

Honorables Magistrados
HONORABLE CONSEJO DE ESTADO
Sala de lo Contencioso Administrativo - Reparto

E. S. D.

Ref. ACCION DE TUTELA
De: MARINA CASTAÑEDA DE BELTRAN
Contra: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION SEGUNDA-
SUBSECCIÓN "B"

JAIRO IVAN LIZARAZO AVILA, apoderado del referenciado, identificado como aparece al pie de mi firma, con el debido comedimiento manifiesto al Honorable Consejo de Estado – Sección Segunda, que en virtud del poder a mi conferido por el(la) Señor(a) MARINA CASTAÑEDA DE BELTRAN, también mayor de edad, vecino(a) de la ciudad de Bogota D.C.; mediante el presente escrito y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la C.P., y en el Decreto 2591 de 1991, promuevo ACCION DE TUTELA contra el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION SEGUNDA-SUBSECCIÓN "B", por haber incurrido en VIA DE HECHO al proferir la providencia de fecha 22 de febrero de 2022, dentro del Proceso No.2018-00501; con el fin de que se imparta protección a los derechos fundamentales A LA SEGURIDAD SOCIAL, VIDA DIGNA Y MINIMO VITAL DE LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD, DERECHOS ADQUIRIDOS Y EXPECTATIVAS LEGITIMAS, PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA, FAVORABILIDAD LABORAL E INESCINDIBILIDAD DE LA LEY, DEBIDO PROCESO, Y DERECHO A LA IGUALDA PROCESAL y entre otros derechos de orden superior constitucional.

OMISIÓN QUE MOTIVA LA ACCIÓN

EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION SEGUNDA-SUBSECCIÓN "B", al proferir la sentencia de segunda instancia, trasgredió los derechos fundamentales anteriormente enunciados, en consideración a que debe determinarse teniendo en cuenta únicamente los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, siempre y cuando hayan servido de base para calcular los aportes, es decir, los que cotizó al sistema de pensión y se encuentre relacionados en el artículo 1° la Ley 62 de 1985.

La anterior tesis adoptada por el tribunal accionado, no es asertiva pues desconoce que el régimen aplicable al(a) actor(a) era el contenido en el parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, por tanto, que, para liquidar el monto de la pensión debía aplicarse el contenido de la Ley 6 de 1945, los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 y el Decreto 1045 de 1978.

HECHOS

1. El señor VICTOR NODIER BELTRAN ZULUAGA laboró al servicio del Estado Colombiano de la siguiente manera:

- En el Ministerio de Justicia, desde el 01 de septiembre de 1968 hasta el 05 de octubre de 1970.
 - En el ICBF, desde el 13 de mayo de 1971 hasta el 5 de diciembre de 1976.
 - En el Ministerio de Justicia, desde el 17 de abril de 1978 hasta el 30 de junio de 1993.
2. El Instituto de Caja Nacional de Prevision Social- hoy UGPP-, reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor del señor VICTOR NODIER BELTRAN ZULUAGA, omitiendo la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios.
 3. Con ocasión a su fallecimiento, mediante RDP 011458 del 11 de octubre de 2012, la UGPP reconoció una pensión de sobrevivientes a favor de MARINA CASTAÑEDA DE BELTRAN, omitiendo la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios
 4. Como consecuencia de lo anterior, se presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual correspondió por reparto al EL JUZGADO DECIMO (10) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C, bajo el radicado No. 2018-00501.
 5. JUZGADO DECIMO (10) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C, mediante sentencia proferida de fecha 4 de marzo de 2021, **ACCEDIÓ** a las pretensiones de la demanda, ordenando reliquidar con el 75 % del salario promedio mensual devengado durante el año anterior al retiro del servicio del señor VICTOR NODIER BELTRAN ZULUAGA, teniendo como factores salariales: Asignación Basica, Subsidio de Transporte, Subsidio de transporte, subsidio de alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios (1/12) prima de vacaciones (1/12) y prima de navidad.
 6. La parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, por lo cual JUZGADO DECIMO (10) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C, concede el recurso y remite el proceso TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION SEGUNDA-SUBSECCIÓN "B"
 7. EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION SEGUNDA-SUBSECCIÓN "B", mediante sentencia de fecha 22 de febrero de 2022, decidiendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, **REVOCÓ** la sentencia de primera instancia, con fundamento en que el monto de la pensión de la señora MARINA CASTAÑEDA DE BELTRAN debe determinarse teniendo en cuenta únicamente los devengados durante el último año de prestación de servicios, siempre y cuando hayan servido de base para calcular los aportes, es decir, los que cotizó y se encuentre relacionados en el artículo 1° la Ley 62 de 1985.

PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

REQUISITOS GENERALES DE PROCEDENCIA DE LA PRESENTE ACCIÓN:

- a. Frente a la **subsidiariedad**, es preciso decir que el proceso contencioso finalizó con sentencia del 22 de febrero de 2022, proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION SEGUNDA-SUBSECCIÓN "B" en el que se REVOCÓ el fallo de primera instancia que ACCEDIÓ las pretensiones de la demanda; razón por la cual contra la decisión controvertida no procede recurso de alzada.
- b. Con relación al requisito de **inmediatez**, este se cumple, dado que el fallo enjuiciado fue proferido el 22 de febrero de 2022 y notificado personalmente mediante correo electrónico del 28 de febrero de 2022, de manera que a la fecha no han transcurrido más de 6 meses, lo anterior en consideración a lo ordenado en el Decreto 564 de 2020 por el cual se adoptan medidas para la garantía de los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.
- c. De otra parte, La acción de tutela se interpone contra una decisión de nulidad y restablecimiento de derecho en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por lo cual **NO se trata de un fallo de tutela**.
- d. Los hechos y pretensiones, se encuentran debidamente identificados, incluyendo los derechos que se encuentran vulnerados.
- e. Para finalizar se resalta que el presente asunto es de **relevancia constitucional**, toda vez que se trata de atacar una providencia judicial por desconocimiento del precedente constitucional, y en la que se advierte la posible vulneración de derechos fundamentales como a la seguridad social, vida digna y mínimo vital de las personas de la tercera edad, derechos adquiridos y expectativas legítimas, principio de seguridad jurídica, favorabilidad laboral e inescindibilidad de la ley, debido proceso, y derecho a la igualdad procesal.

CAUSALES ESPECIALES DE PROCEDIBILIDAD DE LA PRESENTE ACCIÓN

En la sentencia C-590 de 2005 respecto de la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales la Honorable Corte Constitucional indicó:

"(...) para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales¹ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado².

h. Violación directa de la Constitución".

En el presente caso se configura la causal indicada en el numeral d) y g), esto es, defecto factico, defecto sustantivo y desconocimiento del precedente, dadas las siguientes razones:

- **DEFECTO SUSTANTIVO**

Respecto del defecto material o sustantivo en sentencia SU-448 de 2011, la Corte Constitucional, señaló las principales circunstancias que generan que una providencia judicial incurra en un defecto sustantivo. Concretamente, en aquella ocasión se explicó que ello ocurre cuando:

¹ Sentencia T-522/01

² Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.

“(i) La decisión judicial tiene como fundamento una norma que no es aplicable, porque a) no es pertinente, b) ha perdido su vigencia por haber sido derogada, c) es inexistente, d) ha sido declarada contraria a la Constitución, e) a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador;

(ii) Cuando Pese a la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable o la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes o cuando en una decisión judicial se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente errada, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial;

(iii) No toma en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes;

(iv) la disposición aplicada se muestra, injustificadamente regresiva o contraria a la Constitución;

(v) Un poder concedido al juez por el ordenamiento se utiliza para un fin no previsto en la disposición;

(vi) La decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma, omitiendo el análisis de otras disposiciones aplicables al caso;

(vii) Se desconoce la norma del ordenamiento jurídico constitucional o infraconstitucional aplicable al caso concreto;

(viii) La actuación no está justificada en forma suficiente de manera que se vulneran derechos fundamentales;

(ix) Sin un mínimo de argumentación se desconoce el precedente judicial;

(x) El juez no aplica la excepción de inconstitucionalidad frente a una violación manifiesta de la Constitución” (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, para analizar la configuración del defecto material alegado, es preciso hacer hincapié en la interpretación dada por el Tribunal accionado a los hechos que conllevaron a que dentro del margen de interpretación, éste no se diera de manera razonable y su aplicación final sea inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) y muy claramente perjudicial para los intereses legítimos de la accionante, pues dicha decisión judicial se aplica con normas jurídicas de manera manifiestamente errada, sacando del

marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica ver como aceptable tal decisión judicial, para ilustrar lo argumentado, me permito citar:

“lo anterior implica que prestó sus servicios, y adquirió su estatus jurídico pensional en vigor de las Leyes 33 y 62 de 1985, pues al 29 de enero de 1985- fecha de vigencia- había cumplido 14 años, 2 meses y 9 días de servicio como empleado público, de esta forma, no se hallaría en transición respecto de estas norma ejusdem; sin embargo, no es menos cierto que adquirió el derecho pensional dentro del régimen ibidem, en consecuencia, de manera previa a la Ley 100 de 1993, pues cumplió el requisito de edad el 18 de septiembre de 1990 y se retiró definitivamente del servicio el 30 de junio de 1993; cumpliéndose el lleno de los requisitos antes del 1° abril de 1994.

Así las cosas, entendiéndose que, si bien se cita la unificación jurisprudencial del Consejo de Estado que estableció la distinción ya expresada, además de la interpretación dada por la Corte Constitucional, se dispuso como referencial para indicar que en este caso en particular no se está ante un régimen de transición, sino que es un derecho adquirido y debe darse una aplicación íntegra de las normas que le corresponden”

Ahora bien, es vital estudiar cual es el **régimen aplicable** al caso concreto conforme a lo establecido en la ley 100 de 1993 y ley 33 de 1985.

Empecemos por hacer una remisión a lo consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, en el cual se estableció:

“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 hiciere 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.”

No obstante, lo anterior de acuerdo a las pruebas arrojadas al proceso, el régimen de **transición del actor es el contenido en la Ley 33 de 1985**, que dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. Ver Artículo 45 Decreto Nacional 1045 de 1978

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

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno. Modifica el Artículo 25 Decreto Nacional 2400 de 1968 Decreto Nacional 1950 de 1973 Artículo 86 Decreto Nacional 1848 de 1969

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

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

El señor VICTOR NODIER BELTRAN ZULUAGA fue vinculado al servicio del Estado Colombiano, En el Ministerio de Justicia, **desde el 01 de septiembre de 1968 hasta el 05 de octubre de 1970**, En el ICBF, desde el **13 de mayo de 1971 hasta el 5 de diciembre de 1976** y En el Ministerio de Justicia, **desde el 17 de abril de 1978 hasta el 30 de junio de 1993**, por lo que el accionante para el 13 de febrero de 1985, fecha en que entro en vigencia la Ley 33 de 1985, si bien cierto no tenía más de 15 años de servicios, también lo es que, NO cumplió el status en vigencia de la Ley 100, ni laboró, de allí que, **por principio de favorabilidad es beneficiario(a) de la transición de la Ley 33 de 1985.**

Así que, la mencionada aplicación, resulta contraria al régimen del cual es beneficiario(a) el(la) accionante, puesto que, la interpretación dada por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE

CUNDINAMARCA, SECCION SEGUNDA-SUBSECCIÓN "B", exceden su ámbito de aplicación normativa, y en consecuencia las sentencia proferidas contiene un defecto sustantivo, en virtud de que se apartaron del marco Jurídico que corresponde analizar para resolver el caso concreto, desconociendo que el régimen aplicable al(a) actor(a) era el contenido en el parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, por tanto que, para liquidar el monto de la pensión debía aplicarse el contenido de la Ley 6 de 1945, los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 y el Decreto 1045 de 1978; así las cosas, el juez constitucional en aras de impartir protección a los derechos constitucionales que le asistente a mi prohijado(a), debe proceder a dejar si efectos la sentencia, ordenando al Juzgador dictar un fallo donde corrija el defecto advertido.

Finalmente, de concluye que la decisión de la autoridad judicial accionada incurrió en un defecto sustantivo, por cuanto se limitó a definir el Ingreso Base de Liquidación y los factores salariales aplicables a la pensión de la cual es beneficiaria la señora MARINA CASTAÑEDA DE BELTRAN, con fundamento en los factores que se encuentran enlistados en el artículo 1° la Ley 62 de 1985, desconociendo que la pensión del actor se sujetaba a distintos preceptos legales.

En efecto, se tiene que el Tribunal accionado realizó una interpretación sesgada de la normativa aplicable al caso concreto y de los elementos probatorios allegados al proceso de nulidad y restablecimiento, lo que le impidió realizar un análisis crítico y coherente del régimen pensional del tutelante, ocasionando con ello una vulneración de los derechos al debido proceso, seguridad social e igualdad de la señora MARINA CASTAÑEDA DE BELTRAN.

Finalmente, pese a que la demanda fue presentada ANTERIOR A LA SNETENCIA DEL 28 DE AGOSTO DE 2018, lo que evidencia que, para la fecha de presentación de la misma, la jurisprudencia imperante correspondía a la posición en la cual el Consejo de Estado ordenaba la inclusión de los factores de salario devengados en el último año de servicio, por tanto, de haberse surtido un trámite procesal OPORTUNO, el actor no tendría que estar soportando la aplicación de un precedente jurisprudencial que hoy lo perjudica, y que por lo demás no le es aplicable, pues como reiteradamente he indicado, éste(a) era acreedor(a) al régimen de transición de la Ley 33 de 1985, o como se ha llamado por la jurisprudencia "la transición de la transición", figura que se profundizará más adelante.

- **DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE:**

EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION SEGUNDA-SUBSECCIÓN "B", con sus decisiones desconoce el precedente jurisprudencial aplicable al régimen de transición contemplado en el parágrafo 2° artículo 1° de la ley 33 de 1985 a que tiene derecho el (la) actor(a); y en el cual se ha dejado establecido que la liquidación de la mesada debe tener en cuenta los factores salariales que el servidor devengó durante el último año de servicios, en los términos del Decreto 1045 de 1978.

Por el contrario, las reglas contenidas en los precedentes jurisprudenciales aplicados por el accionado, como lo son las sentencias del Consejo de Estado de 28 de agosto de 2018, NO

pueden aplicarse al régimen de transición contenido en la ley 33 de 1985, dado que su aplicación solamente hace referencia al régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Lo anterior, ha sido ratificado por el Consejo de Estado en reciente jurisprudencia³, donde indicó:

“Igualmente, se advierte que el demandante era beneficiario del régimen de transición previsto por la Ley 33 de 1985, pues tenía más de 15 años de servicio para su entrada en vigencia, lo cual no se afecta por el hecho que la prestación hubiere sido reconocida en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, que de acuerdo con el análisis efectuado en precedencia su pensión debía regirse por la Ley 6 de 1945 y no las reglas y subreglas definidas para los beneficiarios del régimen de transición de la mencionada ley 100 de 1993 en la sentencia del 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

Así las cosas, se observa que el acto de reconocimiento, Resolución 01344 del 29 de junio de 1999, fue expedido de acuerdo a la normatividad que regía la situación del señor Pablo Emilio Flórez González, tal y como se desprende de su contenido, tal y como se anotó previamente.

*Sin embargo, **la liquidación de la mesada debía tener en cuenta los factores salariales que el servidor devengó durante el último año de servicios, en los términos del Decreto 1045 de 1978**, aspecto en relación con el cual, del análisis de los documentos aportados al plenario, se evidencia que la prima de navidad no fue incluida en la liquidación de la prestación, como lo indicó la sentencia de primera instancia, emolumento que debió ser tenido en cuenta para el cálculo de la mesada” (negritas y subrayadas propias).*

Igualmente en sentencia de la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado⁴, Consejero Ponente Alberto Montaña Plata, se ratificó la anterior postura, indicando:

“62. Al efecto, debe señalarse que la accionante trabajó al servicio del Hospital Regional la Candelaria, a partir del 23 de junio de 1963 y, en ese orden, al momento de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 – 13 de febrero de 1985 – contaba con más de 15 años de servicio, razón por la cual era beneficiaria del régimen de transición contemplado en el parágrafo 2 del artículo 1 de la citada ley.

63. En consecuencia, el régimen aplicable para reliquidar su pensión era el contenido en la Ley 6 de 1945, los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 y el Decreto 1045 de 1978.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 31 de Enero de 2019. Radicado: 410012331000201200101 01 (1145-2016).

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 10 de junio de 2019. Radicado: 11001031500020190166200.

64. Dicha situación fue pasada pro alto pro el Tribunal Administrativo del Magdalena, ya que, al momento de realizar el análisis normativo sobre el régimen del cual era beneficiaria la accionante, se remitió al artículo 36, que determinó el régimen de transición de la ley 100 de 1993, e hizo extensivas las sentencias SU-230 de 2013, SU-417 de 2016, SU-395 de 2017 y SU 023 de 2018, las cuales establecieron reglas para fijar el ingreso base de liquidación, para el caso de régimen de transición contenido en el artículo en la referida ley, sin que ello implique que dichas reglas se hagan extensivas a otros regímenes como el contenido en la Ley 33 de 1985...”

De otra parte, al negar las pretensiones de la demanda, está desconociendo la jurisprudencia de unificación del Honorable Consejo de Estado⁵ vigente al momento de presentar la demanda en el trámite de la primera instancia, donde se indicó que en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, para liquidar las pensiones de los servidores públicos amparados con el régimen de transición se deben tener en cuenta la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicios, toda vez que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Como reiteradamente he indicado, al señor VICTOR NODIER BELTRAN ZULUAGA, le era aplicable por principio de favorabilidad el régimen de transición consagrado en la Ley 33 de 1985, y que por ende la pensión de la cual ahora es beneficiaria la señora MARINA CASTAÑEDA DE BELTRA, debe reconocerse y/o reliquidarse de manera integral en los términos, que establece en su artículo primero:

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

En la norma transcrita se observa claramente, que el monto de la pensión será el equivalente al 75% del promedio devengado durante el último año de servicios. En ningún momento la ley 33 de 1985 establece, como si lo hace la ley 100 de 1993, que para *calcular* el valor de la mesada pensional (*ingreso base para liquidar la pensión*), deberá tenerse en cuenta lo devengado o cotizado durante toda la vida laboral o durante los diez (10) últimos años de servicio, situación que para mí poderdante NO aplica, pues de éste artículo solo se toma el inciso correspondiente al *régimen de transición*, que **lo exceptúa** y que lo remite a la modalidad de cálculo a la norma anterior, donde el ingreso base de liquidación es el último año de servicios (ley 33 de 1985).

⁵ Sección Segunda de 4 de agosto de 2010, Exp. 2006-7509, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Lo anterior le permite acceder a pensionarse con el régimen de pensional anterior, por lo que a continuación nos permitimos resumir la normatividad aplicable al caso:

El Artículo 4 de la Ley 4ª de 1966:

“A partir de la vigencia de esta Ley, las Pensiones de Jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios”.

Esta Ley 4/66, fue reglamentada por el **D. R. 1743/66**, el que en su artículo 5º prescribe:

*“A partir del 23 de Abril de 1966 las Pensiones de Jubilación o de Invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más Entidades de Derecho Público serán liquidadas y pagadas tomando como base el **setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios**, previa la demostración del retiro definitivo del servicio público “. (Resaltado Nuestro).*

El Artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968 repite lo dispuesto en las normas anteriores.

Luego, el artículo 27⁶ del Decreto 3135 de 1968 en concordancia con el artículo 68 y del Decreto 1848 de 1969⁷, vario la edad de jubilación de los varones y la establecido en cincuenta y cinco (55) años, norma que cobijó exclusivamente a los empleados del orden nacional. A su vez, la última norma en su artículo 73 determinó la forma de liquidación de la prestación en los siguientes términos: *“(…) CUANTIA DE LA PENSION. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios y prima de toda especie [...percibidos...] en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilación, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin (...)*

La Sección Segunda del Consejo de Estado⁸ anuló la palabra “percibido” contenida en el Decreto Reglamentario 1848, por cuanto se utilizó inapropiadamente, toda vez que el Decreto – Ley 3135 de 1968 se refiere al concepto de “devengado” que si es un concepto jurídico.

⁶ ARTÍCULO 27. Pensión de jubilación o vejez. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.

⁷ ARTÍCULO 68.- Derecho a la pensión. Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señalados en el artículo 1o. de este decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad, si es mujer.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Ignacio Reyes Posada, sentencia de 07 de junio de 1980, radicación número: 2527.

En lo anteriormente expuesto se advierte que no se hace alusión a los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación, por lo que se debe acudir a lo preceptuado en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma posterior, de carácter general, que determina explícitamente los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar la cesantía y la pensión de jubilación en su artículo 45, así:

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

- a) *La asignación básica mensual;*
- b) *Los gastos de representación y la prima técnica;*
- c) *Los dominicales y feriados;*
- d) *Las horas extras;*
- e) *Los auxilios de alimentación y transporte;*
- f) *La prima de navidad;*
- g) *La bonificación por servicios prestados;*
- h) *La prima de servicios;*
- i) *Los viáticos que reciben los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicios;*
- j) *Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;*
- k) *La prima de vacaciones;*
- l) *El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;*
- ll) *Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecutable del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968;*

Bajo este entendido, la pensión de jubilación de aquellos servidores, que se encuentran inmersos en el régimen de transición contenido en la Ley 33 de 1985, debe ser liquidada con el 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicio según lo previsto en el Decreto-Ley 3135 de 1968, reglamentado por el Decreto 1848 de 1969 y conforme a los factores señalados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Respecto de los factores a tener en cuenta en las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, el Consejo de Estado establecido:

“(…) En el presente caso, para el 13 de febrero de 1985, fecha en que entró en vigencia la Ley 33 de 1985, el señor Carlos Augusto Monroy Rincón tenía más de 15 años de servicio, en tanto inició sus labores el 20 de agosto de 1959, tal como consta en la resolución de reconocimiento visible a folio 2 del expediente, lo que implica su incursión

en el régimen de transición previsto en el párrafo 2° ibidem, que habilita en cuanto a la edad el régimen anterior.

A pesar de que la Ley 3 de 1985 no señaló nada en cuanto a la liquidación, considera la Sala que en este aspecto se debe aplicar también el régimen anterior, porque resulta más favorable al demandante, de no hacerse así, se desconocería el principio mínimo fundamental, consagrado en el artículo 53 de la Carta Política que establece la “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho (...)

Además, no se podría aplicar, por una parte, la disposición legal anterior en cuanto a la edad, y por otra, la nueva Ley para establecer la base de liquidación de la pensión, porque se incurrirá en violación del principio de “inescindibilidad de la Ley” que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales.

De esta manera, la pensión de jubilación consagrada en el Decreto Ley 3135 del 1968 se reconoce en los términos señalados en el Decreto 1848 de 1969 y sobre los factores determinados en el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978 (...)⁹

En sentencia del 2 de mayo de 2019, el Consejo de Estado reitera que “... de conformidad con el régimen de transición establecido por la Ley 33 de 1985 en el inciso 1 del párrafo 2 de su artículo 1, si para el 13 de febrero de 1985, fecha en la cual cobró vigencia dicha ley, el empleado oficial ha reunido los 15 años de servicios continuos o discontinuos, se tiene que es destinatario de la pensión de jubilación de conformidad con lo ordenado por el literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945, es decir con el cumplimiento de 50 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos, en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio y con los factores salariales contenidos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.¹⁰

De acuerdo con el anterior pronunciamiento jurisprudencial, es claro que los factores salariales que se deben reconocer en vigencia de la transición de Ley 33 de 1985 al momento de determinar el IBL pensional de los empleados públicos, son los que se encuentran enlistados en el Decreto 1045 de 1978.

Es de advertir que el Honorable Consejo de Estado ha señalado en múltiples jurisprudencias que las pensiones de las personas beneficiarias del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, se calculan con todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, aunque sobre ellos, o alguno de ellos, no hagan mención taxativa en la norma. Así mismo señaló el Alto Tribunal:

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, Sentencia de 5 de mayo de 2019, exp. 25000-23-42-000-2012-02011-01 (0298-14) actor: Ninfa Benavides Beltrán.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Sentencia de 26 de marzo de 2019, exp. 2559-07.

“(…) Encontrándose demostrado que el régimen pensional que aplico la Entidad demanda, fue el contemplado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, para efectos de determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación se acudirá a lo preceptuado en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma posterior de carácter general que determina explícitamente los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar la cesantía y la pensión de jubilación con el siguiente tenor literal: (...)

Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que, de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación (...)¹¹

Es así que el empleado del sector oficial beneficiario de la transición de la Ley 33 de 1985, que, habiendo prestado sus servicios al estado, tiene derecho al reconocimiento total de todos aquellos factores que devengó durante su último año de servicios, más aún cuando en el plenario está demostrado que el actor es beneficiario del régimen de transición de la Ley 33 de 1985.

El Consejo de Estado estableció que existen dos grupos de personas, dadas las circunstancias pensionales, consistentes en:

“(…)

*49. El primer grupo de personas fue aquel que tenía unos **derechos, garantías o beneficios adquiridos** y establecidos conforme a las disposiciones normativas anteriores, para quienes a la fecha de entrada en vigencia de esta ley hubieren cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encontraban pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de prima media y del sector privado en general (art11).*

*50. El segundo grupo de personas, al que quiso proteger el legislador, fue a aquel que estaba **próximo a adquirir el derecho a la pensión** conforme a las disposiciones legales anteriores. Para este grupo, la Ley 100 de 1993 otorgó una vigencia ultractiva de algunos elementos del régimen pensional que lo cobija, concediéndole a dicho régimen unos efectos con el fin que a medida que estas personas cumplieran los requisitos para acceder a una pensión adquirieran el derecho en los términos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.*

Por lo expuesto, es claro que el causante VICTOR NODIER BELTRAN ZULUAGA, se halla inmerso en el primer grupo descrito y por ende le es aplicable el régimen de transición de la Ley 33 de 1985, en consideración a que el señor VICTOR NODIER BELTRAN ZULUAGA tenía un derecho un

¹¹ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B” sentencia de 9 de julio de 2009 C.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez Rad.: 25000-23-25-000-2004-04442-01 (0208-07).

Derecho adquirido y una expectativa legítima de pensionarse bajo dicha normatividad, en razón al principio de favorabilidad, si bien, en principio, el Consejo de Estado señaló que no era posible la inclusión de conceptos distintos a los dispuestos en las Leyes 33 y 62 de 1985¹², lo cierto es que, con la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, la Corporación acogió una tesis distinta que, en su criterio, garantiza los principios de progresividad, igualdad y favorabilidad. En esta providencia, se concluyó que la citada Ley 33 de 1985 no contiene una lista taxativa de los factores salariales, sino que aquellos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador de manera habitual y periódica, como retribución por su labor durante el último año de servicios.

En ese sentido, solo si la persona consolidó su derecho previamente al régimen de la Ley 100 de 1993, se podría dar aplicación plena de la norma que le corresponda, en caso contrario, se dará la interpretación de la jurisprudencia de unificación que corresponde al segundo grupo de personas. Y como se evidenció previamente, en el asunto se cumple la situación dada para el primer grupo de personas.

Ahora bien, el Honorable Consejo de Estado, bajo los estudios de su Sala Plena profirió la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, en la cual después de un arduo estudio de la mano de la jurisprudencia de la OIT, de los pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional, y de los mandatos de nuestro Código Sustantivo de Trabajo, ordenó e interpretó qué emolumentos conforman el salario en este caso en concreto la asignación básica del trabajador y la totalidad de primas devengadas en el **último año de servicios**, luego entonces, una providencia por supuesto respetuosa, no puede entrar a crear un caos legal y jurisprudencial en lo que hace a la interpretación objetiva, rebasando con ello los límites de su discrecionalidad oficial; en esta providencia el Honorable Consejo de Estado saneo por decirlo así, el vacío normativo que contenía la Ley 33 de 1985, respecto de la forma de liquidación e inclusión de todo lo devengado en el último año de servicios.

Y, en relación con las normas aplicables al monto del salario base de liquidación de la pensión, ha indicado el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa lo siguiente:

“... no resultan aplicables las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993 que determina las bases que se deben tener en cuenta para la liquidación pensional del personal sometido al régimen de transición pensional de que trata el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, si la prestación periódica se debe liquidar y reconocer bajo una ley especial anterior en los aspectos de edad, tiempo y monto pensionales (este último comprende porcentaje y base de la liquidación), será esta normatividad la aplicable en esa materia, más cuando contempla una regulación especial, favorable y diferente. Lo anterior, por cuanto si se aplicaran las normas generales atinentes al monto pensional previstas en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias al personal que reclama su reconocimiento pensional definitivo en consideración al régimen de transición del inciso

¹² Citó la sentencia del 6 de agosto de 2008 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, radicado: 2002-12846.

*2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resultaría desvirtuado e inócuo el régimen preferencial transitorio”.*¹³

Bajo este entendido, la pensión de jubilación de aquellos servidores, que se encuentran inmersos en el régimen de transición contenido en la Ley 33 de 1985, debe ser liquidada con el 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicio según lo previsto en el Decreto-Ley 3135 de 1968, reglamentado por el Decreto 1848 de 1969 y conforme a los factores señalados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Respecto de los factores a tener en cuenta en las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, el Consejo de Estado establecido:

“(…) En el presente caso, para el 13 de febrero de 1985, fecha en que entró en vigencia la Ley 33 de 1985, el señor Carlos Augusto Monroy Rincón tenía más de 15 años de servicio, en tanto inició sus labores el 20 de agosto de 1959, tal como consta en la resolución de reconocimiento visible a folio 2 del expediente, lo que implica su incursión en el régimen de transición previsto en el parágrafo 2° ibidem, que habilita en cuanto a la edad el régimen anterior.

A pesar de que la Ley 3 de 1985 no señaló nada en cuanto a la liquidación, considera la Sala que en este aspecto se debe aplicar también el régimen anterior, porque resulta más favorable al demandante, de no hacerse así, se desconocería el principio mínimo fundamental, consagrado en el artículo 53 de la Carta Política que establece la “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho (...)

Además, no se podría aplicar, por una parte, la disposición legal anterior en cuanto a la edad, y por otra, la nueva Ley para establecer la base de liquidación de la pensión, porque se incurrirá en violación del principio de “inescindibilidad de la Ley” que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales.

*De esta manera, la pensión de jubilación consagrada en el Decreto Ley 3135 del 1968 se reconoce en los términos señalados en el Decreto 1848 de 1969 y sobre los factores determinados en el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978 (...)*¹⁴

En sentencia del 2 de mayo de 2019, el Consejo de Estado reitera que “... de conformidad con el régimen de transición establecido por la Ley 33 de 1985 en el inciso 1 del parágrafo 2 de su artículo 1, si para el 13 de febrero de 1985, fecha en la cual cobró vigencia dicha ley, el empleado oficial ha reunido los 15 años de servicios continuos o discontinuos, se tiene que es destinatario de la pensión de jubilación de conformidad con lo ordenado por el literal b) del artículo 17 de la

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 12 de mayo de 2005, Exp. 25000232500020000468501.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, Sentencia de 5 de mayo de 2019, exp. 25000-23-42-000-2012-02011-01 (0298-14) actor: Ninfa Benavides Beltrán.

Ley 6 de 1945, es decir con el cumplimiento de 50 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos, en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio y con los factores salariales contenidos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.¹⁵

De acuerdo con el anterior pronunciamiento jurisprudencial, es claro que los factores salariales que se deben reconocer en vigencia de la transición de Ley 33 de 1985 al momento de determinar el IBL pensional de los empleados públicos, son los que se encuentran enlistados en el Decreto 1045 de 1978.

Es de advertir que el Honorable Consejo de Estado ha señalado en múltiples jurisprudencias que las pensiones de las personas beneficiarias del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, se calculan con todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, aunque sobre ellos, o alguno de ellos, no hagan mención taxativa en la norma. Así mismo señaló el Alto Tribunal:

“(...) Encontrándose demostrado que el régimen pensional que aplico la Entidad demanda, fue el contemplado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, para efectos de determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación se acudirá a lo preceptuado en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma posterior de carácter general que determina explícitamente los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar la cesantía y la pensión de jubilación con el siguiente tenor literal: (...)”

Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que, de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación (...)”¹⁶

Es así que el empleado del sector oficial beneficiario de la transición de la Ley 33 de 1985, que, habiendo prestado sus servicios al estado, tiene derecho al reconocimiento total de todos aquellos factores que devengó durante su último año de servicios, más aún cuando en el plenario está demostrado que el actor es beneficiario del régimen de transición de la Ley 33 de 1985.

Ahora bien, con respecto a la aplicación de los factores salariales tema aquí debatido el Honorable Consejo de Estado, Sección Segunda, en reciente jurisprudencia¹⁷, donde indicó:

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Sentencia de 26 de marzo de 2019, exp. 2559-07.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B” sentencia de 9 de julio de 2009 C.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez Rad.: 25000-23-25-000-2004-04442-01 (0208-07).

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 31 de Enero de 2019. Radicado: 410012331000201200101 01 (1145-2016).

“Igualmente, se advierte que el demandante era beneficiario del régimen de transición previsto por la Ley 33 de 1985, pues tenía más de 15 años de servicio para su entrada en vigencia, lo cual no se afecta por el hecho que la prestación hubiere sido reconocida en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, que de acuerdo con el análisis efectuado en precedencia su pensión debía regirse por la Ley 6 de 1945 y no las reglas y subreglas definidas para los beneficiarios del régimen de transición de la mencionada ley 100 de 1993 en la sentencia del 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

Así las cosas, se observa que el acto de reconocimiento, Resolución 01344 del 29 de junio de 1999, fue expedido de acuerdo a la normatividad que regía la situación del señor Pablo Emilio Flórez González, tal y como se desprende de su contenido, tal y como se anotó previamente.

Sin embargo, la liquidación de la mesada debía tener en cuenta los factores salariales que el servidor devengó durante el último año de servicios, en los términos del Decreto 1045 de 1978, aspecto en relación con el cual, del análisis de los documentos aportados al plenario, se evidencia que la prima de navidad no fue incluida en la liquidación de la prestación, como lo indicó la sentencia de primera instancia, emolumento que debió ser tenido en cuenta para el cálculo de la mesada” (negritas y subrayadas propias).

En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiado su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

Adicionalmente me permito traer a colación reciente pronunciamiento en sentencia de la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado¹⁸, Consejero Ponente Alberto Montaña Plata, se ratificó la anterior postura, indicando:

“62. Al efecto, debe señalarse que el accionante trabajo al servicio del Hospital Regional la Candelaria, a partir del 23 de junio de 1963 y, en ese orden, al momento de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 – 13 de febrero de 1985 – contaba con más de 15 años de servicio, razón por la cual era beneficiaria del régimen de transición contemplado en el parágrafo 2 del artículo 1 de la citada ley.

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 10 de junio de 2019. Radicado: 11001031500020190166200.

63. En consecuencia, el régimen aplicable para reliquidar su pensión era el contenido en la Ley 6 de 1945, los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 y el Decreto 1045 de 1978.

64. Dicha situación fue pasada por alto por el Tribunal Administrativo del Magdalena, ya que, al momento de realizar el análisis normativo sobre el régimen del cual era beneficiaria la accionante, se remitió al artículo 36, que determinó el régimen de transición de la ley 100 de 1993, e hizo extensivas las sentencias SU-230 de 2013, SU-417 de 2016, SU-395 de 2017 y SU 023 de 2018, las cuales establecieron reglas para fijar el ingreso base de liquidación, para el caso de régimen de transición contenido en el artículo en la referida ley, sin que ello implique que dichas reglas se hagan extensivas a otros regímenes como el contenido en la Ley 33 de 1985...”

Así las cosas, es claro que la posición jurisprudencial de Honorable Consejo de Estado, órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa respecto de casos como el presente en el cual se solicita la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicios, es uniforme en cuanto a la orden de inclusión de los mismos siendo entonces procedente ordenar la reliquidación solicitada.

Finalmente es relevante traer a colación el siguiente fallo de tutela proferida por el Honorable Consejo de Estado, Sección Segunda del 12 de Diciembre de 2019, dentro del proceso No. 11001-03-15-000-2019-04749-00, con Magistrado Ponente CÉSAR PALOMINO CORTÉS, para que conforme a los principios de igualdad, favorabilidad y analogía se tengan en cuenta al fallar la presente controversia:

“Con fundamento en lo mencionado, se puede colegir que el señor Colla Hurtado para el momento en que entró en vigencia la Ley 33 de 1985 (13 de febrero de 1985), contaba con 19 años de servicio, por lo que resultaba beneficiario del régimen de transición previsto en el parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, según el cual "(...! los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley (...).”

De esta manera, para la Sala no es de recibo que el Tribunal accionado haya dado por sentado que al señor Ary José Colla Hurtado se le aplicaba el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, sin tener en cuenta que los documentos obrantes en el expediente del proceso ordinario permitían inferir que el tutelante había cumplido con el presupuesto del tiempo de servicio para beneficiarse de la transitoriedad de la Ley 33 de 1985 y, por consiguiente, guardaba la expectativa legítima de obtener su pensión de acuerdo con la normativa anterior a la referida Ley 33, una vez cumpliera con todos los requisitos legales para ello.

Es importante señalar que la creación de un régimen de transición constituye un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no

afecten desmesuradamente a quienes, si bien, no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido la totalidad de los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, bajo unas mejores condiciones existentes en el momento del tránsito legal.

En este orden de ideas, la Sala colige que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en la providencia acusada, se limitó a definir los parámetros para determinar el Ingreso Base de Liquidación y los factores salariales aplicables a la pensión del señor Ary José Colla Hurtado, sin analizar el régimen prestacional que regía el reconocimiento pensional del demandante, a partir de los elementos probatorios obrantes en el expediente y los argumentos que expuso la parte actora durante el trámite administrativo y judicial.

Es así que en el presente asunto, el Tribunal accionado omitió examinar cual era el precepto normativo al que remitía la transición de la Ley 33 de 1985 para determinar el presupuesto de la edad que se aplicaba al tutelante y, cuáles eran los mandatos legales con los que se debía establecer el tiempo de servicio, la tasa de reemplazo, el periodo de liquidación y los factores salariales que se tenían que tomar para el cálculo del Ingreso Base de Liquidación de la pensión reclamada por el señor Ary José Colla Hurtado.

Por los anteriores argumentos, la Sala considera que la actuación desplegada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en la sentencia de 23 de agosto de 2019 adolece de defecto fáctico, toda vez que omitió examinar con rigurosidad el material probatorio que conformaba el expediente del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 2014.00486 para verificar la historia laboral y los antecedentes administrativos del señor Ary José Colla Hurtado, a efectos definir la procedibilidad o no de la aplicación del régimen de transición previsto en el en el parágrafo 20 del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, que reclamaba el demandante.

Así mismo, se advierte que la decisión de la autoridad judicial accionada también incurrió en un defecto sustantivo, por cuanto se limitó a definir el Ingreso Base de Liquidación y los factores salariales aplicables a la pensión del señor Ary José Colla Hurtado, con fundamento en los parámetros que rigen el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, desconociendo que la pensión del actor se sujetaba a distintos preceptos legales.

En efecto, se tiene que el Tribunal realizó una interpretación sesgada de la normativa aplicable al caso concreto y de los elementos probatorios allegados al proceso de nulidad y restablecimiento, lo que le impidió realizar un análisis crítico y coherente del régimen pensional del tutelante, ocasionando con ello una vulneración de los derechos al debido proceso, seguridad social e igualdad del señor Ary José Colla Hurtado.

SOBRE DE TRANSICION DE LA LEY 33 DE 1985 APLICABLE A LA ACCIONANTE:

En el presente asunto, el señor VICTOR NODIER BELTRAN ZULUAGA, nació el 17 de julio de 1928 y presto sus servicios en el Ministerio de Justicia, desde el 01 de septiembre de 1968 hasta el 05 de octubre de 1970, En el ICBF, desde el 13 de mayo de 1971 hasta el 5 de diciembre de 1976 y En el Ministerio de Justicia, desde el 17 de abril de 1978 hasta el 30 de junio de 1993.

En efecto, el parágrafo 2° del artículo primero de la norma en cita, estableció un régimen de transición consistente en que los empleados que llevaran un tiempo de servicio de 15 años a la fecha de expedición de la Ley, podían pensionarse con los requisitos del régimen anterior de pensiones, así:

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

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

Así las cosas, se debe respetar la expectativa legítima de la demandante, quien cumplió con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición señalado en la Ley 33 de 1985, pues si bien como se ha reiterado no cumplió los 15 años o más de servicios a la fecha de su entrada en vigencia, es decir para el 13 de febrero de 1985, tampoco laboró o cumplió el status en vigencia de la Ley 100, de manera que aplicando el principio de favorabilidad, la situación jurídica se rige por las condiciones establecidas en los Decretos 3135 de 1968 y 1045 de 1978. En el caso de autos, la demandante se encuentra amparada por el régimen de transición de la Ley 33 de 1985, sin que se puedan exigir nuevos requisitos en virtud de la Ley 100 de 1993.

La actual tesis jurisprudencial de la Sección Segunda del Consejo de Estado, determina que aquellos beneficiarios del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, les son aplicables en su integridad, es decir las normas que en materia pensional venían rigiendo con anterior, es decir que para el caso del demandante sería la establecida en el Decreto Ley 3135 de 1968 y en los Decretos 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Respecto de la imposibilidad de modificar las condiciones de quien ha cumplido los requisitos de un régimen de transición por constituir un derecho adquirido se pronunció la H. Corte Constitucional en sentencia C754-04, en la que se indicó:

“... en la Sentencia C-789 de 2002 la Corte advirtió claramente que si el cambio en la normativa del régimen de transición ocurre después de haber entrado a regir de

transición ocurre después de haber entrado a regir la norma y por tanto luego de haberse consolidado la situación de las personas a las que se les aplica, el mismo resulta ilegítimo.

*De todo lo anterior se desprende que el Legislador al expedir la norma acusada no tuvo en cuenta que, como se explicó en la Sentencia C-789 de 2002, si bien frente a un tránsito legislativo y al régimen de transición respectivo el derecho a la pensión no es un derecho constitucional adquirido, sino una expectativa legítima, si existe un derecho al régimen de transición de las personas cobijadas por el mismo. Tampoco tuvo en cuenta que **una vez entrada en vigencia la disposición que consagra el régimen de transición, los trabajadores que cumplen con los requisitos exigidos para el mismo consolidan una situación concreta que no se les pueden menoscabar** (Negrilla fuera de texto).*

Tal posición fue replicada además en sentencia de tutela, como son las T-235 de 2002 y T-169 de 2003; es así como en la primera se indicó que “...Una vez entre en vigencia la norma que establece el régimen transitorio, **las personas que reúnen los requisitos para adquirirlo consolidan una situación jurídica concreta que no puede ser menoscabada.** Es además un auténtico derecho subjetivo que le da a su titular el derecho a que se le reconozca la prestación en las condiciones establecidas en la normatividad anterior y a acudir ante la jurisdicción en caso de incumplimiento...”, resaltando que los derechos provenientes de la seguridad social son irrenunciables, conforme a los artículos 48 y 53 de la Constitución.

Por lo expuesto, es evidente que conforme a las tesis de la Corte Constitucional hace evidente que modificar elementos esenciales del régimen de transición a quienes reúnen los requisitos para adquirirlo una vez la disposición ha entrado en vigencia es “ilegítimo”.

VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

- DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL
- VIDA DIGNA Y MINIMO VITAL DE LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD
- DERECHOS ADQUIRIDOS Y EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS,
- PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA
- PRINCIPIO FAVORABILIDAD LABORAL E INESCINDIBILIDAD DE LA LEY
- DEBIDO PROCESO
- DERECHO A LA IGUALDAD PROCESAL

- DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

La seguridad social fue elevada a rango de derecho fundamental con la Carta Política de 1991, en sus artículos 48 y 49, es por ello que la Corte Constitucional consideraba, hasta antes del año

2014, que era procedente la tutela para evitar que las Entidades escindieran el Ingreso Base de Liquidación del monto cuando el pensionado se encontraba cobijado por el régimen de transición previsto la Ley 33 de 1985 y en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En sentencia T-798 de 2009 se sostuvo además que el régimen de transición *“es una norma de orden público que debe aplicarse en todos los casos, puesto que constituye una expresión directa de los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad y respeto a los derechos adquiridos que caracterizan el derecho a la seguridad social, los cuales se encuentran consignados en el artículo 53 de la carta...”*, por lo que constituye un verdadero derecho subjetivo exigible ante las autoridades administrativas y judiciales, naturaleza que implica que su inaplicación parcial o total, en los eventos en los que es evidente que la persona se encuentra dentro de los presupuestos de hecho contemplados en la norma, *“...constituye uno de los casos en los cuales se configura una vía de hecho administrativa...”*

- **VIDA DIGNA Y MINIMO VITAL DE LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD**

La Corte Constitucional en sentencia T-251 de 2007, *“La jurisprudencia de esta Corporación había sostenido reiteradamente que la controversia objeto de estudio tenía raigambre constitucional debido a que (i) existe una relación inescindible entre la eficacia del derecho a la seguridad social en pensiones y la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la igualdad, vinculo que resulta manifiesto en aquellas personas que culminada su vida laboral, vinculo que resulta manifiesto en aquellas personas que culminada su vida laboral y ante el cumplimiento de los requisitos legales aplicables, adquieren el estatus de jubilados, condición que no puede ser desconocida si poner en riesgo cierto su subsistencia; y (ii) el Texto Constitucional reconoce carácter irrenunciable a la seguridad social, habida cuenta la aludida relación entre este derecho y **la protección de la subsistencia en condiciones dignas**. En este sentido, admitir que la interpretación indebida de las normas legales aplicables afectara el derecho a acceder a esa prestación, contradice dicho carácter...”*

- **DERECHOS ADQUIRIDOS Y EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS**

En la sentencia C-168 de 1995, más allá de los derechos adquiridos, la Corte Constitucional dio prelación a las meras expectativas, como el caso de aquellos servidores públicos beneficiarios del régimen de transición. Allí se indicó:

“Dado que en la ley 100 de 1993 se modifican algunos de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, se establece en el inciso segundo del artículo 36, materia de acusación, un régimen de transición que da derecho a obtener ese beneficio mediante el cumplimiento de los requisitos de edad, tiempo de servicio, o semanas cotizadas estatuidas en la legislación anterior, para las personas que a la fecha de entrar a regir el nuevo sistema de seguridad social, tengan 35 años o más de edad si son mujeres, y 40 o más años de edad si son hombres; o a quienes hayan cumplido 15 o más años de servicios cotizados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para obtener tal derecho son los contenidos en las disposiciones de la nueva ley.

En el inciso tercero se fija el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas antes citadas, disponiendo que para quienes les faltare "menos" de diez (10) años de servicio 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 éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Y, si el tiempo que les hiciera falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada de vigencia de la ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.

Adviértase, cómo el legislador con estas disposiciones legales va más allá de la protección de los derechos adquiridos, para salvaguardar las expectativas de quienes están próximos por edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas a adquirir el derecho a la pensión de vejez, lo que corresponde a una plausible política social que, en lugar de violar la Constitución, se adecua al artículo 25 que ordena dar especial protección al trabajo". (Subrayado nuestro)

La jurisprudencia constitucional ha puntualizado que la Constitución protege la expectativa legítima de acceder a un derecho, y por tal motivo la Corte Constitucional ha señalado que las expectativas legítimas son merecedoras de una protección intermedia atendiendo a los factores relevantes del asunto específico y los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Las expectativas legítimas se ubican en una posición intermedia entre las meras expectativas y los derechos adquiridos. Las tres figuras hacen alusión a la posición fáctica y jurídica concreta en que podría encontrarse un sujeto frente a un derecho subjetivo. Una persona tiene un *derecho adquirido* cuando ha cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para el reconocimiento del mismo; estará ante una *mera expectativa* cuando no reúna ninguno de los presupuestos de acceso a la prestación; y tendrá una *expectativa legítima* o derecho eventual cuando logre consolidar una situación fáctica y jurídica concreta en virtud de la satisfacción de alguno de los requisitos relevantes de reconocimiento del derecho subjetivo.

En la sentencia C-789 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) la Corporación identificó la existencia de una *posición jurídica* denominada *expectativa legítima*, la que otorga a sus beneficiarios una particular protección frente a cambios normativos que menoscaban las fundadas aspiraciones de quienes están próximos a reunir los requisitos de reconocimiento de un derecho subjetivo. El Tribunal puntualizó que el establecimiento de *regímenes de transición* representa uno de los instrumentos de salvaguarda de las expectativas legítimas, pues no resulta constitucionalmente admisible que una persona que ha desplegado un importante esfuerzo en la consecución de un derecho y se encuentra próxima a acceder a él, vea afectada su posición de forma abrupta o desproporcionada. Al respecto la citada providencia señaló que *"La creación de un régimen de transición constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa*

legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionares, en el momento del tránsito legislativo”.

Así mismo, en sentencia C-428 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo) el Tribunal Constitucional sintetizó su jurisprudencia sobre la protección brindada a las expectativas legítimas mediante los regímenes de transición en los siguientes términos: *“Los regímenes de transición, en consecuencia, (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. || Como el legislador tiene plena competencia para modificar la ley como parte de sus atribuciones constitucionales (Art. 150 numeral 1 C.P.) y puede hacerlo dentro del margen de configuración que le es propio, 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”*

- **PRINCIPIO DE LA SEGURIDAD JURIDICA:**

Sobre la seguridad jurídica y su alcance se consigna en la sentencia T-502 de 2002, lo siguiente:

“3. La seguridad jurídica es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales. La Corte ha señalado que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta // La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento. La seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo. Así, la seguridad jurídica no puede invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa, en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas // En materia de competencias, la seguridad jurídica opera en una doble dimensión. De una parte, estabiliza (sin lo cual no existe certeza) las competencias de la administración, el legislador o los jueces, de manera que los ciudadanos no se vean sorprendidos por cambios de competencia. Por otra parte, otorga certeza sobre el momento en el cual ocurrirá la solución del asunto sometido a consideración del Estado. En el plano constitucional ello se aprecia en la existencia de términos perentorios para adoptar decisiones legislativas (C.P. arts. 160, 162, 163, 166, entre otros) o constituyentes (C.P. Art. 375), para intentar ciertas acciones públicas (C.P. art. 242 numeral 3), para resolver los juicios de control constitucional abstracto (C.P. art.

242 numerales 4 y 5). En el ámbito legal, las normas de procedimiento establecen términos dentro de los cuales se deben producir las decisiones judiciales (Códigos de Procedimiento Civil, Laboral y de seguridad social, penal y Contencioso Administrativo), así como en materia administrativa (en particular, Código Contencioso Administrativo) // 4. La existencia de un término para decidir garantiza a los asociados que puedan prever el momento máximo en el cual una decisión será adoptada. Ello apareja, además, la certeza de que cambios normativos que ocurran con posterioridad a dicho término no afectará sus pretensiones. En otras palabras, que existe seguridad sobre las normas que regulan el conflicto jurídico o la situación jurídica respecto de la cual se solicita la decisión. Ello se resuelve en el principio según el cual las relaciones jurídicas se rigen por las normas vigentes al momento de configurarse dicha relación, que, en buena medida, se recoge en el principio de irretroactividad de la ley; en materia penal, debe señalarse, existe una clara excepción, por aplicación del principio de favorabilidad, que confirma la regla general // Al considerarse, en el ámbito de la certeza y estabilidad jurídica (seguridad jurídica), la existencia de precisos términos para que la administración o el juez adopten decisiones y el principio de conocimiento de las normas aplicables al caso concreto, se sigue que dichos términos fijan condiciones de estabilización respecto de los cambios normativos. De ahí que, durante el término existente para adoptar una decisión, la persona tiene derecho a que sean aplicadas las normas vigentes durante dicho término. No podría, salvo excepcionales circunstancias en las cuales opera la favorabilidad o por indiscutibles razones de igualdad, solicitar que se le aplicaran aquellas disposiciones que entren en vigencia una vez se ha adoptado la decisión. Es decir, una vez vencido el término fijado normativamente para adoptar una decisión opera una consolidación de las normas jurídicas aplicables al caso concreto. Consolidación que se torna derecho por razón del principio de seguridad jurídica y, además, constituye un elemento del principio de legalidad inscrito en el derecho al debido proceso”

En otras sentencias el alto tribunal Constitucional dijo que:

“La Corte también refirió al grado de vinculación para las autoridades judiciales del precedente jurisprudencial emitido por las altas cortes. Resulta válido que dichas autoridades, merced de la autonomía que les reconoce la Carta Política, puedan en eventos concretos apartarse del precedente, pero en cualquier caso esa opción argumentativa está sometida a estrictos requisitos, entre otros (i) hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales. Esta opción, aceptada por la jurisprudencia de este Tribunal, está sustentada en reconocer que el sistema jurídico colombiano responde a una tradición de derecho legislado, la cual matiza, aunque no elimina, el carácter vinculante del precedente, lo que no sucede con otros modelos propios del derecho consuetudinario, donde el precedente es obligatorio, basado en el principio del stare decisis. Sin embargo, debe resaltarse que la opción en comento en ningún modo habilita a las autoridades judiciales para, en el ejercicio distorsionado de su autonomía, opten por desconocer el

precedente, tanto de carácter vertical como horizontal, ante la identidad de supuestos jurídicos y fácticos relevantes, sin cumplir con los requisitos antes mencionados. Por lo tanto, resultarán inadmisibles, por ser contrarias a los principios de igualdad, legalidad y seguridad jurídica, posturas que nieguen la fuerza vinculante prima facie del precedente, fundamenten el cambio de jurisprudencia en un simple arrepentimiento o cambio de parecer, o sustenten esa decisión en el particular entendimiento que el juez o tribunal tengan de las reglas formales de derecho aplicables al caso. En otras palabras, para que la objeción al precedente jurisprudencial resulte válida, conforme a la perspectiva expuesta, deberá demostrarse a que esa opción es imperiosa, en tanto concurren razones sustantivas y suficientes para adoptar esta postura, en tanto el arreglo jurisprudencial existente se muestra inaceptable. Estas razones, a su vez, no pueden ser otras que lograr la vigencia de los derechos, principios y valores constitucionales. En cambio, cuando el desconocimiento del precedente solo obedece a una actuación arbitraria del funcionario judicial, se está ante un abierto desconocimiento del principio de legalidad, sometido a las sanciones y demás consecuencias jurídicas que el ordenamiento reserva para conductas de esa naturaleza. Incluso, la Corte ha reconocido que tales decisiones arbitrarias, que desconocen injustificadamente el contenido y alcance de una regla jurídica, fijada con criterio de autoridad por una alta corte, puede configurar el delito de prevaricato, puesto que en esos casos no solo se está ante la ausencia de disciplina jurisprudencial, sino también ante una decisión que se aparte radicalmente del orden jurídico. No sucede lo mismo cuando se trata de autoridades administrativas. En este caso, habida cuenta que esos funcionarios carecen del grado de autonomía que sí tienen las autoridades judiciales, el acatamiento del precedente jurisprudencial es estricto, sin que resulte admisible la opción de apartarse del mismo. Ello en el entendido que la definición, con fuerza de autoridad, que hacen las altas cortes del contenido y alcance de los derechos y, en general, de las reglas constitucionales y legales, resulta imperativa para la administración.”¹⁹

Así las cosas, reconociéndose que la actividad de lo público en Colombia debe velar por la efectiva y correcta materialización y protección de los derechos de 1º, 2º y 3º generación, el juez tiene autorización constitucional para no acoger las sentencias, por cuanto de aplicarse a la situación en concreto de los empleados públicos en régimen de transición de transición de la Ley 33 de 1985, se estarían violando principios constitucionales, derechos fundamentales y disminuiría el nivel de protección ya alcanzado con respecto al goce de un derecho, lo cual se encuentra prohibido conforme lo determina el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales artículo 2.1 (norma que hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto).

- **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD E INESCINDIBILIDAD DE LA LEY**

¹⁹ Op. Cit. Corte Constitucional. Sentencia C 634 de 2011.

Mi mandante tiene un derecho adquirido a que se le aplique dicho principio de derecho que ha sido desarrollado, entre otras normas, por el Art. 21 del C.S.T. que establece el derecho a la norma más favorable; y por ende, a que la norma que se adopte, sea aplicada en su integridad. Al respecto el Art. 21 del C.S.T. dice:

“ARTICULO 21. NORMAS MÁS FAVORABLES. En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad.” (Resalté)

Este derecho tiene respaldo en el Art. 230 de la C.N. que establece que los jueces están sometidos al imperio de la Ley, la doctrina y la jurisprudencia, son criterio auxiliar. Y dado que la ley es clara, no admite interpretación. Por lo tanto, no se puede aplicar jurisprudencia que desconozca el derecho que tiene mi mandante a que se le resuelva su caso de conformidad con la Ley 33 del 85 y la Sentencia del 4 de agosto de 2010, que son las más favorables para su caso.

Lo anterior, toda vez que al pretender respetar el régimen de transición de mi mandante respecto de la edad y tiempo de cotización con base en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 33 del 1985, pero no respecto del Ingreso Base de Liquidación al dar aplicación a lo preceptuado en la Ley 100 de 1993, se viola abiertamente el principio de inescindibilidad debido a que se realiza la unión o mixtura de dos normas para dar origen a una nueva que tiene como propósito final afectar los derechos adquiridos de los pensionados.

Igualmente es preciso indicar que entre los derechos mínimos fundamentales (art. 53 C.P.) de los trabajadores, se encuentran la *“irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales”* y ***“LA SITUACIÓN MÁS FAVORABLE AL TRABAJADOR EN CASO DE DUDA EN LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO.***

Al respecto de la favorabilidad en materia prestacional se ha indicado:

(...)

“Como lo ha sostenido la Corte, “el principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la norma laboral, configura un mandato imperativo del Constituyente, motivo por el cual ninguna autoridad puede sustraerse a darle plena eficacia”²⁰. Como lo ha sostenido esta Corporación y ahora se reitera: “(...) considera la Corte 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. En nuestro Ordenamiento Superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”, precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que dicte el Congreso.

²⁰ Cfr. T-440, T-369, T-242, T-549, C-177 todas de 1998 y T-1294 de 2002

De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. 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 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”²¹.

El Consejo de Estado ha considerado la inescindibilidad de regímenes y el principio de favorabilidad (artículo 53 C.P.) ante la duda en la interpretación del régimen de transición, para considerar que dentro del concepto de monto se encuentra el de ingreso base de liquidación, por lo que, ha considerado que *“el alcance del régimen de transición respecto de estas personas es integral e implica que los diferentes elementos que definen el reconocimiento y pago del derecho pensional sean gobernados sin discriminación alguna por la normatividad anterior”*²², lo que excluye la aplicación del IBL señalado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto, es necesario traer a colación también, la sentencia del día quince (15) de septiembre de dos mil once (2011), de la Magistrada Ponente, Bertha Lucía Ramírez de Páez, Radicado No. 25000-23-25-000-2008-01097-01(0926-11), en la que se indicó lo siguiente respecto del principio de inescindibilidad:

“No es aplicable al sub lite lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993, para efectos de determinar el ingreso base de liquidación, pues la pensión del demandante fue reconocida con base en lo preceptuado por el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 que limitó el valor de la pensión al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Aplicar dos normas legales diferentes para efectos del reconocimiento y liquidación de una misma pensión implicaría la violación del principio de “inescindibilidad de la ley” que prohíbe la aplicación parcial de las normas legales”.

Posición que fue revalidada nuevamente por el Consejo de Estado -Sección Segunda Subsección A en providencia de extensión de jurisprudencia del 24 de noviembre de 2016 M.P GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ radicado 11001-03-25-000-2013-01341-00, en cuanto a que el IBL será el correspondiente al 75% de los factores salariales de carácter legal devengados en el último año de servicio; así:

“(x).- Aplicar el criterio de la Sección Segunda del Consejo de Estado no violenta el principio de la razonabilidad en la prestación, pues, en suma lo que aquel señala es que

²¹ Sent. C-168/95 M.P. Carlos Gaviria Díaz

²² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. BOGOTÁ. DIECIOCHO (18) DE FEBRERO DE DOS MIL DIEZ (2010). RADICACIÓN NÚMERO: 25000-23-25-000-2004-04269-01(1020-08).

los derechos salariales y prestacionales conforman una base integral, siendo la pensión de jubilación el reflejo de esa realidad laboral o como lo ha dicho la propia Corte Constitucional el salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo, compuesto por todos los factores que retribuyen sus servicios.

Por ello, se desestiman los argumentos presentados por el apoderado de la UGPP y el representante de la ANDJE para oponerse a la aplicación de la sentencia de unificación de 25 de febrero de 2016, exp. 2013-01541 (4683-2013) proferida por la Sección Segunda 31 del Consejo de Estado, con respecto a la «interpretación constitucional» del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues: (i) no invocan casos de abuso del derecho, válidamente cobijados por la Sentencia SU-427 de 2016 de la Corte Constitucional; (ii) no se refieren al «régimen pensional de los congresistas y de los demás servidores públicos a quienes les resulte aplicable» (artículo 17 de la Ley 4 de 1992), cobijados por la Sentencia C-258 de 2013 de esa misma Corporación; (iii) No se refieren a la interpretación y alcance que la Corte Constitucional ha dado a una disposición de la Carta Política (doctrina constitucional integradora) sino a la interpretación que la Corte Constitucional ha dado a una disposición legal (artículo 36 de la Ley 100 de 1993), lo cual, en el mejor caso constituye «doctrina constitucional como criterio auxiliar de la interpretación de la ley».

En ese orden de ideas, quienes se encontraban cobijados por las normas de la Ley 33 de 1985 tenían la expectativa de pensionarse con arreglo a las mismas, en tanto y en cuanto, cumplieran a cabalidad los requisitos en ella previstos, dentro de los cuales no estaba propiamente el de que su prestación (pensión) fuese liquidada tomando en cuenta el promedio de ingresos percibidos en los diez últimos años, sino por el contrario, el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios. Dicho de otra manera, los regímenes de transición exceptúan de la aplicación, en todo o en parte, del nuevo régimen consagrado en la ley 100 de 1993, más aún, cuando la norma que establece el índice base de liquidación, es una norma a todas luces desfavorable cuya aplicación retroactiva desconocería principios fundantes del derecho laboral.

Como consecuencia de ello, debe insistir esta Sala que al señor LUIS EDUARDO DELGADO, (I) al ser beneficiario del régimen de transición y (ii) estar cobijado por el régimen pensional de la Ley 33 de 1985, su pensión habrá de liquidarse tal como lo indica la mencionada norma, es decir, una tasa de remplazo de 75% que habrá de aplicarse sobre el promedio salarial del último año de servicio, el cual habrá de incluir la totalidad de factores salariales devengados por el solicitante en ese último año.”

En dicha jurisprudencia se aclaró igualmente lo siguiente:

“El reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición «sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales

preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico». Cuando esa Corporación se refiere a casos de «abuso del derecho y fraude a la ley, no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que resulta contraria a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación». Y precisa que esto ocurre, por ejemplo, cuando «bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y del ingreso base de liquidación defendida por alguna corporación judicial de cierre se obtienen ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario». Así, se refiere a los casos en que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, «obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral, y por el contrario, representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva (...)»

De aplicarse a los empleados públicos – caso de mi asistido(a) -, las sentencias que nieguen reliquidar las pensiones con todos los factores salariales devengado el último año de servicio y que tengan régimen de transición de la Ley 33 de 1985, generaría un violación de derechos, pues dicha sentencia contraria el principio de inescindibilidad de la norma, el cual indica que la misma debe aplicarse de manera integral, prohibiendo que en situaciones verbigracia la del tránsito legislativo se fraccionen las normas para aplicar solo una parte de ellas, pues las normas deben aplicarse en su integralidad y en su completitud ya que éstas constituyen un todo inescindible. Poder aplicar parcialmente una norma jurídica sería deslegitimar el principio de legalidad, además de ser una aberrante violación del principio a la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad ya que generaría incertidumbre la aplicación de la norma, dejándolo al mero arbitrio de las instituciones.

- **DEBIDO PROCESO:**

La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso “*como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia*”.

Es un derecho fundamental de aplicación inmediata que faculta a toda persona para exigir “un proceso público y expedito en el cual se reconozcan todas las garantías sustanciales y procesales, desarrollado ante una autoridad competente que actúe con independencia e imparcialidad, sin tener en cuenta consideraciones distintas a las previstas en la ley.

Según sentencia T-290/98 de la Honorable Corte Constitucional “...lo que se protege no es el riguroso seguimiento de reglas de orden legal, sino el manejo de

reglas procesales para tomar decisiones que puedan justificarse jurídicamente, es decir, hay que ver el debido proceso desde el ámbito constitucional y no desde el simplemente legal...”.

El derecho al debido proceso comprende no sólo la observancia de los pasos que la ley impone a los procesos judiciales y a los procesos y trámites administrativos, sino también el respeto a las formalidades propias de cada juicio, que se encuentran contenidas en los principios que los inspiran, el tipo de intereses en litigio, y las calidades de los jueces y funcionarios encargados de resolver.

Por principio general, las normas rigen siempre hacia el futuro y sólo en forma excepcional y expresa, se aplican en forma retroactiva. Este principio, al debido proceso, está establecido en el Art. 29 de la Constitución Nacional que consagra, entre otros, el principio de favorabilidad y el derecho de defensa. Así mismo, el debido proceso se aplica a todas las actuaciones judiciales y administrativas por lo que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa.

El Art. 29 de la C.N. Expresamente dice:

*“Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones JUDICIALES y administrativas. Nadie podrá ser juzgado **sino conforme a LEYES PREEXISTENTES al acto que se le imputa**, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. (...)” (Resalté)*

Si bien es cierto que el mencionado inciso segundo está referido directamente a asuntos de carácter penal, también lo es que dicho principio puede ser aplicable al caso aquí debatido por remisión del Art. 306 del C.P.A.C.A, el cual establece, que en los casos no regulados se aplica el Código de Procedimiento Civil que a su vez, en su artículo 5°, establece cómo se llenan los vacíos y deficiencias del Código. Este artículo fue modificado por el artículo 12 del Código General del Proceso, el cual consagra:

*“ARTÍCULO 12. Vacíos y deficiencias del código. Cualquier vacío en las disposiciones del presente código se llenará con las **normas** que regulen casos análogos. A falta de estas, el juez determinará la forma de realizar **los actos procesales con observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal, procurando hacer efectivo-el-derecho-sustancial.**” -(Resalté).*

El derecho al debido proceso también está establecido en el Art. 8 de La Convención Americana de los Derechos Humanos. Tratado que fue ratificado por el Congreso mediante la Ley 16 de 1972, misma que hace parte del bloque de constitucionalidad de conformidad con el Art. 93 de la Carta Política y que se encuentra por encima del ordenamiento interno. Dicho artículo establece:

“(...) Artículo 8. Garantías Judiciales:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. (...)"

- **DERECHO A LA IGUALDAD PROCESAL:**

El criterio de igualdad es uno de los elementos relevantes que debe considerar el legislador aún al regular un ámbito de amplio poder configurativo, como son los procedimientos judiciales.

Esto en virtud de la jurisprudencia constitucional, que determina la igualdad y dignidad humana como los pilares sobre los que se funda el Estado colombiano. De forma tal que éstos tienen proyección sobre todas las fuentes del Derecho en general. De tal suerte, respecto de las instituciones procesales, el principio de igualdad debe regir de manera inequívoca.

Lo que sí resulta necesario es definir cuál noción de igualdad se aplica en las normas de procedimiento. Esto es, decidir si se trata del principio de *igualdad formal o igualdad ante la ley*, o si se trata de una igualdad de corte *promocional* como *igualdad material o igualdad de trato*, o si, por el contrario, como en los demás regímenes, rigen todos los significados de igualdad existentes en la Constitución.

La igualdad formal, principio general, dicta que no se distinga entre sujetos y excluye del ordenamiento toda forma de discriminación directa o indirecta (art. 13, inc 1 CP). Este implica el deber del Estado de abstenerse de concebir normas que diseñen, promuevan o ejecuten medidas o interpretaciones del Derecho, que conduzcan a agravar o perpetuar la situación de exclusión, marginación o discriminación de grupos tradicionalmente desventajados en la sociedad.

La igualdad material por el contrario opera cuando por las condiciones de los sujetos implicados en la regulación, se torna imperativo discriminar positivamente. Por ejemplo, a través de una *compensación transitoria* para lograr la igualdad de oportunidades en la entrega de beneficios concretos, o mediante cambios políticamente determinados en la distribución de recursos dentro de la sociedad.

Esto, a partir del supuesto de la diferencia, como forma de garantizar condiciones de igualdad real y efectiva, de tener un trato con resultados equiparables por parte de la ley. Es un principio destinado a incluir en el derecho reglas que permitan superar las desigualdades que, de hecho, enfrentan diversos grupos tradicionalmente discriminados o marginados, o las personas que, por diferentes motivos, se encuentran en situación de vulnerabilidad o debilidad manifiesta.

Se habla de *igualdad como concepto relacional*, en la medida en que su estudio parte de la determinación de una relación, característica o elemento común entre dos situaciones, personas, o grupos poblacionales. Este concepto además funciona a partir de los principios de dar un trato igual a lo igual y un trato desigual a situaciones desiguales²³.

En Sentencia C-203/11, respecto del derecho a la igualdad se ha dicho:

"El concepto de igualdad en la configuración de los procesos judiciales, debe primero atender a la cuestión de frente a quiénes y respecto de qué se formula la pregunta. Asunto que podrá plantearse como un problema de igualdad procesal, pero que debe ser precisado en qué tipo de proceso, en qué momento procesal y para qué efectos. Preguntas éstas que pueden aludir a la igualdad en el acceso a la administración de justicia, con las diferencias y distinciones que surjan en cada caso, o a la igualdad como manifestación del debido proceso, entre las partes civiles y laborales, igualdad de armas entre procesado y fiscal, igualdad en el derecho de defensa y contradicción del procesado y de las víctimas. Estas, entre las muchas respuestas que pueden surgir al problema de la igualdad como principio a ser protegido en la configuración legal de los procesos.

Una revisión de los derechos al debido proceso y a la administración de justicia en clave de igualdad, que de todos modos deberá partir de la regla general de la igualdad formal o ante la ley, en la medida en que se trate de una igualdad entre iguales o entre sujetos que merecen igualdad de trato. Pero que también deberá incluir criterios de igualdad material, cuando resulte necesario amparar con discriminaciones positivas determinados sujetos que participan en los procesos o ante el aparato judicial del Estado".

Finalmente, aludiendo al **funcionamiento del derecho de igualdad** en la realización del derecho contemplado en el artículo 229 C.P., observa que su condición de principio rector del ejercicio de la administración de justicia, lo impone como ineludible ante las autoridades judiciales frente a los sujetos procesales, sobre quienes tiene el deber de garantizar *"idéntico tratamiento frente al trámite de los procesos en cada despacho judicial"*. Una subregla que se completa luego con la afirmación de que, en la configuración de los procedimientos por la ley, *"se prohíben diferencias arbitrarias o injustificadas desde el punto de vista jurídico. Las diferencias que se presenten en el trámite de un proceso han de obedecer a motivos objetivos y razonables debidamente justificados por el fallador, que permitan una vez se analicen los supuestos que se comparan, determinar si la medida diferenciadora adoptada es aceptable o no desde el punto de vista jurídico"*.

De lo anterior se concluye entonces que el legislador al configurar las formas, los términos, los derechos, las cargas y obligaciones procesales o en definitiva, las características de cada juicio, así como los incidentes y los recursos, en definitiva lo que concreta son los alcances y restricciones del derecho de acceso a la administración de justicia. Un derecho fundamental que hace parte de las garantías esenciales en los Estados de derecho y sociales de derecho,

²³ Sentencias C-345 de 1993 y C-058 de 1994, C-094 de 1993 y T-152 de 2007.

tanto por ser la base para el ejercicio del derecho al debido proceso, como también por representar un instrumento constitucional para realizar la convivencia pacífica. Un derecho que supone, como todos los derechos, posiciones jurídicas de derecho de diversa índole, incluido el de igualdad ante la ley procesal o en su caso el de igualdad de trato, pero también deberes y responsabilidades, como forma de hacer compatible su ejercicio con la realización de otros bienes jurídicos relacionados (administración de justicia con eficiencia, celeridad, imparcialidad, prevalencia del derecho sustancial).

Téngase presente que para la época en que mi representado(a) demandó, también se encontraban múltiples personas en la misma situación judicial; las cuales, por tener un trámite más ágil, obtuvieron fallos favorables fundamentados en la Sentencia del 4 de agosto de 2010. De lo anterior, se colige, que mi mandante tiene derecho a que su caso sea fallado en las mismas condiciones que los demás casos con fundamento en el derecho a la igualdad. Con el fallo emitido por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION SEGUNDA-SUBSECCIÓN "B" que REVOCÓ la sentencia de primera instancia, si bien no se configura en una burda trasgresión de la Carta, si *se trata de una decisión ilegítima que afecta derechos fundamentales* atrás analizados.

De las anteriores consideraciones se concluye que, la diferencia de regímenes e inaplicabilidad entre la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 y el régimen de transición de la Ley 33 de 1985, norma que le es aplicable al caso, es evidente por cuanto:

1. La ley 100 de 1993 creó de manera general el Sistema de Seguridad Social Integral e incluyó dos regímenes pensionales, entre ellos el tradicionalmente establecido de Prima media con prestación definida, frente al cual estableció una segunda transición para aquellas personas que no hubieren consolidado su derecho, pero estaban próximas a cumplir los requisitos para ello.
2. Ante la disparidad de criterios frente a los alcances de esta transición, sentó 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.*

De allí que, el régimen de transición, con los alcances de la referida sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, se aplica a quienes estaban cobijados por la Ley 33 de 1985 y no habían consolidado su derecho a la pensión, pero nada dijo frente a quienes esa misma ley había excluido de su aplicación y sus pensiones estaban reguladas por los Decretos 3135 de 1968 y 1045 de 1978, a través de otro régimen de transición²⁴. En consecuencia, para los beneficiarios

²⁴ Al respecto, en sentencia de tutela del pasado 5 de marzo de 2020, Rad: 11001-03-15-000-2020-00415-00, la Sección Quinta del Consejo de Estado hizo un similar razonamiento frente a un caso de pensión del DAS y señaló que: 47. En ese contexto, la Sala encuentra que si bien en dicha ocasión se estudió el caso de una ex funcionaria del extinto DAS, lo cierto es que la regla se fijó respecto de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y, al señor Giraldo González no lo cobija el mencionado régimen. En esos términos, no se advierte identidad

de esta primera transición el reconocimiento pensional es diferente al de la Ley 100 de 1993 y debe sujetarse estrictamente al Decreto 3135 de 1968 y al Decreto 1045 de 1978 que establecían, por una parte que el empleado público o trabajador oficial que sirviera 20 años continuos o discontinuos y llegara a la edad²⁵ tendría derecho a el pago equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio; en el mismo sentido, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978²⁶, establecía los factores de salario para la liquidación en pensiones.

De manera tal que, como bien lo enfatizó el Tribunal Administrativo de Córdoba, en reciente fallo del 22 de octubre de 2021²⁷, al indicar que:

“(…) aplicar de manera retroactiva el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes anteriores a la Ley 33 de 1985, sería afectar los derechos adquiridos de quienes a pesar de no haberse pensionado tenían un derecho consolidado y no meras expectativas, lo que no solo afectaría el principio de favorabilidad sino también el principio de legalidad y preexistencia de las normas. Además, la regla de unificación del Consejo de Estado nada dijo sobre esta situación comúnmente denominada “transición de la transición”, sino que fue explícita al señalar que hacía referencia a quienes se pensionaran con los requisitos de la Ley 33 de 1985”

Lo hasta aquí esbozado resulta suficiente para demostrar a esta Honorable Corporación que, desde cualquier perspectiva posible, el artículo 86 de la Constitución ampara la procedencia de la acción de tutela contra la decisión de primera y segunda instancia emitida por TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION SEGUNDA-SUBSECCIÓN “B”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

La acción de tutela es un procedimiento especial preferente, encaminado a proteger los derechos fundamentales, en donde el artículo 86 de la Constitución Política es claro en su inciso tercero, al decir que ese mecanismo no procede cuando existe otro medio de defensa judicial.

²⁵ Artículo 27 del Decreto Extraordinario 3135 de 1968

²⁶ ARTÍCULO 45. De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de navidad;
- g) La bonificación por servicios prestados;
- h) La prima de servicios;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
- k) La prima de vacaciones;
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.

²⁷ Radicado 23-001-33-33-001-2016-00192-01, MP. Pedro Olivella Solano.

En el presente caso, mi mandante no cuenta con otro medio o mecanismo de defensa judicial de sus derechos, pues la Sentencia del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION SEGUNDA-SUBSECCIÓN "B", fue proferida en segunda instancia. Por lo anterior, es procedente la presente ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SENTENCIA, teniendo en cuenta que ésta constituye una VIA DE HECHO.

PETICIONES

1. AMPARAR los derechos A LA SEGURIDAD SOCIAL, VIDA DIGNA Y MINIMO VITAL DE LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD, DERECHOS ADQUIRIDOS Y EXPECTATIVAS LEGITIMAS, PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA, FAVORABILIDAD LABORAL E INESCINDIBILIDAD DE LA LEY, DEBIDO PROCESO, Y DERECHO A LA IGUALDAD PROCESAL, de la señora MARINA CASTAÑEDA DE BELTRAN
2. ORDENAR al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION SEGUNDA-SUBSECCIÓN "B", en amparo a los derechos enunciados, revocar la sentencia proferida el 22 de febrero de 2022, que **REVOCÓ** la sentencia de primera instancia por la cual se había accedido a las pretensiones de la demanda y en consecuencia se ordene a reliquidar la pensión de asistida teniendo en cuenta el equivalente al 75% de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro efectivo, es decir, desde el **01 de julio de 1992 hasta el 30 de junio de 1993**
3. Las demás que este Honorable Despacho considere para proteger los derechos aquí tutelados.

JURAMENTO

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 37 de Decreto 2591 de 1991, bajo la gravedad de juramento manifiesto a su Despacho que no he presentado otra acción de Tutela por los mismos hechos.

ANEXOS

1. Poder Legalmente conferido.
2. Copia del fallo de primera instancia de fecha 04 de marzo de 2021, por JUZGADO DÉCIMO (1)0 ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
3. Copia del fallo de segunda instancia de fecha 22 de febrero de 2022, por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B"

NOTIFICACIONES

El accionado TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION SEGUNDA-SUBSECCIÓN "B", en la Diagonal 22B (Av. La Esperanza) 53 - 02 de la ciudad de Bogotá D.C. correo electrónico scregtadmuncun@cendoj.ramajudicial.gov.co

Mi mandante y el infrascrito Apoderado recibiremos notificaciones en la Secretaría de su Despacho, o en mi oficina de Abogado ubicada en la Calle 72 No. 9-55, Oficina 301, de la Ciudad de Bogotá D.C. o al correo electrónico y acopresbogota@gmail.com

De los Honorables Consejeros,



JAIRO IVAN LIZARAZO AVILA
C.C. No. 19.456.810 de Bogotá
T.P. No. 41.146 C.S. de la J.
EXP 7635/D.A

Honorables Magistrados

HONORABLE CONSEJO DE ESTADO – Reparto

E. S. D.

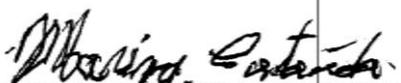
Ref. ACCION DE TUTELA
De: MARINA CASTAÑEDA DE BELTRAN
Contra: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION SEGUNDA-SUBSECCIÓN "B"

MARINA CASTAÑEDA DE BELTRAN, mayor de edad, vecino de Bogotá D.C, identificada con la Cedula de Ciudadanía Nro. 20.111.375 de Bogotá, a usted comedidamente manifiesto que confiero poder ESPECIAL, AMPLIO Y SUFICIENTE, al Abogado JAIRO IVAN LIZARAZO AVILA, identificado con C.C. No. 19.456.810 de Bogotá y T.P. No. 41.146 del C.S.J., para que en mi nombre y representación presente **ACCIÓN DE TUTELA**, contra el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION SEGUNDA-SUBSECCIÓN "B", por proferir la providencia, dentro del Proceso No. No.2018-00501, mediante las cuales se revocó la reliquidación de mi pensión con la inclusión de todos los factores salariales, incurriendo así en una VIA DE HECHO.

Mi apoderado queda ampliamente facultado para recibir, conciliar, transigir, renunciar, sustituir y reasumir este poder, otorgar poder o sustituirlo a cualquiera de los abogados contratados por la oficina, desistir e interponer recursos, notificarse de la resolución, llegar a acuerdos con la administración, ejecutar y en fin todo lo necesario para el fiel cumplimiento de su mandato y la defensa de mis intereses.

Sírvase señor Juez reconocerle Personería Jurídica a mi apoderado en los términos del presente mandato.

Del Señor Consejero,


MARINA CASTAÑEDA DE BELTRAN
C.C. No. 20.111.375

ACEPTO:



JAIRO IVAN LIZARAZO AVILA
C.C. No. 19.456.810 de Bogotá
T.P. 41.146 del C.S de la.J
EXP 7635/D.A

7635.
8
Vene. 11-03-21.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sección Segunda

Expediente No.: 11001-33-35-010-2018-00501-00

Bogotá, D.C., cuatro (04) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Expediente No. **11001-33-35-010-2018-00501-00**
Demandante: **MARINA CASTAÑEDA DE BELTRÁN**
Demandada: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y DE CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**
Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Surtido el trámite procesal correspondiente y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a sintetizar las diferentes actuaciones para decidir de fondo la controversia planteada dentro del presente proceso:

I. ANTECEDENTES¹

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

La señora **MARINA CASTAÑEDA DE BELTRÁN**, con cédula de ciudadanía No. 20.111.375 expedida en Bogotá, pretende que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. RDP 028267 del 13 de julio de 2017 y RDP 037228 del 27 de septiembre de 2017, expedidas por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, por medio de las cuales negó la reliquidación de una pensión postmortem y se resolvió un recurso de apelación en contra de la Resolución RDP 028267 del 13 de julio de 2017.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP a que se le pague su pensión de sobreviviente, equivalente al 75% de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha del retiro del servicio oficial del

→ ¹ Folios 33 a 50.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ
Sección Segunda

Expediente No.: 11001-33-35-010-2015-00893-00

causante, efectiva a partir del 01 de julio de 1993.

Igualmente, peticona que se le cancele el valor indexado de las diferencias, el pago de los intereses moratorios, se de aplicación a los artículos 187 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así como al pago de costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

1.2. FUNDAMENTOS DE HECHOS

Indica la demandante que el señor Víctor Nodier Beltrán Zuluaga (q.e.p.d.), prestó sus servicios por más de 20 años en el Ministerio de Justicia, por lo tanto, la extinta CAJANAL le reconoció la pensión de jubilación conforme a las Leyes 33 y 62 de 1985 a través de la Resolución No. 6807 del 09 de marzo de 1993, condicionada al retiro del servicio, el cual se produjo el 30 de junio de 1993, de manera que por Resolución No. 011721 del 24 de noviembre de 1994, le reliquidó la pensión, efectiva a partir del 01 de julio de 1993.

Agrega que el señor Beltrán Zuluaga falleció el 09 de noviembre de 2011, siendo reconocida la pensión de sobrevivientes por Resolución No. RDP 011458 del 11 de octubre de 2012, en un porcentaje del 100% de la percibida por el causante, reconocimiento efectuado por la UGPP.

Con escrito radicado el 23 de mayo de 2017, le solicitó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social la revisión de su pensión, pronunciándose desfavorablemente ésta a través de la Resolución No. RDP 028267 del 13 de julio de 2017, acto administrativo contra el cual interpuso recurso de apelación, el que fue desatado negativamente por la Resolución No. RDP 037228 del 27 de septiembre de 2017.

1.3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LAS PRETENSIONES

CONSTITUCIONALES:

- Artículos 2º, 6º, 25 y 58.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ
Sección Segunda

Expediente No.: 11001-33-35-010-2015-00893-00

LEGALES:

- Código Civil, artículo 10, Ley 57 de 1987, Ley 1437 de 2011, artículo 178, Ley 4 de 1966, artículo 4º, Decretos 1743 de 1966, 3135 de 1968, 1045 de 1978, y Leyes 5 de 1969 y 33 de 1985.

Sostuvo que la pensión de jubilación es un derecho que no prescribe, y la solicitud de su revisión y reliquidación es un derecho accesorio a la pensión, de donde se infiere que los administrados pueden en cualquier momento hacer uso del derecho de petición para que se revise su prestación, y como fruto de ello, se le incluyan todos los factores de salario a que se tiene derecho, y, fueron desconocidos en el reconocimiento inicial.

Fundó sus pretensiones en la jurisprudencia sobre la materia, citando entre otras, la sentencia de unificación proferida el día 4 de agosto de 2010, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, según la cual quedó establecido que la Ley 33 de 1985 no señala de manera taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

2. CONTESTACIÓN²

Quien representa los intereses de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y DE CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP allegó contestación de la demanda donde se opuso a la prosperidad de las pretensiones, señalando que la pensión reconocida se encuentra ajustada a derecho.

Manifestó que no existe sustento jurídico que sirva de base para acceder a la reliquidación de un derecho pensional con unos presuntos factores salariales que no están enlistados expresamente en la norma que regula el régimen de la accionante, y sobre los cuales no se cotizó.

² Folios 62 a 66.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ
Sección Segunda

Expediente No.: 11001-33-35-010-2015-00893-00

Propuso las excepciones de Inexistencia de la obligación, Presunción de legalidad de los actos administrativos expedidos por la UGPP y Pago.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. PARTE DEMANDANTE

Fueron expuestos en la audiencia inicial celebrada el pasado 12 de febrero, donde la apoderada señaló que al efectuarse el reconocimiento de la pensión de jubilación, la entidad demandada lo hizo de forma incompleta al no incluir los factores de ley. Se pronunció sobre la normatividad pertinente relacionada con el tema objeto de debate. Se refirió a la situación fáctica del causante. Trajo a colación jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, que conducen a que se debe acceder a las pretensiones de la demanda. (Tal como quedó grabado en el audio).

3.2. PARTE DEMANDADA

Fueron expuestos en la audiencia inicial celebrada el pasado 12 de febrero, donde por su parte, el apoderado se ratificó en los argumentos expuestos en el escrito de contestación a la demanda. Se refirió a la jurisprudencia por la cual no se puede acceder a las pretensiones de la demanda. (Tal como quedó grabado en el audio).

3.3. – MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público no asistió a la audiencia inicial, por lo tanto, no se emitió concepto.

CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Este Despacho Judicial es competente para conocer el proceso y dictar sentencia en primera instancia dentro de la controversia en referencia, con fundamento en lo



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ
Sección Segunda

Expediente No.: 11001-33-35-010-2015-00893-00

dispuesto en los artículos 104 numeral 4, 138, 155 numeral 2, y 156 numeral 3 de la Ley 1437 de 2011; por tratarse de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, cuya cuantía no excede de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de interponer la demanda³, y por el último lugar de prestación de servicios⁴.

2. TEORÍA DE LAS PARTES

Afirma **MARINA CASTAÑEDA DE BELTRÁN** que tiene derecho a que la pensión que tiene reconocida de sobrevivientes sea reliquidada con todos los factores salariales devengados por el señor Víctor Nodier Beltrán Zuluaga en el último año de prestación servicios en el Ministerio de Justicia.

Por su parte, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL** sostiene que no hay derecho a la reliquidación de la pensión de sobrevivientes reconocida a la demandante, con todos los factores salariales que solicita, al no encontrarse los mismos enlistados en la norma aplicable al caso en concreto.

3. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si **MARINA CASTAÑEDA DE BELTRÁN**, con cédula de ciudadanía No. 20.111.375, tiene o no derecho a que se le reliquide la pensión de sobrevivientes por parte de la UGPP, en cuantía del 75% del valor de los salarios devengados en el último año de prestación de servicios del causante.

4. HECHOS PROBADOS

Habiéndose solicitado, practicado e incorporado todas las pruebas documentales allegadas al proceso dentro de los términos y oportunidades debidas, sin que hayan sido tachadas de falsas, el Despacho las tendrá como documentos auténticos con los que se tienen como probados los siguientes hechos relevantes:

³ La cuantía fue estimada en \$12.745.830,32, folios 48 y 49.

⁴Folio 22, Ministerio de Justicia, cargo Secretario, Código 5140, Grado 08.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ
Sección Segunda

Expediente No.: 11001-33-35-010-2015-00893-00

- La señora **MARINA CASTAÑEDA DE BELTRÁN**, con cédula de ciudadanía No. 20.111.375, nació el 02 de febrero de 1936⁵.
- Por Resolución No. 6807 de 8 de marzo de 1993, la Caja Nacional de Previsión Social le reconoció pensión de jubilación al señor Víctor Nodier Beltrán Zuluaga (q.e.p.d.), condicionada al retiro del servicio, con la inclusión de los factores salariales de asignación básica y bonificación por servicios prestados⁶, pensión que le fue reliquidada mediante la Resolución No. 011721 del 24 de noviembre de 1994, incluyendo además de los factores antes citados, la prima de servicios, efectiva a partir del 01 de julio de 1993⁷.
- Ante el fallecimiento del señor Beltrán Zuluaga el 09 de noviembre de 2011, la UGPP a través de la Resolución No. RDP 011458 del 11 de octubre de 2012, le reconoció una pensión de sobrevivientes a favor de la demandante, en la misma cuantía devengada por el causante, con un porcentaje del 100%⁸.
- El 23 de mayo de 2017, la demandante le solicitó a la UGPP la reliquidación de su pensión de sobrevivientes⁹, quien mediante Resolución No. RDP 028267 del 13 de julio de 2017, negó la reliquidación Postmortem¹⁰; acto administrativo que fue objeto del recurso de apelación¹¹, el cual fue desatado desfavorablemente por la Resolución No. RDP 037228 del 27 de septiembre de 2017¹².
- El señor Víctor Nodier Beltrán Zuluaga prestó sus servicios como empleado público en el Ministerio de Justicia del 21 de junio de 1967 al 11 de septiembre de 1970, del 17 de abril de 1978 al 02 de mayo de 1978, y del 01 de junio de 1978 al 30 de junio de 1993¹³.
- El causante devengó del 01 de enero de 1992 a junio de 1993, los factores salariales de asignación básica, subsidio de transporte, subsidio de

⁵ Folio 31.

⁶ Folios 2 y 3.

⁷ Folios 4 a 6.

⁸ Folios 7 y 8.

⁹ Folios 23 a 26.

¹⁰ Folios 9 a 11.

¹¹ Folios 27 a 30.

¹² Folios 13 y 14.

¹³ Folio 16.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ
Sección Segunda

Expediente No.: 11001-33-35-010-2015-00893-00

alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación por recreación y prima de navidad¹⁴.

5. FUNDAMENTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES APLICABLES AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Se lo primero indicar, que al momento del reconocimiento pensional al señor Víctor Nodier Beltrán Zuluaga, se aplicó para efectos de edad y tiempo la Ley 33 de 1995, la entidad demandada tomó como ingreso base el 75% del promedio de lo devengado en el último año, como lo señaló en la Resolución No. 6807 de 08 de marzo de 1993, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social.

Ahora es preciso determinar **¿cuáles son los factores a incluir en una pensión de jubilación, de conformidad con la Ley 33 de 1985?**

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

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

En lo relativo a los factores a tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación, el artículo 3º de la misma normatividad prevé:

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

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

¹⁴ Folio 22.



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

A su turno, el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, y agregó a dichos factores, la prima de antigüedad, ascensional y de capacitación.

El Consejo de Estado en providencia del 4 de agosto de 2010, Consejero ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), y previo recuento de las distintas interpretaciones dadas por las Subsecciones de la Sección Segunda de esa Corporación a la Ley 33 de 1985, en cuanto a los factores que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, profirió sentencia de **UNIFICACIÓN** mediante la cual concluyó que la Ley 33 de 1985, no señala en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que hace una simple enunciación de los mismos, lo cual no impide la inclusión de todos aquellos factores devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Lo anterior fue reafirmado por el Consejo de Estado en sentencia de 2 de mayo de 2013, Consejero ponente Alfonso Vargas Rincón¹⁵, en la cual además manifestó que para determinar si un factor debe o no incluirse en el ingreso base de liquidación los mismos deben reunir dos criterios, a saber: (i) el de la "retribución", es decir, analizar si dicho pago retribuye o no el servicio, y (ii) el de la "habitualidad", es decir, tener una cierta vocación de continuidad o permanencia, o sea, que no se trate de un pago ocasional.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, esta Juzgadora acoge el criterio jurisprudencial que sustenta la providencia de unificación contenida en la decisión del Consejo de Estado, en cuanto al alcance que debe darse al artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, toda vez que el órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en sentencia de 25 de febrero de 2016, dentro del proceso 25000234200020130154101 con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, dispuso que la posición unánime del máximo órgano de lo contencioso administrativo es el que se ha acogido en esta

¹⁵ Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente Alfonso Vargas Rincón, mayo 2 de 2013, Radicado (1903-11) o 25000 2325 000 2005 01183-03.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ
Sección Segunda

Expediente No.: 11001-33-35-010-2015-00893-00

providencia, que se encuentra respaldado en la Sentencia de Unificación de 4 de agosto de 2010, proferido por dicha Corporación, al serle en este caso aplicable a la demandante en su totalidad lo dispuesto en la Ley 33 de 1985.

6. CASO CONCRETO

Se encuentra establecido en el expediente a folios 2 y 3, que al señor Víctor Nodier Beltrán Zuluaga (q.e.p.d.), le fue reconocida la pensión de jubilación por medio de la Resolución No. 6807 del 08 de marzo de 1993 (folios 2 y 3), en cuantía del 75% de lo devengado en 12 meses, con los factores salariales de la asignación básica y bonificación por servicios prestados, pensión que quedó condicionada al retiro del servicio, el cual se produjo el 30 de junio de 1993, de manera que por Resolución No. 011721 del 24 de noviembre de 1994, se reliquidó la mencionada pensión, de conformidad con las Leyes 33 y 62 de 1985, y los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, incluyendo la prima de servicios, además de los factores antes citados (fs, 4 a 6).

Obra en el expediente certificación sobre factores salariales, emitida por la Subdirectora de Gestión Humana y el Coordinador del Grupo de Gestión de la Subdirección Financiera y Contable del Ministerio de Interior y Justicia, en la que se indican los factores devengados por VÍCTOR NODIER BELTRÁN ZULUAGA, desde enero de 1992 a junio de 1993, entre los que se encuentran: **Asignación Básica, Subsidio de Transporte, Subsidio de Alimentación, Bonificación por servicios prestados, Prima de servicios, Prima de vacaciones, Prima de Navidad y Bonificación por recreación** (f. 22).

La Jurisdicción Contenciosa ha sido reiterativa en sostener que si en una liquidación de pensión no se incluyeron los factores salariales según la norma que rige para el pensionado y sí sobre lo devengado no se aportó a la entidad de previsión, no por ello pierde el derecho a la reliquidación pensional conforme a la misma norma.

Para esta instancia judicial, le asiste razón jurídica a la demandante en su reclamación, en cuanto tiene que ver con el monto de su pensión de sobreviviente liquidada y en virtud de la inobservancia de las normas que le cobijan en dicha liquidación, toda vez que se desconoció el derecho a obtener un monto igual al 75%



del salario promedio del último año de prestación de servicios del señor Víctor Nodier Beltrán Zuluaga, esto es, 01 de julio de 1992 a 30 de junio de 1993, como lo dispone la Ley 33 de 1985, por lo que se declarará la nulidad de las Resoluciones Nos. RDP 028267 del 13 de julio de 2017 y RDP 037228 del 27 de septiembre de 2017, actos administrativos que vulneraron los derechos de la demandante, al no habersele reliquidado la pensión de sobrevivientes, con la inclusión de la totalidad de los factores devengados por el causante en el último año de prestación de servicios, como lo dispone la Ley 33 de 1985.

Ahora bien, en sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección A, Magistrada Ponente Sandra Liseth Ibarra Vélez, expediente No. 11001333500820130026601 de fecha 11 de septiembre de 2014, respecto del reconocimiento de la prima de vacaciones, prima de servicios y la prima de navidad, se indicó en lo referente a la doceava parte:

“La Sala Observa que los factores, prima de vacaciones, prima semestral y prima de navidad, cuya causación es anual, se deben reconocer en una doceava parte, no obstante, el juez de primera instancia no lo hizo, razón por la cual se ordenará que se liquide la pensión del actor sobre una doceava parte.”

No se ordenará incluir la **bonificación por recreación**, toda vez que el inciso 2º del artículo 15 del Decreto 2710 de 2001, dispuso que la bonificación por recreación no constituiría factor de salario para **ningún** efecto legal, además, ésta no constituye una remuneración directa de los servicios prestados por el empleado, sino que, se otorga como consecuencia del disfrute de las vacaciones.

En este orden de ideas, al momento de efectuar la reliquidación que se ordena, la entidad demandada deberá verificar el monto de los factores salariales pagados al señor VÍCTOR NODIER BELTRÁN ZULUAGA (q.e.p.d.), durante su último año de servicio e **incluir únicamente el promedio mensual del valor que corresponda a los factores a cuyo reconocimiento tuvo derecho como consecuencia de los servicios efectivamente prestados durante ese último año, como son la Asignación Básica, Subsidio de Transporte, Subsidio de Alimentación, Bonificación por servicios prestados, Prima de servicios, Prima de vacaciones y Prima de Navidad**, sin incluir sumas acumuladas o correspondientes a períodos anteriores.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ
Sección Segunda

Expediente No.: 11001-33-35-010-2015-00893-00

Se advierte a la entidad demandada que, una vez reliquidada la pensión del señor Víctor Nodier Beltrán Zuluaga como se ordena en esta providencia, la cual deberá incidir sobre la pensión de sobreviviente reconocida a la demandante señora Marina Castañeda de Beltrán, se le deberá aplicar los reajustes anuales a que se refiere el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, desde la fecha de su reconocimiento en adelante, para efectos de establecer su valor al momento en que se haga efectivo el pago de la misma y de ahí en adelante y, así mismo, de ser el caso, establecer el valor de las diferencias mensuales entre la pensión que se hubiese pagado y la que se debería haber pagado de acuerdo con la reliquidación que se ordena.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, si bien en principio el causante está excluido de la aplicación de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en reiterados pronunciamientos han señalado que en virtud del principio de equidad y del derecho al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición, éstas deben ser reajustadas el 01 de enero de cada año en el mismo porcentaje del índice de precios al consumidor del año anterior, a menos que dichas pensiones sean iguales al salario mínimo, caso en el cual se incrementarán en el mismo porcentaje que aquel, siempre que dicho incremento haya sido superior¹⁶.

La reliquidación y reajuste que se ordenan se deberán efectuar siempre y cuando arrojen una mesada pensional superior a la que percibiría el causante al momento de su retiro definitivo del servicio, en caso de no haberse ordenado dicha reliquidación y reajuste.

Se advierte que, la entidad demandada deberá pagar de manera retroactiva las diferencias entre las mesadas pensionales que hubiesen sido canceladas en su momento y el valor de las mesadas que resulten de la reliquidación y reajuste que se ordena, valga reiterar, desde que se reconoció la pensión de jubilación al señor Víctor Nodier Beltrán Zuluaga, hasta su incidencia en la reliquidación de la pensión de sobrevivientes a la señora Marina Castañeda Beltrán, diferencias que deberán ser actualizadas según la variación del índice de precios al consumidor entre la fecha en

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-387 -94 del 1 de septiembre de 1994.



que debió hacerse cada pago y la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia, según la fórmula que se consignará en la parte resolutive, la cual por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual, se aplicará separadamente mes a mes.

DE LA PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la prescripción, sea lo primero precisar que, según la jurisprudencia constitucional, entre otras, la sentencia C-895 de 2009, el derecho a solicitar el reconocimiento, reliquidación o reajuste de una pensión es imprescriptible, sin embargo, la prescripción si opera respecto de las mesadas no reclamadas oportunamente.

Ahora bien, tratándose de prestaciones del sector público, por regla general se aplica el artículo 41 del Decreto 3135 de 1969 que consagra un término prescriptivo de 3 años **desde que la respectiva obligación se hace exigible**, además, la misma norma indica que el *"simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual"*.

Ahora bien, a folios 23 a 26 del expediente, se observa que la petición de reliquidación de la pensión de sobrevivientes de la cual es titular la señora MARINA CASTAÑEDA DE BELTRÁN, solicitando la reliquidación de la prestación para que se le incluyera la totalidad de los factores devengados en el último año de prestación de servicios del causante; se presentó el 23 de mayo de 2017, por lo que será esta fecha la que se tendrá en cuenta para estudiar el fenómeno prescriptivo, concluyendo en el presente caso que **dicho fenómeno operó**, de manera que la pensión reconocida al señor Beltrán Zuluaga y sustituida a la señora Castañeda de Beltrán, deberá ser reliquidada con efectividad a partir del **01 de julio de 1993**, pero con efectos fiscales desde el **23 de mayo de 2014**, declarándose de oficio la excepción de prescripción trienal de las mesadas pensionales.

DESCUENTOS

Respecto a los descuentos a la pensión sobre los factores que se reconocen en esta sentencia y que no fueron objeto de deducción legal, este Despacho ordenará



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ
Sección Segunda

Expediente No.: 11001-33-35-010-2015-00893-00

que se realicen de conformidad con lo dispuesto por el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación No. 2006-07509-01 (0112-09), de 4 de agosto de 2010, Magistrado ponente doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila y la Corte Constitucional, en concordancia con la línea jurisprudencial adoptada por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “D”, en providencia de fecha 21 de abril de 2016, Exp: 2013-00733, demandante: Alfonso Vargas Serrano.

Con fundamento en la jurisprudencia citada precedentemente, este Despacho Judicial, ordenará que por la entidad accionada se realicen los descuentos por aportes a pensión no efectuados sobre los factores salariales que se reconocen en esta sentencia y su monto será cancelado en la proporción que corresponda a la demandante de acuerdo con las disposiciones vigentes durante los períodos cotizados con anterioridad al primero (1°) de julio de 1993, aplicando la prescripción trienal.

CONDENA EN COSTAS

Considerando que la parte demandada no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida en este proceso no habrá condena en costas, esto, teniendo en cuenta el criterio sentado por el Consejo de Estado entre otras, en la sentencia fecha 04 de julio de 2013, proferida por la Sección Segunda, con Ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, dentro del proceso con número de radicación 2007-1000 (1440-12) y la sentencia de 17 de Octubre de 2013, proferida por dentro del expediente 15001-23-33-000-2012-00282-01, siendo ponente el Consejero Guillermo Vargas Ayala.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad de las Resoluciones Nos. RDP 028267 del 13 de julio de 2017 y RDP 037228 del 27 de septiembre de 2017, por medio de las cuales se desconoció el derecho de la señora **MARINA CASTAÑEDA DE**



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ
Sección Segunda

Expediente No.: 11001-33-35-010-2015-00893-00

BELTRÁN, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. **20.111.375** expedida en Bogotá, a que su pensión de sobrevivientes le fuera reliquidada con la totalidad de los factores de salario legales devengados durante el último año de prestación de servicios del señor **VÍCTOR NODIER BELTRÁN ZULUAGA**, quien se identificaba con la cédula de ciudadanía **85.263** expedida en Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, a reliquidar el valor de la mesada pensional de sobrevivientes de la cual es titular la señora **MARINA CASTAÑEDA DE BELTRÁN**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 20.111.375 expedida en Bogotá, con base en el setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio mensual devengado durante el año anterior al retiro del servicio del señor **VÍCTOR NODIER BELTRÁN ZULUAGA**, quien se identificaba con la cédula de ciudadanía **85.263** expedida en Bogotá, esto es, del 01 de julio de 1992 al 30 de junio de 1993, teniendo en cuenta como factores salariales la Asignación Básica, Subsidio de Transporte, Subsidio de Alimentación, Bonificación por servicios prestados, Prima de servicios (1/12), Prima de vacaciones (1/12) y Prima de Navidad (1/12), según certificación visible a folio 22 del expediente, y proceder a descontar los correspondientes aportes al Sistema de Seguridad Pensional si no se hubieren efectuado, a partir del 01 de julio de 1993, pero con efectos fiscales desde el 23 de mayo de 2014, por prescripción trienal, la cual se declara de oficio.

No se ordenará la inclusión de la bonificación por recreación, por las razones expuestas en la parte motiva.

Los anteriores factores se deberán incluir en el monto correspondiente a lo efectivamente devengado o causado dentro del último año de servicios del causante, sin incluir sumas acumuladas o causadas por servicios prestados con anterioridad a esa fecha, aun cuando su pago se hubiese efectuado dentro de este último año, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: **ORDENAR** a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN**



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ
Sección Segunda

Expediente No.: 11001-33-35-010-2015-00893-00

PENSIONAL Y DE CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP que aplique los reajustes anuales a que se refiere el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 al valor de la mesada de la demandante, una vez reliquidada como se indica en el numeral SEGUNDO, desde el 01 de julio de 1993 en adelante, para efectos de determinar el valor actual de la mesada pensional, el valor de las mesadas que debieron pagarse en cada anualidad desde la fecha de su reconocimiento al causante, en adelante y el monto de las diferencias a cuyo pago tiene derecho la demandante por cada mesada pensional, como se precisará en los numerales QUINTO y SEXTO de la parte resolutive de esta providencia.

CUARTO: Lo dispuesto en los numerales anteriores solo será aplicable cuando el resultado de la reliquidación y reajuste ordenados arrojen una mesada pensional superior a la que se encuentre percibiendo la demandante al momento del cumplimiento del fallo.

QUINTO: CONDENAR a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y DE CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, a **PAGAR** a favor de la señora **MARINA CASTAÑEDA DE BELTRÁN**, con cédula de ciudadanía No. 20.111.375 expedida en Bogotá, las diferencias entre lo que le fue pagado en su momento, por concepto de mesadas pensionales y lo que se le debió pagar de acuerdo con la reliquidación y reajuste ordenados por este Despacho en los numerales SEGUNDO y TERCERO de la parte resolutive de esta providencia, diferencias que se deberán actualizar como se ordena a continuación.

SEXTO: ORDENAR a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y DE CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, **ACTUALIZAR**, las sumas cuyo pago se ordena en el numeral anterior, de conformidad con la siguiente fórmula:

$$R = Rh (\text{ÍNDICE FINAL} / \text{ÍNDICE INICIAL})$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la correspondiente partida de saldo de reajuste y reliquidación pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por



el DANE (vigente a la fecha en que quede ejecutoriada esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse cada pago). Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual la fórmula se aplicará separadamente para actualizar las diferencias mes a mes.

SÉPTIMO: Al momento de realizar la liquidación para cancelar los valores resultantes del aumento salarial se tendrá en cuenta para descontar lo ya aceptado por este concepto, así como las sumas correspondientes a los descuentos del valor de los aportes no realizados sobre los factores salariales reconocidos, monto que será pagado en la proporción que corresponda a la demandante de acuerdo con las disposiciones vigentes durante los períodos cotizados con anterioridad al primero (1°) de julio de 1993, dando aplicación a la prescripción trienal.

OCTAVO: NO CONDENAR EN COSTAS.

NOVENO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

DÉCIMO: ORDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y DE CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, que dé cumplimiento a la providencia en los términos señalados en los artículos 187 y 192 del Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

DÉCIMO PRIMERO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVUÉLVASE** a la señora Marina Castañeda de Beltrán con cédula de ciudadanía No. 20.111.375 de Bogotá, el remanente de la suma que se ordenó cancelar para gastos ordinarios del proceso si la hubiere, **DÉJENSE** las constancias a que haya lugar y una vez ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ ADRIANA MÉNDEZ MARTÍNEZ
JUEZ

mqc



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ
Sección Segunda

Expediente No.: 11001-33-35-010-2015-00893-00

Firmado Por:

LUZ ADRIANA MENDEZ MARTINEZ
JUEZ
JUZGADO 010 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-
SANTAFE DE BOGOTA D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

1c329c295cc3cb8768f459dab885f770781bda4f328966906c129942013f5fc8

Documento generado en 04/03/2021 03:46:09 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

7625
28
Vence 03-03-22

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "B"

Bogotá D.C., Veintidós (22) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Magistrado Ponente: Dr. ALBERTO ESPINOSA BOLAÑOS

REFERENCIA : 11001-33-35-010-2018-00501-01
DEMANDANTE : MARINA CASTAÑEDA DE BELTRÁN
Causante : Víctor Nodier Beltrán Zuluaga
DEMANDADA : UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL (U.G.P.P.)
Asunto : Reliquidación pensional *postmortem*

SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala, dentro del término legal¹, a decidir el recurso de apelación interpuesto por la entidad accionada, U.G.P.P., en contra de la sentencia con calenda cuatro (4) de marzo de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Décimo (10) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. - Sección Segunda, a través del cual se accedieron parcialmente a las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

Mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la parte actora, en síntesis, demandó:

a.- Que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. RDP 028267 del 13 de julio de 2017 y RDP 028267 del 13 de julio de 2017, por las cuales se negó la reliquidación pensional y se confirmó la decisión en todas y cada una de sus partes.

b.- Que fruto de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, se reconozca y pague la pensión de sobrevivientes, efectiva a partir del 1º de julio de 1993, procediendo a liquidar los reajustes pensionales decretados en la ley; la pensión mensual deberá ser pagada en un equivalente al 75% de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha del retiro oficial (además de los ya reconocidos, los correspondientes a: subsidio de transporte y alimentación, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación por

¹ Previsto en el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021 -modificatorio del artículo 247 de la Ley 1437 de 2011-, en su numeral 7º, que dispone: "(...) 7. La sentencia se dictará dentro de los veinte (20) días siguientes. En ella se ordenará devolver el expediente al juez de primera instancia para su obediencia y cumplimiento. (...)"

Segunda instancia

recreación), conforme al régimen ordinario aplicable a los empleados del sector oficial.

c.- Que se reconozcan las diferencias entre lo pagado desde el reconocimiento de la prestación al causante hasta la sentencia que de fin al proceso, esto es, a partir de la fecha de retiro hasta la inclusión en nómina, teniéndose en cuenta los factores antes referenciados; se den los ajustes de valor conforme al I.P.C.; se reconozcan los intereses conforme el inciso 3º del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, se dé cumplimiento al fallo y se condene en costas procesales en caso de oposición.

1.2. Los hechos jurídicamente relevantes en que se fundan las pretensiones de la demanda, en síntesis, son los siguientes:

a.- Que el causante, señor Víctor Nodier Beltrán Zuluaga, prestó sus servicios al Estado por más de 20 años, siendo su último cargo el de Secretario en el Ministerio de Justicia; en consecuencia, se reconoció y pago una pensión vitalicia de jubilación de conformidad con las Leyes 33 y 62 de 1985 mediante Resolución N° 6807 del 9 de marzo de 1993, condicionada al retiro definitivo del servicio.

b.- Que el causante se retiró del servicio el 30 de junio de 1993, fruto de dicha situación, mediante Resolución N° 011721 del 24 de noviembre de 1994 reliquidó la pensión, siendo efectiva a partir del 1º de julio de 1993; el señor Beltrán Zuluaga falleció el 9 de noviembre de 2011.

c.- Que mediante Resolución N° RDP 011458 del 11 de octubre de 2012 la entidad accionada reconoció una pensión de sobrevivientes a la señora Castañeda De Beltrán en un porcentaje del 100%, efectiva a partir del 10 de noviembre de 2011.

d.- Que el 23 de mayo de 2017 el extremo activo solicitó la revisión de la prestación, el cual se resolvió de manera desfavorable a los intereses de la parte demandante mediante Resolución N° RDP 028267 del 13 de julio de 2017; frente a la decisión se interpuso recurso de apelación el 14 de agosto de 2017.

1.3. TEORÍA DEL CASO – POSICIÓN JURÍDICA DE LAS PARTES

1.3.1. De la parte demandante

Indicó, de manera conclusiva, que las pensiones de jubilación deben liquidarse con fundamento en todo lo devengado por el trabajador, entendido que la remuneración es todo lo percibido por el empleador de manera directa o indirecta de la vinculación

U.A.E. de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
Marina Castañeda De Beltrán
 Víctor Nodier Beltrán Zuluaga
 11001-33-35-010-2018-00201-01

Segunda instancia

laboral y, que en el evento de no haberse dado los descuentos sobre algunos factores, no obsta para que no le sean tenidos en cuenta para calcular el valor de la pensión; en consecuencia, la prestación debe ser liquidada conforme todos los factores devengados en el último año anterior a la fecha del retiro definitivo del servicio.

1.3.2. De la entidad demandada

Indicó, que la enunciación expresa sobre los factores sobre los cuales debe partirse para realizar la liquidación de la prestación, pues aquellos no son concebidos por el régimen aplicable; en ese sentido, las pretensiones no tienen sustento jurídico, aduciéndose que los actos administrativos se hallan ajustados en derecho.

1.4. La sentencia de primera instancia

A través de la sentencia con calenda cuatro (4) de marzo de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Décimo (10) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. - Sección Segunda², se accedieron parcialmente a las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas, donde se consideró y resolvió:

"(...)

La Jurisdicción Contencioso ha sido reiterativa en sostener que si en una liquidación de pensión no se incluyeron los factores salariales según la norma que rige para el pensionado y si sobre lo devengado no se aportó a la entidad de previsión, no por ello pierde el derecho a la reliquidación pensional conforme a la misma norma.

Para esta instancia judicial, le asiste razón jurídica a la demandante en su reclamación, en cuanto tiene que ver con el monto de su pensión de sobreviviente liquidada y en virtud de la inobservancia de las normas que le cobijan en dicha liquidación, toda vez que se desconoció el derecho a obtener un monto igual al 75% del salario promedio del último año de prestación de servicios del señor..., esto es, 01 de julio de 1992 a 30 de junio de 1993, como lo dispone la Ley 33 de 1985, por lo que se declarará la nulidad de las Resoluciones Nos. RDP 028267 del 13 de julio de 2017 y RDP 037228 del 27 de septiembre de 2017, actos administrativos que vulneraron los derechos de la demandante, al no habersele reliquidado la pensión de sobrevivientes, con la inclusión de la totalidad de los factores devengados por el causante en el último año de prestación de servicios, como lo dispone la Ley 33 de 1985.

(...)

No se ordenará incluir la **bonificación por recreación**, toda vez que el inciso 2º del artículo 15 del Decreto 2710 de 2001, dispuso que la bonificación por recreación no constituiría factor de salario para **ningún** efecto legal, además, ésta no constituye una remuneración directa de los servicios prestados por el empleado, sino que, se otorga como consecuencia del disfrute de las vacaciones.

(...)

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad de las Resoluciones Nos. RDP 028267 del 13 de julio de 2017 y RDP 037228 del 27 de septiembre de 2017, por medio de las cuales se desconoció el derecho a la señora **MARINA CASTAÑEDA DE BELTRÁN...**, a que su pensión de sobrevivientes le fuera reliquidada con la totalidad de los factores de salario legales devengados durante el último año de prestación de servicios del señor **VICTOR NODIER BELTRÁN ZULUAGA...**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

² Folio 112 a 119.

Segunda instancia

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** a la... **UGPP**, a reliquidar el valor de la mesada pensional de sobrevivientes de la cual es titular la señora..., con base en el setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio mensual devengado durante el año anterior al retiro del servicio del señor..., esto es, del 01 de julio de 1992 al 30 de junio de 1993, teniendo en cuenta como factores salariales la **Asignación Básica, Subsidio de Transporte, Subsidio de Alimentación, Bonificación por servicios prestados, Prima de servicios (1/12), Prima de vacaciones (1/12) y Prima de Navidad (1/12)**, según certificación visible a folio 22 del expediente, y proceder a descontar los correspondientes aportes al Sistema de Seguridad Pensional si no se hubieren efectuado, a partir del 01 de julio de 1993, pero con efectos fiscales desde el 23 de mayo de 2014, por prescripción trienal, la cual se declara de oficio.

No se ordenará la inclusión de la bonificación por recreación, por las razones expuestas en la parte motiva.

Los anteriores factores se deberán incluir en el monto correspondiente a lo efectivamente devengado o causado dentro del último año de servicios del causante, sin incluir sumas acumuladas o causadas por servicios prestados con anterioridad a esa fecha, aun cuando su pago se hubiese efectuado dentro de este último año, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: ORDENAR a la... **UGPP** que aplique los reajustes anuales a que se refiere el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 al valor de la mesada de la demandante, una vez reliquidada como se indica en el numeral SEGUNDO, desde el 01 de julio de 1993 en adelante, para efectos de determinar el valor actual de la mesada pensional, el valor de las mesadas que debieron pagarse en cada anualidad desde la fecha de su reconocimiento al causante, en adelante y el monto de las diferencias a cuyo pago tiene derecho la demandante por cada mesada pensional, como se precisará en los numerales QUINTO Y SEXTO de la parte resolutive de esta providencia.

CUARTO: Lo dispuesto en los numerales anteriores solo será aplicable cuando el resultado de la reliquidación y reajuste ordenados arrojen una mesada pensional superior a la que se encuentre percibiendo la demandante al momento del cumplimiento del fallo.

QUINTO: CONDENAR a la... **UGPP**, a **PAGAR**..., las diferencias entre lo que le fue pagado en su momento, por concepto de mesadas pensionales y lo que se debió pagar de acuerdo con la reliquidación y reajuste ordenados por este Despacho en los numerales SEGUNDO y TERCERO de la parte resolutive de esta providencia, diferencias que se deberán actualizar como se ordena a continuación.

SEXTO: ORDENAR a la... **UGPP**, **ACTUALIZAR**, las sumas cuyo pago se ordena en el numeral anterior, de conformidad con la siguiente fórmula:

(...)

SÉPTIMO: Al momento de realizar la liquidación para cancelar los valores resultantes del aumento salarial se tendrá en cuenta para descontar lo ya aceptado por este concepto, así como las sumas correspondientes a los descuentos del valor de los aportes no realizados sobre los factores salariales reconocidos, monto que será pagado en la proporción que corresponda la demandante de acuerdo con las disposiciones vigentes durante los períodos cotizados con anterioridad al primero (1º) de julio de 1993, dando aplicación a la prescripción trienal.

OCTAVO: NO CONDENAR EN COSTAS.

NOVENO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

(...)” (Énfasis del texto)

1.5. Fundamento del recurso

La entidad accionada, U.G.P.P., presentó escrito en el cual interpuso recurso de apelación visible en los folios 122 a 123 del expediente, solicitando que se revoque

U.A.E. de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
Marina Castañeda De Beltrán
Víctor Nodier Beltrán Zuluaga
11001-33-35-010-2018-00201-01

Segunda instancia

el fallo de primera instancia, negando las pretensiones de la demanda en su lugar, consideró:

"(...)

En ese sentido, resulta importante determinar qué debe entenderse por factor salarial, teniendo en cuenta que la parte demandante solicita la reliquidación de la pensión con base en conceptos no previstos en la normatividad como salario, como ya se evidenció bajo la Ley 62 de 1985. Debe recordarse que por factores salariales deben entenderse los pagos que realiza el empleador que son constitutivos del salario, que no son otros que lo recibido en dinero o especie como contraprestación directa por los servicios prestados por el trabajador. De tal modo, que deberán excluirse de la liquidación de derechos pensionales las sumas de dinero que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador para beneficio del primero y no para remunerar el desempeño de sus funciones.

En definitiva, los factores otorgados por la sentencia de primera instancia no remuneran el servicio prestado por el trabajador y por tal razón no constituyen salario, no debiendo ser tenidos en cuenta para efectos pensionales, tales como... Siendo evidente que de acuerdo con las Leyes 33 y 62 de 1985 no es posible incluir las citadas como factores salariales para calcular la reliquidación solicitada por la demandante de la remuneración percibida por el causante.
(...)" (Énfasis del texto)

1.6. Del procedimiento en segunda instancia

En proveído con calenda once (11) de agosto de dos mil veintiuno (2021) (fl.135), se dio aplicación al artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, modificado por el artículo 247 de la Ley 1437 de 2011.

2. CONSIDERACIONES

2.1. El problema jurídico

El problema jurídico por resolver se contrae a determinar si hay lugar al reconocimiento, o no, de todos los factores salariales devengados por el causante, señor Víctor Nodier Beltrán Zuluaga, en el último año de servicio; en caso afirmativo, implicaría la reliquidación de la pensión *postmortem* percibida por la señora Marina Castañeda De Beltrán en los términos establecidos en los antecedentes.

2.2. Los hechos probados

a.- El Subdirector de Prestaciones Económicas de la entonces Caja Nacional de Previsión Social, mediante Resolución N° 6807 del 9 de marzo de 1993 (fls.2-3), reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación, con fundamento en las Leyes 4ª de 1966, 33 y 62 de 1985, en los Decretos 81 de 1976, 1848 de 1969, 1045 de 1978 y 01 de 1984, efectiva a partir del 1º de enero de 1992, sujeta al retiro definitivo del servicio, fruto de la solicitud elevada el 19 de junio de 1992 bajo el N° 85263, donde se consideró:

Segunda instancia

"(...)

Que el petionario prestó los siguientes servicios al Estado

ENTIDAD	DESDE	HASTA	DÍAS	
			DEDUCIDOS	LABORADOS
MINISTERIO DE JUSTICIA	680901	701005		755
INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILI	710513	761205		2.003
MINISTERIO DE JUSTICIA	780417	780501		15
MINISTERIO DE JUSTICIA	780601	911231		4.891

Que laboró un total de 7.664 días.

Que nació el 17 de julio de 1928 y cuenta con 63 años de edad.

Que el último cargo desempeñado fue el de SECRETARIO 5140-08 en MINISTERIO DE JUSTICIA.

Que adquirió el estatus jurídico el 18 de septiembre de 1990.

"(...)"

Que a la prestación se le aplicó una tasa de reemplazo del 75% sobre el salario promedio de 12 meses, tomándose en cuenta los factores salariales correspondientes a: asignación básica y bonificación por servicios prestados.

b.- La Subdirectora de Prestaciones Económicas de la entonces Caja Nacional de Previsión Social, mediante Resolución N° 011721 del 24 de noviembre de 1994 (fls.4-6), reliquidó una pensión de jubilación, con fundamento en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978 y las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988, efectiva a partir del 1° de julio de 1993, fruto de la solicitud elevada el 10 de agosto de 1992 bajo el N° 010832, donde se consideró:

"(...)

Que el petionario allega nuevos tiempos de servicio así:

ENTIDAD	DESDE	HASTA	DÍAS	
			DEDUCIDOS	LABORADOS
MINISTERIO DE JUSTICIA	920101	930630		540

Que laboró un total de 540 días.

Que el último cargo desempeñado fue el de SECRETARIO GRADO... en MINISTERIO DE JUSTICIA.

Que el petionario demostró retiro definitivo del servicio.

"(...)"

Que a la prestación se le aplicó una tasa de reemplazo del 75% sobre el salario promedio de 12 meses, tomándose en cuenta los factores salariales correspondientes a: asignación básica, bonificación por servicios prestados y prima de servicios.

U.A.E. de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
Marina Castañeda De Beltrán
Víctor Nodier Beltrán Zuluaga
11001-33-35-010-2018-00201-01

Segunda instancia

c.- La Subdirectora de Determinación de Derechos Pensionales de la U.G.P.P., mediante Resolución N° RDP 001458 del 11 de octubre de 2012 (fls.7-8), reconoció una pensión de sobrevivientes a la señora Marina Castañeda De Beltrán, con fundamento en las Leyes 797 de 2003 y 100 de 1993 y el Decreto 01 de 1984, efectiva a partir del 10 de noviembre de 2011 -día siguiente al fallecimiento del causante- en la misma cuantía devengada, de carácter vitalicio, en un porcentaje del 100%.

d.- El Subdirector de Determinación de Derechos Pensionales de la U.G.P.P., mediante Resolución N° RDP 028267 del 13 de julio de 2017 (fls.9-11), negó la reliquidación de una pensión *postmortem* a la señora Marina Castañeda De Beltrán, fruto de la solicitud elevada el 23 de mayo de 2017 bajo el N° 201750051528462, donde consideró:

"(...)

Que conforme a la normatividad expuesta y al observar los certificados aportados por el peticionario obrantes en el cuaderno administrativo, se observa que la liquidación efectuada se profirió de conformidad con los factores taxativamente señalados en la Ley 62 de 1985.

(...)

Que por lo antes expuesto no es procedente realizar la reliquidación con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios de conformidad con lo anteriormente expuesto en la liquidación efectuada mediante Resolución No. 11721 del 24 de noviembre de 1994 se encuentra ajustada a derecho y no es procedente reliquidar la prestación.

(...)

De acuerdo a lo anterior solo hay lugar a la INDEXACIÓN cuando exista sentencia judicial de lo contencioso administrativo que así lo establezca, por lo cual la administración de oficio no está facultada por norma legal para tal efecto, estando obligada, eso sí, a dar cumplimiento a las decisiones judiciales, motivo por el cual no se accederá a la solicitud incoada por la solicitante.

(...)"

Decisión confirmada en toda y cada una de sus partes mediante Resolución N° RDP 037228 del 27 de septiembre de 2017 (fls.13-14) que desató un recurso de apelación incoado en contra del acto administrativo que negó la reliquidación, interpuesto el 14 de agosto de 2017.

e.- La Subdirectora de Gestión Humana y el Coordinador del Grupo de Gestión de la Subdirección Financiera y Contable hizo constar en documento expedido el 12 de diciembre de 2016, visible en el folio 22 del expediente, que el causante devengó los factores salariales, de manera proporcional temporal, en los meses de julio de 1992 a junio de 1993, los correspondientes a: asignación básica, subsidio de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación por recreación y prima de navidad.

Segunda instancia

2.3. Unificación jurisprudencial de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado con relación a la liquidación de la pensión de los servidores públicos / Aplicación plena Leyes 33 y 62 de 1985

La Subsección B de la Sección Segunda de esta Corporación precisa que, en su jurisprudencia reciente, se apartó del precedente horizontal sostenido inicialmente por el Consejo de Estado en relación a la aplicación del régimen de transición en la liquidación de la pensión de los servidores públicos, para así adoptar la interpretación de la Corte Constitucional a lo largo de sus precedentes sobre el asunto; ahora bien, se pone de presente que, en reciente postura del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo – Sala Plena, acogió la línea jurisprudencial de la jurisdicción constitucional, sentando, aclarando y ampliando aspectos puntuales; en consecuencia, se armonizarán en adelante ambas posturas salvaguardando de esta forma el principio de la seguridad jurídica.

Así las cosas, de las diferentes providencias proferidas por la Corte Constitucional sobre el tema³, fue a partir de la providencia **SU-395 de 2017** que esta Corporación modificó su postura, pues este fallo concluyó que de acuerdo con lo expresamente establecido por el Legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el Constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2005, así como con los principios de eficiencia del Sistema de Seguridad Social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de transición, la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la Ley 100 de 1993; en igual forma, se indicó:

“(…)

Conforme con ello, se ha entendido en sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional, que cuando el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se refiere a “monto de pensión” como una de las prerrogativas que se mantienen del régimen anterior, está refiriéndose al porcentaje aplicable al Ingreso Base de Liquidación. Lo anterior, tiene sentido no sólo desde el punto de vista del lenguaje sino también con fundamento en el alcance, finalidad y concepto del régimen de transición.

En la medida en que si el inciso tercero de la norma bajo análisis expresamente establece cuál debe ser el Ingreso Base de Liquidación para los beneficiarios del régimen de transición, entonces el monto se refiere al porcentaje aplicable a esa base que será el señalado por la normativa anterior que rija el caso concreto. En igual sentido, los factores salariales, al no determinar el monto de la pensión sino parte de la base de liquidación de la misma, serán los señalados por la normativa actual, en este caso, por el Decreto 1158 de 1994.

(…)” (Énfasis de la Sala)

³ Sentencias C-168 de 1995; C-279 de 1996; C-1056 de 2003; C-754 de 2003; SU-1073 de 2012; SU-258 de 2013; Auto 326 de 2014; SU-210 de 2017 y; SU-230 de 2015.

U.A.E. de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
Marina Castañeda De Beltrán
 Víctor Nodier Beltrán Zuluaga
 11001-33-35-010-2018-00201-01

Segunda instancia

En aplicación de todo lo expresado anteriormente, la liquidación o reliquidación de las pensiones que se hallen en el régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁴, se tendrá en cuenta la edad y tiempo de servicio o cotización del régimen anterior aplicable a cada caso; sin embargo, en relación a el monto o porcentaje aplicable, se entenderá que el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere 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, situación descrita en igual forma en el artículo 21 *ibidem* y; los factores salariales que se tendrán en cuenta para dicha liquidación serán los contenidos en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994⁵, esto es, deberán incluirse los faltantes y excluirse aquellos que no estén relacionados taxativamente, y en la forma allí dispuesta.

⁴ **ARTICULO. 36.- Reglamentado por el Decreto Nacional 2527 de 2000. 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. Ver Fallo del Consejo de Estado 043 de 2011, Ver Sentencia de la Corte Constitucional T-013 de 2011, Ver Sentencia de la Corte Constitucional T-210 de 2011

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 hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos. El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-168 de 1995.

Inciso declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-789 de 2002. 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.

Inciso declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-789 de 2002. 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.

Ver Parágrafo Transitorio 4, Acto Legislativo 01 de 2005

PARAGRAFO.- 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.

Ver Decreto Nacional 691 de 1994

NOTA: El art. 36 fue modificado parcialmente por el art. 18 de la Ley 797 de 2003 y 4 de la 860 de 2003, artículos que posteriormente fueron declarados INEXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencias C-1056 de 2003 y 754 de 2004, respectivamente.

⁵ **ARTICULO 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:

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

Segunda instancia

Ahora bien, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado con ponencia del Consejero Dr. César Palomino Cortés, en sentencia de unificación de jurisprudencia de calenda veintiocho (28) de agosto de dos mil dieciocho (2018), expediente N° 52001-23-33-000-2012-00143-01, resolvió variar la postura que había sostenida esa Corporación, en especial la Sección Segunda, interpretando la finalidad del legislador en la Ley 100 de 1993, expresando: "89. *Entonces la razonabilidad de ese cambio legislativo está en poder conciliar la finalidad que motiva la reforma pensional con la confianza y la expectativa de los ciudadanos que están próximos a pensionarse, es decir, garantizar el interés general sin sacrificar del todo el interés particular. Es importante precisar que un cambio en el sistema de pensiones necesariamente implica el establecimiento de requisitos y condiciones, en principio, menos favorables, para adquirir la pensión, por eso se requiere un periodo de transición que permita implementar de manera ponderada y equilibrada el nuevo régimen, concretamente, para aquellas personas que, bajo las condiciones legales anteriores, podrían adquirir su pensión en un corto periodo de tiempo*".

De esta forma, el Consejo de Estado estableció que existen dos grupos de personas, dadas las circunstancias pensionales, consistentes en:

"(...)

49. El primer grupo de personas fue aquel que tenía unos **derechos, garantías o beneficios adquiridos** y establecidos conforme a las disposiciones normativas anteriores, para quienes a la fecha de entrada en vigencia de esta ley hubieren cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encontraran pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de prima media y del sector privado en general (artículo 11).

50. El segundo grupo de personas, al que quiso proteger el legislador, fue a aquel que estaba **próximo a adquirir el derecho a la pensión** conforme a las disposiciones legales anteriores. Para este grupo, la Ley 100 de 1993 otorgó una vigencia ultractiva de algunos elementos del régimen pensional que lo cobijaba, concediéndole a dicho régimen unos efectos con el fin que a medida que estas personas cumplieran los requisitos para acceder a una pensión adquirieran el derecho en los términos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

(...)" (Énfasis del texto)

De los hechos probados anteriormente, se evidencia que la parte demandante se halla inmersa en el **primer grupo de personas** descritas en cita previa, en cuanto en el presente asunto, el causante, señor **VÍCTOR NODIER BELTRÁN ZULUAGA** prestó sus servicios como empleado público en la siguiente forma:

ENTIDAD	DESDE	HASTA
MINISTERIO DE JUSTICIA	1968/09/01	1970/10/05
INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR	1971/05/13	1976/12/05
MINISTERIO DE JUSTICIA	1978/04/17	1978/05/01
MINISTERIO DE JUSTICIA	1978/06/01	1991/12/31
MINISTERIO DE JUSTICIA	1992/01/01	1993/06/30

U.A.E. de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
Marina Castañeda De Beltrán
Víctor Nodier Beltrán Zuluaga
11001-33-35-010-2018-00201-01

Segunda instancia

Lo anterior implica que prestó sus servicios, y adquirió su estatus jurídico pensional en vigor de las Leyes 33 y 62 de 1985, pues al **29 de enero de 1985** -fecha de vigencia- había cumplido **14 años, 2 meses y 9 días** de servicio como empleado público, de esta forma, no se hallaría en transición respecto de estas normas *ejusdem*; sin embargo, no es menos cierto que adquirió el derecho pensional dentro del régimen *ibidem*, en consecuencia, de manera previa a la Ley 100 de 1993, pues cumplió el requisito de edad el 18 de septiembre de 1990 y se retiró definitivamente del servicio el 30 de junio de 1993; cumpliéndose el lleno de los requisitos antes del 1º de abril de 1994.

Así las cosas, entendiéndose que, si bien se cita la unificación jurisprudencial del Consejo de Estado que estableció la distinción ya expresada, además de la interpretación dada por la Corte Constitucional, se dispuso como referencial para indicar que en este caso en particular no se está ante un régimen de transición, sino que es un derecho adquirido y debe darse una aplicación íntegra de las normas que le corresponden.

Por lo anterior, solo si la persona consolidó su derecho previamente al régimen de la Ley 100 de 1993 se podría dar aplicación plena de la norma que le corresponda, en caso contrario, se dará la interpretación de la jurisprudencia de unificación que corresponde al segundo grupo de personas. Y como se evidenció previamente, en el presente asunto se cumple con la situación dada para el primer grupo de personas.

En ese sentido, en la Ley 33 de 1985, por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público, donde se dispuso:

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

A su vez, la Ley 62 de 1985, por la cual se modificó el artículo 3º de la Ley 33 del 29 de enero de 1985, señaló:

"ARTÍCULO 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. **Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará**

Segunda instancia

constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes." (Énfasis de la Sala)

De las normas transcritas, se prevé que la pensión al amparo de la Ley 33 de 1985 se liquida con el **75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio**. A su turno, la Ley 62 del mismo año, dado que no nos hallamos bajo las interpretaciones consignadas en las diferentes sentencias sobre la transición normativa, y frente a la óptica de lo dispuesto en las normas cita, en aquellas se dispone que para la liquidación de la prestación debe tenerse en cuenta: "**salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio**", así las cosas, los factores indicados en la norma son los que sirven de base para liquidar la pensión, no todos aquellos devengados, pues ello implicaría que se realizaron aportes para la prestación con haberes no establecidos por ley.

Igualmente, se resalta que, por regla general, el legislador ha tenido como unidad de medida, para tasar los derechos pensionales, el salario, tal como se evidencia en las Leyes 33 y 62 de 1985, entre otras, como el artículo 27 del Decreto Ley 3135 de 1968 y el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, norma ésta que expresamente, además del salario, incluye las primas; finalmente, la Ley 100 de 1993, para efectos de la cuantía de la pensión, hace referencia al ingreso base de liquidación o salario cotizado⁶.

En el mismo sentido, se observa que, no puede perderse de vista que la pensión de jubilación debe verse, por un lado, como una prestación económica de carácter contributivo no gracioso⁷ y; por otro lado, como un derecho constituido por varios componentes, a saber: edad, tiempo de servicio e ingreso base de liquidación, este último constituido por el salario y tiempo establecido por la ley para calcular el monto de la pensión.

De manera que, en el **caso concreto**, la pensión de la actora se encuentra amparada por lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, esto es, aplicándose una tasa de reemplazado del 75% al promedio de los salarios devengados en el último año de

⁶ Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. M.P. Jaime Araujo Rentarías. Sentencia T-1036 del 18 de octubre de 2005. Expediente T-1021958.

⁷ Genera obligaciones como cotizar por el tiempo establecido por la ley (20 años o más) y sobre el salario (1 a 25smImv) constituyéndose así el ingreso base de cotización de la pensión

U.A.E. de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
Marina Castañeda De Beltrán
 Víctor Nodier Beltrán Zuluaga
 11001-33-35-010-2018-00201-01

Segunda instancia

servicio y en la edad como requisito en conjunción con los 20 años de servicio, de esta forma se liquidó la prestación reconocida.

Ahora bien, se debe analizar lo correspondiente a los factores salariales devengados, aquellos dispuestos en la Ley 62 de 1985 y los que fueron reconocidos en el acto administrativo y los otorgados por el *a quo*, en forma proporcional, con el objetivo de proferir una decisión acorde a lo expresado en precedencia, para tal fin se expone el siguiente cuadro.

Ley 62 de 1985	Devengados (Certificación)	Reconocidos Acto Administrativo	Reconocidos Sentencia Primera Instancia
-Asignación básica -Gastos de representación -Primas: *Antigüedad *Técnica *Ascensional *Capacitación; -Domingales y feriados -Horas extras -Bonificación por servicios prestados -Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio	-Asignación básica mensual -Subsidio alimentación y transporte - Bonificación por servicios prestados -Prima de servicios -Prima de vacaciones - Bonificación por recreación -Prima de navidad	-Asignación básica - Bonificación por servicios prestados -Prima de servicios Los dos primeros en el acto de reconocimiento, el tercero en la reliquidación de la prestación.	-Asignación básica -Subsidio de transporte y alimentación -Bonificación por servicios prestados -Prima de servicios (1/12) -Prima de vacaciones (1/12) -Prima de navidad (1/12)

De esta forma, se observa que, la entidad no omitió reconocer factor alguno enlistado taxativamente en las Leyes 33 y 62 de 1985; por lo tanto, no hay lugar a acceder la reliquidación de la prestación con los factores salariales pretendidos.

En consecuencia, dado que la entidad apelante le cabe razón, y por las razones expuestas, la Sala dispone que **revocará** la decisión adoptada en primera instancia, negándose las pretensiones en su lugar.

En esta instancia no habrá lugar a condena en costas, no reunirse los presupuestos exigidos en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011; adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"**; administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley;

F A L L A:

REVOCAR la sentencia de calenda cuatro (4) de marzo de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Décimo (10) Administrativo Oral del Circuito Judicial de

Segunda instancia

Bogotá D.C. - Sección Segunda, a través del cual se accedieron parcialmente a las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

PRIMERO. – DENIÉGUESE las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. – NO se condena en costas, en esta instancia.

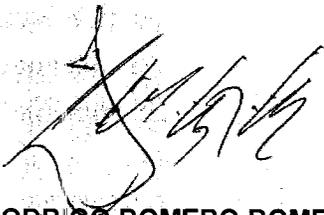
TERCERO. – Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría de la Subsección, procédase a **DEVOLVER** el expediente al Juzgado de origen, previa las anotaciones y constancias a que haya lugar.

-.NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

Aprobado según consta en Acta de la fecha.


ALBERTO ESPINOSA BOLAÑOS
Magistrado


LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN
Magistrado


JOSÉ RODRIGO ROMERO ROMERO
Magistrado