 100 de 1993 el sistema de pensiones hasta entonces vigente sufrió una transformación sustancial cuyo carácter exigió el establecimiento de un **régimen de transición** que regulara la conversión del sistema anterior al nuevo que lo reemplazó (*supra* 2.10). Se insiste en que esta transición

legislativa partió de la base de que si bien el legislador tenía la facultad de transformar el sistema de pensiones, el cambio inherente a tal mutación no podía afectar desproporcionadamente a aquellas personas que ya se hubieren hecho a derechos pensionales de vejez o, más especialmente, a una expectativa legítima, de corto plazo sobre los requisitos que debían cumplir para acceder a dicha pensión en las condiciones previstas por el régimen anterior. (Subrayas de la Sala)

3.2.7. Ciertamente, si no hubiera existido la derogatoria orgánica del sistema pensional anterior a la Ley 100, no habría existido la necesidad de prever un régimen de transición cuyo objeto consistió en establecer un mecanismo para valorar las expectativas de las personas que, no habiendo todavía llegado a adquirir el derecho de pensión bajo el sistema pensional anterior, se enfrentaban a un trascendental cambio normativo que podía afectar su proyecto de vida en el mediano plazo, en forma desproporcionada frente de la situación de aquellos que se hallaban al inicio de su vida. No sin razón, según la jurisprudencia, uno de los propósitos de los regímenes de transición legal es el de **"salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior"** (Énfasis fuera de texto)³¹; o, en palabras recientes de la Corte que refieren puntualmente al caso *sub examine*: "el régimen de transición, busca primordialmente evitar que quienes tenían a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, una legítima expectativa de acceder en un corto plazo a la pensión de vejez, dejen de tener acceso a la misma por nuevas condiciones y requisitos consagrados en la normativa que entra a regir. Así que protege, en primer lugar, el acceso a la pensión manteniendo los requisitos previamente consagrados (edad y tiempo de servicios o semanas cotizadas) y, además, una garantía mínima de continuidad en lo que se esperaba recibir, esto es, el monto de la pensión."³² (Todo el énfasis es fuera de texto)

(...)

3.2.13. En efecto, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la vigencia de la Ley 100 –esto es, cuando se haya efectivamente cumplido con los requisitos para acceder a la pensión antes del 01 de abril de 1994- no puede predicarse la *subsistencia* de un derecho que no llegó siquiera a nacer a la vida jurídica. En otras palabras, el régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 únicamente protegió las expectativas legítimas que pudieren tenerse para adquirir el **derecho principal de pensión** pues los derechos accesorios a éste – además de no tener el carácter de derechos pensionales por expresa disposición de la ley³³ - no tuvieron efecto ultractivo alguno. Y si en gracia de discusión se admitiera que los referidos incrementos sí gozaban de dicha ultractividad, la expectativa de llegar a hacerse a ellos definitivamente **desapareció** para todos aquellos que no llegaron a

³¹ En sentencia C-663 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) la Corte sostuvo que: "Los regímenes de transición, (i) recaen sobre expectativas legítimas de los asociados y no sobre derechos adquiridos; (ii) su fundamento es el de salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior y (iii) su propósito es el de evitar que la subrogación, derogación o modificación del régimen anterior, impacte excesivamente las aspiraciones válidas de los asociados, especialmente si existe la posibilidad de minimizar esa incidencia y de armonizar las expectativas ciudadanas y los cambios legislativos a través de un régimen de transición, y es constitucionalmente legítimo que se utilice la figura del régimen de transición para evitar que una decisión relacionada con expectativas pensionales legítimas bajo la vigencia de una ley, se vea desvirtuada completamente por una ley posterior, en desmedro de quienes aspiraban a que sus derechos pudieran llegar a consolidarse bajo el régimen previo."

³² Sentencia SU-395 de 2017, MP Luis Guillermo Guerrero Pérez. (Referencia del fallo en cita)

³³ Decreto 758 de 1990, ART. 21.—"Incrementos de las pensiones de invalidez por riesgo común y vejez. **Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:**

(...)

ART. 22. —Naturaleza de los incrementos pensionales. Los incrementos de que trata el artículo anterior no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales y el derecho a ellos subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen. El director general del ISS establecerá los mecanismos necesarios para su control." (Referencia del fallo en citó)

efectivamente adquirirlos durante la vigencia del régimen anterior.

3.2.14. La referida desaparición de expectativas no se opone al ordenamiento jurídico pues, para ser amparadas por éste, aquellas debían ser **expectativas legítimas**. Mejor dicho, debían ser expectativas que, además de estar fundadas en la posibilidad cercana "de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior"³⁴, su protección encontrara fuera indispensable para evitar la afectación **grave** de un derecho fundamental en cabeza del respectivo interesado. Así, siendo pacífico que la protección de las expectativas legítimas no es tan robusta como cuando se trata de proteger derechos adquiridos³⁵, aunque es claro que tales expectativas no puedan ser eliminadas arbitrariamente por el Legislador, estas **sí pueden limitarse "bajo parámetros de justicia y de equidad que la Constitución le fija [al legislador] para el cumplimiento cabal de sus funciones"**³⁶, pues "su propósito es el de evitar que la subrogación, derogación o modificación del régimen anterior, **impacte excesivamente** las aspiraciones válidas de los asociados" (Énfasis fuera de texto)³⁷. La anterior conclusión es la única aceptable pues equiparar los derechos adquiridos con cualquier expectativa, por cercana que esta esté en el tiempo a su cristalización, equivaldría a que la Corte se apropiara de las facultades constituyentes derivadas que le pertenecen al Congreso (CP, artículo 374).

3.2.15. En fin, para la Corte es claro que el Legislador actuó con apego a la Constitución cuando, a través del régimen de transición que previó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, protegió las expectativas legítimas de quienes estaban cerca de hacerse a una pensión en las condiciones en que esperaban que esta tuviera bajo el antiguo régimen, sin que tal protección se predicara de otros derechos extra pensionales que, como los que en su momento previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, carecen de ineludible incidencia en la protección del derecho fundamental a la seguridad social pensional. De lo anterior se desprende que una persona que venía cotizando bajo el régimen pensional anterior a la vigencia de la Ley 100 pero que no llegó a cumplir con los requisitos necesarios para pensionarse en la vigencia de aquel régimen, si bien pudo tener derecho a una pensión en las condiciones del régimen antiguo³⁸, definitivamente no tuvo derecho a que aquella fuera favorecida con beneficios extra pensionales que el nuevo régimen definitivamente no contempla.

7.6. CASO CONCRETO

Se encuentra acreditado que la señora RUBIANO BAUTISTA, al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 (30 de junio de 1995), tenía 38 años de edad, por lo que es beneficiaria del régimen de transición general previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y le es aplicable lo dispuesto en las Leyes 33 de 1985, 71 de 1988 y 797 de 2003 y el Decreto 758 de 1990, en cuanto a los requisitos para acceder a la pensión y el

³⁴ Ver, entre otras, las siguientes sentencias: C-789 de 2002, MP Rodrigo Escobar Gil; C-228 de 2011, MP Juan Carlos Henao Pérez; T-045 de 2016, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; y T-037 de 2017, MP Gloria Stella Ortiz Delgado. (Referencia del fallo en cita)

³⁵ De acuerdo con la Sentencia T-823A de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) "*las expectativas legítimas son merecedoras de una protección intermedia atendiendo a los factores relevantes del asunto específico y los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.*" (Referencia del fallo en cita)

³⁶ [48] Sentencia C-926 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz. (Referencia del fallo en cita)

³⁷ Sentencia C-408 de 2009, MP Mauricio González Cuervo. (Referencia del fallo en cita)

³⁸ A menos de que se hubiera afiliado al RAIS. (Referencia del fallo en cita)

monto de la misma. Bajo dichos regímenes adquirió el status pensional el 30 de junio de 2012, al cumplir el requisito de edad.

Además, se tiene que a la fecha de expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 tenía más de 750 semanas cotizadas, por lo que conservó el régimen de transición pensional previsto en la Ley 100 de 1993.

Recapitulando, se tiene que COLPENSIONES inicialmente reconoció la pensión de jubilación a la demandante con fundamento en la Ley 797 de 2003 con una tasa de retorno del 79,28%, sobre lo cotizado en los últimos 10 años, y la inclusión de la asignación básica, prima de antigüedad y bonificación por servicios prestados.

Luego, la entidad mediante la Resolución No. GNR 233878 del 13 de septiembre de 2013 por favorabilidad reliquidó la pensión de la accionante con fundamento en el Decreto 758 de 1990, con una tasa de reemplazo del 84%. Mediante actos administrativos posteriores COLPENSIONES, si bien modificó el valor de la mesada pensional, continuó reconociendo la prestación con el régimen pensional de dicho decreto, sobre lo cotizado en los últimos 10 años y con factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994.

En ese contexto, la Sala considera que acertó la entidad al dar aplicación al régimen contemplado en el Decreto 758 de 1990, comoquiera que este le resulta más favorable a la accionante con un monto del 84%, que el de la Ley 33 de 1985 con un porcentaje de 75.

Por otra parte, no son de recibo los argumentos de la demandante, quien considera que su pensión debe ser reliquidada con todos los factores devengados en el último año de servicios. Lo anterior, teniendo en cuenta que, tal como se ha venido explicando en esta providencia, si bien tiene derecho a acceder a la prestación con aplicación de los requisitos de edad, tiempo y monto del régimen pensional de las Leyes 33 de 1985, 71 de 1988 y 797 de 2003 y el Decreto 758 de 1990, el "monto" comprende únicamente la tasa de reemplazo. De este modo, el IBL se calcula

conforme lo dispone el artículo 21 o el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que para su caso es el promedio de los últimos 10 años laborados, pues a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 le hacían falta más de 10 años para adquirir el status pensional, por edad. Además, únicamente se tienen en cuenta los factores salariales dispuestos en el Decreto 1158 de 1994, tal como se ha explicado ampliamente.

Ahora bien, para la Magistrada Ponente es importante precisar que, una vez revisado el reporte de semanas cotizadas de la accionante expedido por COLPENSIONES, y la certificación de salarios devengados mes a mes emitida por la Secretaría Distrital de Gobierno de Bogotá, se encuentra que en algunos lapsos el empleador cotizó por valores inferiores a los que correspondía por concepto de los factores consagrados en el Decreto 1158 de 1994.

No obstante, para la Sala Mayoritaria en el presente asunto no es posible pronunciarse sobre ese aspecto, teniendo en cuenta que no corresponde a lo solicitado en sede administrativa ni judicial. En efecto, lo pretendido por la demandante es la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año según lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, lo cual, como se dijo en párrafos anteriores, no resulta procedente por cuanto el IBL no se encuentra incluido en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

En efecto, ordenar la reliquidación de la pensión de la demandante con los verdaderos valores cotizados conllevaría a que incurra en incongruencia. Además, puede dar lugar a la vulneración de los derechos al debido proceso y de contradicción de la parte demandada, quien se vería sorprendida en el fallo de segunda instancia por una decisión adoptada en un momento en el cual carece de medios procesales que le permitan controvertirlo.

Es pertinente resaltar que la competencia del Juez de alzada es restringida, como quiera que se circunscribe al análisis de los cargos que fueron formulados en el recurso de apelación, aspecto sobre el cual se ha

pronunciado el H. Consejo de Estado. Es así como en reciente pronunciamiento³⁹ indicó:

[E]n los recursos conserva gran importancia el principio dispositivo, que establece que son las partes las que deben actuar y determinar los puntos a resolver por parte del Juez, lo cual conduce a delimitar el alcance de la decisión de quién está encargado de analizar el caso concreto.

Lo anterior, en el caso de la apelación, está en estrecha relación con la máxima latina **tantum devolutum quantum appellatum**, conforme a la cual el juez de segunda instancia resuelve los aspectos sometidos a su consideración en el respectivo recurso de apelación.

Al respecto, la tratadista SUSANNA OROMI VALL-LLOVERA sostiene:

“Este es uno de los postulados básicos del recurso de apelación, unánimemente aceptado por nuestra doctrina. Según esta regla, la apelación sólo puede conocer de los puntos a que se contraiga, o sea, aquellos que las partes en apelación han sometido expresa o tácitamente al órgano judicial superior en virtud del efecto devolutivo. Se enmarca y predetermina, así, el alcance de su decisión, de manera que quedan firmes los restantes pronunciamientos al ser consentidos por los sujetos intervinientes. En muchas ocasiones esta firmeza resulta de la voluntad presunta de las partes, al silenciar en el recurso alguno de los extremos de la resolución de primera instancia que les afectan.

“Dichos extremos consentidos no pueden ser alterados por el órgano ad quem” (...). (Negrilla fuera de texto)

Así mismo, en un pronunciamiento anterior el Consejo de Estado⁴⁰ indicó:

De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional.

Si bien en la mencionada jurisprudencia se hace referencia al Código de Procedimiento Civil, es pertinente indicar que esta disposición fue reiterada en el artículo 138 del Código General del Proceso, en cuanto establece que la falta de competencia funcional genera la invalidez de la sentencia.

³⁹ H. Consejo de Estado, Sección Segunda. Expediente No. 19001-33-31-000-2011-00305-01 (1733-2016) - Demandante: Juvencio Chilito Chilito.

⁴⁰ H. Consejo de Estado, Sección Tercera - Expediente No. 52001-23-31-000-2001-00122-01 (32800) - Auto del 1º de abril de 2009 Actor: Unión Temporal Convicon y Asociados.

Así las cosas, de acuerdo con lo expuesto en precedencia, no existe algún argumento en el escrito de apelación relacionado con la inclusión de los verdaderos valores de los factores salariales reconocidos por la entidad accionada, que permita verificar lo decidido en la sentencia de primera instancia.

No obstante, la Magistrada Ponente se aparta de la postura adoptada por la Sala Mayoritaria, por las razones que serán expuestas en el correspondiente salvamento parcial de voto⁴¹.

En ese contexto, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda presentada por la señora RUBIANO BAUTISTA.

7.7. CONDENA EN COSTAS

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del C.G.P., numeral 8^o⁴², como quiera que no se encuentra comprobada la causación de costas en el *sub lite*, además que no se encuentra que la parte actora haya observado una conducta temeraria ni desplegado maniobras dilatorias⁴³, no hay lugar a condenar en las mismas a la parte desfavorecida con la decisión adoptada en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el **Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda, Subsección "F"**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida el 16 de julio de 2019 por el

⁴¹ Al respecto, lo establecido por el H. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, en sentencia del 27 de mayo de 2019, expediente No. 08001-23-33-000-2012-00310-01 (4199-2014), M.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter.

⁴² **ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:
 (...)

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.
 (...).

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, sentencia del 13 de febrero de 2020, Radicación: 76001-23-31-000-2013-0007-01 (4468-18).

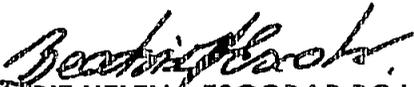
Juzgado Veintinueve (29) Administrativo de Bogotá, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en la instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

CUARTO: RECONÓCESE personería a la Dra. CINDY NATALIA CASTELLANOS ORTIZ⁴⁴, identificada con la C.C. No. 1.053.324.897 y T.P. No. 307.591 del C. S. de la J, para que actúe como apoderada de la UGPP en los términos establecidos en el poder conferido visto a folio 101 del expediente.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE
 (Discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha)


BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS
 Magistrada
 Salvamento Parcial Voto


PATRICIA SALAMANCA GALLO
 Magistrada

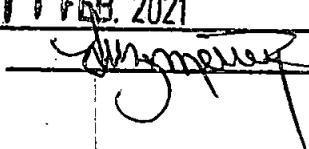

LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA
 Magistrado



República de Colombia
 Rama Judicial del Poder público
 Tribunal Administrativo de Cundinamarca
 Sección Segunda - Subsección F
 NOTIFICACIÓN POR ESTADO Sentencia

El auto anterior se notifica a las partes por Estado

Nº. 02 **11 FEB. 2021** JPC

Oficial Mayo 

⁴⁴ Se deja constancia que se verificó los antecedentes disciplinarios del apoderado, sin que se encuentre antecedente alguno, el cual se incorpora al expediente en un (1) folio. lo anterior, en atención a lo dispuesto en la Circular No. PCSJC19-18 del 9 de julio de 2019 expedida por la presidencia del h. Consejo Superior de la Judicatura.



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "F"**

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado No.: 11001-33-35-029-2017-00367-01
Demandante: RUTH CONSUELO RUBIANO BAUTISTA
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES

Con el acostumbrado respeto por la Sala Mayoritaria presento salvamento parcial de voto en el proceso de la referencia, indicando en primer lugar que comparto parcialmente la decisión adoptada por la Sala, en el sentido de negar la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios y que los factores salariales son los establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

No obstante, considero que se debió verificar si la pensión que actualmente devenga la accionante por parte de COLPENSIONES sí fue liquidada en debida forma, aun cuando tal situación no corresponde de forma textual a lo pretendido por la pensionada.

En mi criterio una vez verificado lo anterior debió ordenarse la reliquidación pensional para que la entidad tenga en cuenta los valores reales al momento de efectuar la liquidación pensional, de tal forma que se garantice el derecho sustancial de la pensionada.

Lo anterior se considera con fundamento en lo siguiente:

La Jurisdicción Contencioso Administrativa se rige por el principio de justicia rogada, que consiste en que frente a procesos de simple nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho los cargos de ilegalidad planteados por la parte interesada delimitan el espectro de actuación del Juez, por lo que aquel no puede pronunciarse sobre puntos que excedan dicho marco en determinado asunto.

Sobre la aplicación del principio de justicia rogado, resulta preciso hacer referencia a lo que el H. Consejo de Estado ha considerado al respecto¹:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 137 y 138 del C.C.A., aplicado al sub lité, en la demanda se debe indicar, entre otros, los fundamentos de derecho de las pretensiones, las normas violadas y explicarse el concepto de violación.

La norma en cita debe analizarse en armonía con lo dispuesto en el artículo 84 del C.C.A., dado que en los casos en que se pretende la nulidad de actos administrativos el demandante debe sustentar la solicitud en una de las causales citadas en la norma, a saber: Infracción de las normas en que debía fundarse, expedición en forma irregular o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien expidió el acto.

Lo anterior en razón a que la exposición de las normas violadas y el concepto de violación determinan el estudio de legalidad del acto administrativo demandado delimitando el marco de juzgamiento (...).

No obstante, a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, y más con la declaratoria de exequibilidad condicionada del numeral 4º del art. 137² del C.C.A. por parte de la H. Corte Constitucional en la sentencia C-197 de 1999³, esta Jurisdicción ha reevaluado la aplicación de dicho principio y considerado que en determinados casos, en prevalencia de la misma Constitución, deben analizarse ciertos aspectos en una determinada controversia y, si es del caso, declarar la nulidad de actos administrativos de los cuales se evidencie que su expedición y vigencia vulnera derechos fundamentales, aunque ello no haya sido alegado por la parte interesada.

La H. Corte Constitucional en la providencia referida dijo lo siguiente:

3. En conclusión, por las razones anteriormente expuestas, considera la Corte que el aparte normativo acusado (numeral 4º del art. 137 del C.C.A.) no viola las normas invocadas por el demandante ni ningún otro precepto de la Constitución. No obstante, la norma será declarada exequible condicionada a que **cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección**, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el

¹ Sentencia proferida el 24 de abril de 2014 por la Sección Segunda – Subsección 'B' de la Corporación, C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez De Páez, No. de radicado 2012-00139.

² **ARTÍCULO 137.** Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá: (...)

4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación (...).

³ M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

requisito tantas veces mencionado, y que cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica deberá aplicar el art. 4 de la Constitución (Negrilla y subrayado fuera de texto).

En ese sentido ha indicado el H. Consejo de Estado⁴:

(...) [L]a justicia rogada que caracterizó a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha sido revaluada en razón a que el Juez al administrar justicia debe atender preceptos constitucionales como el dispuesto en el artículo 5 de la Carta, respecto de la primacía de los derechos fundamentales, o el consagrado en el artículo 228, según el cual, el derecho sustancial debe prevalecer en las decisiones judiciales.

En relación con el tema, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 25 de octubre de 2012, Exp. No. 1811-07, Actor: Municipio de Duitama, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, manifestó lo siguiente:

"No obstante la insuficiencia argumentativa del concepto de violación, la Sala, en aras de asegurar la prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 de la Constitución Política), y con miras a hacer efectivo el derecho constitucional de acceso a la administración de justicia (Art. 229 ibídem), procede a realizar el estudio de fondo de las pretensiones de la demanda, bajo el marco normativo que en ella se desarrolla y con los argumentos que se expresan en torno a la presunta afectación de derechos fundamentales; pues tal y como lo precisó la Corte Constitucional en sentencia C-666 de 1996, '... de la Constitución surge el papel activo del juez en la búsqueda de la genuina realización de los valores del Derecho -en especial la justicia, la seguridad jurídica y la equidad-, luego de sus atribuciones y de su compromiso institucional emana la obligación de adoptar, en los términos de la ley que rige su actividad, las medidas necesarias para poder fallar con suficiente conocimiento de causa y con un material probatorio completo'".

De esta manera, en el evento en que se evidencie que la expedición y vigencia de un acto administrativo vulnera los derechos fundamentales de la parte que censura su legalidad, aunque la misma no lo haya invocado en la demanda, el Juez se encuentra en el deber de dar aplicación, prevalente a las disposiciones constitucionales y, si es del caso, proceder a declarar su suspensión y/o nulidad.

Lo anterior implica hablar de la aplicación del principio de "*iura novit curia*" en esta Jurisdicción, que procedería en los términos fijados por la H. Corte Constitucional, siempre y cuando se observe de igual forma el principio de congruencia de la decisión judicial en procura de dictar decisiones de fondo con fundamento en los hechos puestos a consideración y los preceptos

⁴ Sentencia proferida el 24 de abril de 2014 por la Sección Segunda – Subsección 'B' de la Corporación, C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez De Páez, No. de radicado 2012-00139.

constitucionales y legales aplicables al caso, y que no afecten la seguridad jurídica ni el debido proceso de las partes.

Sobre lo anterior, el H. Consejo de Estado señaló⁵:

Resumidamente, la aplicación del principio *iura novit curia* debe respetar el principio de la congruencia de la sentencia y con ello el marco de la relación

procesal en cuanto a las personas, objeto y causa, de tal modo que la sentencia no condene a persona distinta; tampoco recaiga sobre cosa dispar, ni invoque una nueva '*causa petendi*'; además debe atender las pretensiones de la demanda y aquellos aspectos contenidos implícitamente en ellas.

Pero [¿]en qué casos se debe aplicar el mencionado principio sin que se desnaturalice el carácter rogado de la jurisdicción?

Es menester indicar que en reiteradas oportunidades, esta Corporación ha sostenido que el juez debe integrar e interpretar la demanda de forma tal que supere los meros formalismos y llegue a impartir justicia, de fondo y sin dilaciones.

En este orden de ideas, se tiene que a través de la sentencia de unificación del 12 de abril de 2018, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado⁶ estableció los fundamentos y términos de aplicación del principio de *iura novit curia* en la Jurisdicción Contencioso Administrativa frente a temas pensionales.

En dicha providencia se concluyó que a partir de la "*flexibilización*" del principio de jurisdicción rogada con fundamento en lo resuelto por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-197 de 1999, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 103 del CPACA, que establece que **el objeto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución y la Ley, procede la aplicación del principio de *iura novit curia* en aras de garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia en su dimensión de protección judicial efectiva.**

Como fundamento de observancia del principio mencionado se indicó también en el fallo de unificación referido que la aplicación del ordinal 4º del

⁵ Sentencia del 1 de septiembre de 2014, proferida por la Sección Segunda – Subsección 'A' del H. Consejo de Estado, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, No. de radicado 2012-01532.

⁶ No. de radicado 2014-00012.

art. 162⁷ de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) no puede ser "(...) *ajen[a] a la interpretación constitucionalmente válida (...)*" definida para el ordinal 4º del art. 137 del Decreto Ley 01 de 1984 (CCA) en la sentencia C-197 de 1999 de la H. Corte Constitucional, por cuanto "(...) *ambas disposiciones contienen idéntica regla jurídica y el parámetro de validez (la Constitución Política de 1991) no ha cambiado*".

Para mayor claridad, se tiene que en dicha sentencia de unificación se indicó lo siguiente:

(...) [C]onviene anotar que el principio de la jurisdicción rogada tiene fundamento en la presunción de legalidad de los actos administrativos en los términos indicados por el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, pero debe precisarse que aquel no puede entenderse como absoluto en esta jurisdicción **y menos aún en materia pensional, especialidad dentro de la cual se conciben derechos mínimos e irrenunciables, que obligan al Juez a dar aplicación a normas superiores, tal y como sucede cuando se acude a las excepciones de convencionalidad⁸, inconstitucionalidad⁹, de ilegalidad¹⁰, como tampoco si se está en presencia de eventos como el descrito en la sentencia C-197 de 1999**, la cual prevé la obligación del juez contencioso administrativo de atender la norma constitucional cuando se encuentre frente a derechos fundamentales de aplicación inmediata¹¹ o cuando debe decidir de oficio sobre excepciones previas¹² o de fondo solo para señalar algunas excepciones que se pueden presentar al carácter restrictivo del marco impuesto por los argumentos de las partes.

(...)

38. De acuerdo con la flexibilización de la justicia contenciosa administrativa y el objeto y principios que la inspiran¹³, debe atenderse de manera especial el hecho de que el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011 define que el objeto de los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la Ley, así como la preservación del orden jurídico. Con ello, surge con mayor auge el principio *iura novit curia*, el cual hace referencia a la obligación del juez de aplicar el derecho pese a las deficiencias en la invocación de los fundamentos normativos por las partes y de resolver los conflictos sometidos a su conocimiento a la luz de las normas que correspondan, sin que ello constituya un fallo *extra petita*. El aludido principio permite materializar el derecho de acceso a la administración de justicia consagrado en el Preámbulo y en el artículo 229 de la Constitución

⁷ ARTÍCULO 162. CONTENIDO DE LA DEMANDA. Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá: (...)

4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación (...).

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124 (...) [Referencia del fallo en cita].

⁹ Derivado de la aplicación del artículo 4 de la Carta Política [Referencia del fallo en cita].

¹⁰ Ver C-039 DE 2000 (...) [Referencia del fallo en cita].

¹¹ En este sentido, la Corte Constitucional textualmente sostuvo en la sentencia C.197 de 1999: "*Considera la Corte, que tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo a efecto de asegurar su vigencia y goce efectivos debe aplicar la correspondiente norma constitucional, en forma oficiosa, así la demanda no la haya invocado expresamente*" (Referencia del fallo en cita).

¹² Ley 1437 de 2011. "Artículo 180. (...)" (Referencia del fallo en cita).

¹³ Artículo 103 Ley 1437 de 2011 (Referencia del fallo en cita).

Política, e igualmente en el artículo 2 de la Ley 270 de 1996, toda vez que apunta a la resolución de fondo del proceso judicial.

39. En ese sentido, es importante resaltar que el principio *iura novit curia* no solo desarrolla el deber del juez de someterse a la ley, imperativo normativo previsto en el artículo 230 Superior, sino que también es una manifestación del principio de inexcusabilidad, según el cual el funcionario judicial tiene la obligación de emitir fallo respecto de todos los casos que le sean asignados para su conocimiento aunque no parezca regulado en la ley, que se encuentra consagrado en el artículo 42 del Código General del Proceso¹⁴. Esta obligación del funcionario judicial va en consonancia con la prohibición de *non liquet*¹⁵ y con el derecho fundamental y convencional a la tutela judicial efectiva.
 (...) [Negrilla y subrayado fuera de texto].

De igual manera y tal como se señaló al principio de este acápite, en la sentencia de unificación referida se establecieron los límites de aplicación del principio de *iura novit curia*, así:

46. La misma Corporación (H. Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL1 5036-2014, Radicación No. 44969), en relación con este punto, sostuvo que el objeto del

proceso no se determina por la invocación de los fundamentos de derecho que haga la parte demandante sino por los hechos jurídicamente relevantes que expone (...).
 (...)

47. Es importante señalar, además, que el contenido del principio en cuestión se acompasa con el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, esto es, la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico¹⁶, así como la prevalencia del derecho sustancial¹⁷ y la garantía del acceso a la administración de justicia¹⁸.

48. En estas condiciones, es claro que el derecho pensional, como prestación concebida dentro del sistema de seguridad social integral, no debe considerarse ajeno a dicho principio, máxime si se tiene en cuenta su naturaleza de fundamental, irrenunciable y de aplicación inmediata, **lo que en principio faculta al juez para verificar el alcance de las pretensiones¹⁹, interpretar los hechos de la demanda²⁰ e incluso para aplicar el régimen pensional que corresponda a los presupuestos fácticos, así el citado régimen no haya sido expresamente invocado en la demanda o haya sido invocado de manera errónea.**

¹⁴ "Artículo 42. Deberes del juez (...)" [Referencia del fallo en cita].

¹⁵ Esta expresión hace referencia a que no es posible dejar de resolver un asunto, bajo el argumento de que "No está claro", toda vez que el juez tiene la obligación de emitir fallo ante cualquier caso que se someta a su conocimiento aunque no aparezca regulado en la Ley (Referencia del fallo en cita).

¹⁶ Artículo 103 del CPACA (Referencia del fallo en cita).

¹⁷ Artículo 228 de la Constitución Política (Referencia del fallo en cita).

¹⁸ Artículo 229 *ibidem* (Referencia del fallo en cita).

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, 6 de abril de 2011, Rad: 11001-03-25-000-2009-00038-00 (0901-09) [Referencia del fallo en cita].

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 5 de octubre de 2016, radicación: 52001-2331-000-1998-00092-01 (38335), actor: Agrocultivos del Pacífico y otros (Referencia del fallo en cita).

49. No obstante lo anterior, en la aplicación de tal principio deben tenerse en cuenta algunas limitaciones señaladas por la jurisprudencia de esta Corporación, dentro de las cuales se encuentran las siguientes:

- Debe respetarse el principio de congruencia y por ello al juez no le está dado desconocer la relación lógica de coherencia entre los fundamentos fácticos que sustentan la pretensión y el objeto de la decisión judicial.
- Al juez no le está dado suplir carencias procesales, como puede ser, entre otros, el poder para actuar.
- No es posible agravar la situación del apelante único, salvo que fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con la modificación que se pida, en los términos del artículo 328 del Código General del Proceso.
- En segunda instancia, deberá tener especial cuidado de que los hechos litigiosos sobre los cuales vaya a decidir hayan sido objeto del debate probatorio²¹.

La anterior postura fue reiterada por el H. Consejo de Estado, de forma reciente, en sentencia de unificación de jurisprudencia proferida el 28 de agosto de 2018²²:

60. Para aquellas personas que fueran beneficiarias del régimen de transición y que consolidaran el derecho a la pensión bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993, la Corte consideró que debía acudirse al principio de favorabilidad, que rige en materia laboral. Señaló *"que esta es labor que incumbe al juez en cada caso concreto, pues es imposible, en juicios de constitucionalidad, confrontar la norma acusada que es genérica, con cada una de las distintas normas contempladas en los diferentes regímenes pensionales que antes de*

la vigencia de la ley 100 de 1993 existían en el sector privado y en el público, para establecer cuál resulta más favorable a determinado trabajador". Así lo explicó:

*"[...] que la **"condición más beneficiosa"** para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla [...].*

La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 2 de diciembre de 2015, radicación: 47001-2331-000-2001-00660-01 (36285), actor: Consultores Constructores Asociados Limitada.

²² Expediente No. 52001-23-33-000-2012-00143-01. Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. En Liquidación.

aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador"²³.

61. De acuerdo con lo expuesto, la sentencia **C-168 de 1995** constituye un pronunciamiento jurisprudencial importante en materia de transición para precisar que algunos elementos del régimen pensional anterior a la Ley 100 de 1993 se extienden en el tiempo para aquellas personas que tienen una expectativa legítima de adquirir su pensión, eso sí con la opción de escoger la condición más beneficiosa para definir su derecho pensional, esto es, entre el régimen de transición y el régimen previsto en la Ley 100 de 1993.

62. Precisamente, sobre el principio de la condición más beneficiosa, la Corte Constitucional, en sentencia **C-596 de 1997**, declaró exequible la expresión "*al cual se encuentren afiliados*" contenida en el **Inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993**, que consideró que no era violatoria de los artículos 13 y 53 de la Constitución Política.

63. La Corte, en la sentencia C-596 de 1997, al analizar el sentido y alcance de la norma demandada, sobre el régimen de transición precisó que "*Dicho beneficio consiste en el derecho a acceder a la pensión de vejez o de jubilación, con el cumplimiento de los requisitos relativos a edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que se exigían en el régimen pensional al que estuvieran afiliados en el momento de entrar a regir la ley mencionada. Por lo tanto estas condiciones y las relativas al monto mismo de la pensión, no se rigen por la nueva ley (la Ley 100 de 1993), sino por las disposiciones que regulaban el régimen pensional al cual se encontraban afiliados en el momento de entrar a regir dicha ley. Las demás condiciones y requisitos, distintos de los mencionados, si se rigen por la referida Ley 100*".

64. La Corte explicó que el beneficio estaba dado por la "*posibilidad de obtener la pensión*" según los requisitos del régimen pensional anterior, siempre y cuando estuvieran afiliados al mismo. Y al efecto consideró: "*No podía ser de otra forma, porque de lo contrario, se pregunta la Corte: ¿Cuáles serían los requisitos o condiciones más favorables que se harían prevalecer frente a las exigencias de la nueva ley? Si la persona no estaba vinculada a ningún régimen pensional, no existía ni siquiera la expectativa de derecho a pensionarse según determinados requisitos [...] Luego, por elementales razones de lógica jurídica, era necesario establecer el condicionamiento de estar afiliado a algún régimen pensional para efectos de ser acreedor al beneficio derivado del régimen de transición, consistente en poder pensionarse de conformidad con los requisitos y condiciones previstos para el régimen anterior*"²⁴ (resalta la Sala).

65. Como corolario de lo anterior, es claro que las personas que fueran beneficiarias del régimen de transición, en virtud del principio de

favorabilidad, al momento de consolidar su status pensional, pueden optar por un reconocimiento en las condiciones establecidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (régimen de transición) o bajo los presupuestos de la pensión de vejez regulada en el Sistema General de Pensiones previstos en los artículos 33 y 34 en concordancia con el artículo 21 ibídem; el que le resulte más favorable.

²³ C-168 de 1995. (Referencia del fallo en cita)

²⁴ Sentencia **C-596 de 1997** (Referencia del fallo en cita)

Ahora bien, se tiene que el art. 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad social (Decreto Ley 2158 de 1948) dispone:

ARTÍCULO 50. EXTRA Y ULTRA PETITA. El Juez de primera instancia²⁵ podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas.

La disposición citada fue declarada exequible, con excepción del aparte tachado, a través de la sentencia C-662 de 1998 de la H. Corte Constitucional, con fundamento en lo siguiente:

1. La potestad consagrada en la norma acusada, tiene un contenido extraordinario con respecto a las pretensiones formuladas, en cuanto diverso y adicional a lo pedido (*extra petita*) o en cuantía superior a lo solicitado (*ultra petita*), cuando la misma se deduzca de la normatividad vigente a favor del trabajador, y en cuanto no le haya sido reconocida con anterioridad.

Así pues, la referida facultad en sus distintas acepciones presenta, para los jueces laborales de primera instancia, la posibilidad de que "...desborden lo pedido en la demanda, a condición de que "los hechos que los originen hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados".²⁶ Toda vez que las facultades *extra* o *ultra petita* en el juicio laboral "... han sido reconocidas por la jurisprudencia como una atenuación de aquel rigor para las sentencias de los jueces del trabajo, explicable en todo caso por la naturaleza del derecho laboral y el interés social implícito en él."²⁷

De esta forma, respecto de los derechos laborales, las prerrogativas y beneficios mínimos con carácter irrenunciable, derivados de una relación de trabajo (C.S.T. art. 14), en virtud del carácter de orden público que representan de acuerdo con los principios constitucionales, significa que el juez que resuelve esa clase de conflictos, cuenta con cierta libertad para asegurar su reconocimiento, mediante el ejercicio de una atribución que le permite hacer efectiva la protección especial de la cual gozan los trabajadores, frente a sus propias pretensiones y a la realidad procesal.

2. El ejercicio de la mencionada potestad que tienen los jueces laborales de primera instancia no es absoluto, pues presenta como límites el cumplimiento de las siguientes condiciones: **i.)** que los hechos en que se sustenta se hayan debatido dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y **ii.)** que los mismos estén debidamente probados²⁸; y, además, **iii.)** que el respectivo fallo sea revisado por el superior, en una segunda instancia, quien " puede de confirmar una decisión *extra petita* de la primera instancia, si ella es acertada, o revocarla en caso contrario, o modificarla reduciéndola si el error del inferior así

²⁵ Aparte tachado declarado inexecutable por la H. Corte Constitucional en sentencia C-662 de 1998.

²⁶ Sentencia del 6 de septiembre de 1.990., Radicación No. 3828, M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio (Referencia del fallo en cita).

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, del 27 de mayo de 1.998, Radicación No. 10468, M.P. Dr. Fernando Vásquez Botero (Referencia del fallo en cita).

²⁸ Ver la Sentencia del 27 de mayo de 1.998, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Dr. Fernando Vásquez Botero, Radicación No. 10468, Acta No. 017 (Referencia del fallo en cita).

lo impone²⁹, decisión que no puede ser aumentada ya que, de lo contrario, sería "superar el ejercicio de la facultad, llevarla más allá de donde la ejercitó el a quo y esto no le está permitido al ad quem"³⁰, ni tampoco agravarla en vigencia del principio procesal de la no *reformatio in pejus*, garantía constitucional que hace parte del derecho fundamental al debido proceso³¹ (C.P., arts. 29 y 31).
(...)

De lo anteriormente planteado se desprende, entonces, que el ejercicio de la facultad de proferir sentencias con alcances *extra* o *ultra petita* en materia laboral, se atribuye a los jueces de primera instancia y se niega a los de única instancia, con fundamento exclusivo en la cuantía de las pretensiones relativas al pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones laborales y en virtud de la cual se ha fijado la competencia de los mismos.

Si bien, el señalamiento de la competencia del respectivo juzgador por la cuantía de las pretensiones constituye un elemento referencial objetivo y la existencia de la única instancia en materia laboral un presupuesto esencial de la racionalización de la administración de justicia, con vigencia de los principios de economía procesal, celeridad y eficiencia que la inspiran, desde el punto de vista del derecho sustancial que se reclama en las controversias surgidas de una relación laboral y, en el entendido de que las pretensiones por las cuales se acude a la justicia laboral tienen el mismo origen y propósito, no resulta aceptable que el otorgamiento de la atribución para fallar *extra* o *ultra petita*, exclusivamente en cabeza del juez del trabajo cuando conoce y decide en un conflicto laboral en primera instancia con atención al factor cuantía, no pueda extenderse a las condenas que se impongan en las decisiones judiciales laborales de la única instancia.

De esta manera, el criterio diferenciador utilizado, como es el de la cuantía de las pretensiones reclamadas, se constituye en un factor de trato desigual para aquellos que tramitan sus litigios por la vía procesal de la única instancia frente a los que pueden hacerlo por el camino de la doble instancia, a pesar de la identidad material que presentan con respecto al contenido de sus reclamaciones. El sustento de la diferencia para acudir a esas instancias anotadas, se repite, estaría en el monto de la pretensión, lo cual no configura un elemento razonable y justo para convalidar el tratamiento diferente y discriminatorio de situaciones fácticas equiparables, como ocurre en el presente caso.

Es más, la razón de ser y propósito que rige para la concesión de las facultades *extra* o *ultra petita* en el juicio laboral de primera instancia, se cumplen en los procesos de única instancia; así ocurre, debido al carácter de orden público de las normas jurídicas que regulan los derechos, prerrogativas y beneficios mínimos derivados de una relación laboral subordinada, haciéndolos irrenunciables (C.P., art. 53), así como por el interés social que revisten las mismas, lo que conlleva a hacer efectiva la protección especial de la cual gozan todos los trabajadores.

Aceptar, entonces, que por el referente numérico de la cuantía se impida que los trabajadores, sometidos a un proceso de única instancia por el monto de sus pretensiones, se beneficien de la potestad de fallo del juez laboral con los alcances mencionados, es dar paso al desconocimiento de valores, principios, y derechos con reconocimiento superior, como son la justicia, la igualdad material, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 18 de octubre de 1.977, Sala de Casación Laboral, Sección Primera, M.P. Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture., Acta No. 38 (Referencia del fallo en cita).

³⁰ *Ídem* (Referencia del fallo en cita).

³¹ Ver la Sentencia T-474 de 1.992, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero (Referencia del fallo en cita).

laborales, la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas y el acceso a una adecuada administración de justicia, que hacen que la restricción en este

sentido analizada, sea inconstitucional (C.P., Preámbulo y arts. 13, 53, 228 y 229)
[Subrayado fuera de texto].

Así, se concluye que al caso objeto de la litis, es aplicable el principio de *iura novit curia*. Es de resaltar que de haberse acogido la posición que aquí se expone para decidir la controversia, las limitaciones frente a la aplicación del principio de *iura novit curia* señaladas por el H. Consejo de Estado, Sección Segunda, en la sentencia de unificación del 12 de abril de 2018, No. de radicado 2014-00012, se habrían observado plenamente por lo siguiente:

1. La decisión guardaría coherencia con el objeto del proceso, cual es la reliquidación de la pensión de la demandante, situación que implica discutir la liquidación aplicada para calcular la pensión conforme con la Ley, en observancia además del carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social, y lo dispuesto en el art. 288 de la Ley 100 de 1993, en garantía del principio de favorabilidad.

Así, aunque en la demanda no se formuló expresamente como pretensión la revisión de los valores tenidos en cuenta en el cálculo del IBL, sino la inclusión de factores, debe entenderse que no basta con decir que un factor nominalmente está incluido en la liquidación, sino que dicho factor debe ser tomado en su valor real, máxime cuando se solicitó la reliquidación de la pensión con la finalidad de percibir una mesada más beneficiosa con relación al valor que recibe actualmente la demandante por dicho concepto. En ese sentido resultaba válido revisar los valores tenidos en cuenta en la liquidación pensional.

2. Dados los fundamentos del proceso y lo que implica discutir al respecto, no se suplirían carencias procesales, pues el criterio propuesto se habría discutido por el trámite adecuado, a través del medio de control

procedente para decidir la controversia, y es claro que el apoderado de la demandante se encuentra facultado para representar a dicha parte a fin de lograr la nulidad del acto acusado y la reliquidación de la pensión, de tal manera que el valor de esta sea más beneficioso frente al que percibe actualmente.

3. No se desconocería el principio de la *non reformatio in pejus*, pues el criterio propuesto no agravaría la situación del Fondo Pensional demandado con relación a la condena que le fue impuesta en primera instancia correspondiente a reliquidar la pensión del actor con el 75% de todos los factores devengados en el último año de servicios.

4. Los hechos que sustentan el criterio propuesto y no acogido por la Sala Mayoritaria fueron objeto de debate probatorio, y no se desconocería el principio de coherencia, el cual se refiere a que el fallo debe estar acorde con los hechos demostrados, comoquiera que en el proceso se verificó que la pensión de la demandante se liquidó con valores diferentes a los realmente devengados por la demandante, lo cual significó una liquidación de su pensión inferior a la que tiene derecho, por lo que es deber del juez garantizar el derecho pensional de la demandante.

Ahora bien, se tiene que la pensión de la demandante no fue liquidada en debida forma, ya que aunque en principio se dio aplicación al inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para determinar el IBL, lo cierto es que se cotizó por valores inferiores a los que le correspondía.

Expuesto lo anterior, en el caso que fue objeto de análisis por la Sala, se encuentra que al momento de verificarse la prestación reconocida a la demandante se encontró que aunque se tuvo en cuenta el régimen más beneficioso a su situación correspondiente al Decreto 758 de 1990 y se dio aplicación al inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los últimos 10 años de servicios, la mesada pensional reconocida no está directamente relacionada con los valores devengados por la accionante durante toda su vida laboral, pues el empleador cotizó por valores inferiores a lo que correspondía.

En efecto, en los últimos 10 años de servicios de la demandante, periodo que tuvo en cuenta COLPENSIIONES para liquidar la pensión, los valores cotizados por el empleador por concepto de asignación básica, prima de antigüedad y bonificación por servicios prestados, están por debajo de lo realmente devengado por ella, lo cual afecta directamente el valor de la mesada pensional reconocida.

De este modo, en mi criterio no bastaba con afirmar en el fallo que se incluyeron los factores salariales del Decreto 1158 de 1994, sino que al encontrar demostrado que no se incluyeron los valores integralmente, se debió ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación con dicha precisión.

De esta manera, en los términos antes expuestos dejo plasmadas las razones de mi salvamento parcial de voto en la decisión del caso.


BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS
Magistrada