TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil quince (2015)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 159

TEMAS:	APLICABILIDAD DE LAS LEYES 33 Y 62 DE 1985 A QUIENES GOZAN DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LA LEY 100 DE 1993 - FACTORES SALARIALES ESTABLECIDOS LEGALMENTE Y QUE CONFORMAN LA BASE DE LIQUIDACIÓN PENSIONAL
INSTANCIA:	SEGUNDA

Decide la Sala, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- contra la sentencia proferida el 21 de abril de 2015 por el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO - SUCRE dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por ELMO JOSÉ AVENDAÑO CARABALLO, a través de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES:

1. LO QUE SE DEMANDA:

Pretende la parte demandante lo siguiente[1]:

1.1.1. Que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 18981 del 15 de septiembre de 2009, No. 0005523 del 09 de abril de 2010 y No. 1916 del 30 de junio de 2010, por medio de las cuales el ISS, hoy Colpensiones, negó el reconocimiento a favor del demandante, de la pensión de jubilación en los términos de la Ley 33 de 1985, así como los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y su respectiva indexación.

1.1.2. Que como consecuencia de la declaración de nulidad, se ordene a Colpensiones el restablecimiento del derecho, reconociendo:

- Que el señor ELMO JOSÉ AVENDAÑE CARABALLO tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación que contempla la Ley 33 de 1985.
- El pago a favor del demandante, de las mesadas pensionales ordinarias y adicionales, a partir del 06 de diciembre de 2008, día siguiente del retiro del servicio, y fecha en la que acreditó las condiciones legales de edad y tiempo de servicio, exigidas por la Ley 33 de 1985 para acceder a la pensión de jubilación.
- La indexación del valor de las mesadas primas y demás emolumentos adeudados hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de las mesadas pensionales a favor del demandante.
- El pago de los intereses moratorios, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
- Que se condene a Colpensiones en costas.

[1] Fol. 1 y 2.

- Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido en el artículo 192 del C.C.A.

1.2. LOS HECHOS EN QUE SE FUNDA:

El accionante fundamenta las anteriores pretensiones, en los hechos que a continuación el Tribunal procede a resumir:

Refiere que, nació el día 5 de diciembre de 1953, cumpliendo 55 años de edad el 5 de diciembre de 2008.

Indicó que, prestó sus servicios personales en el Municipio de Corozal desde el 01/02/1977 hasta el 30/12/1979, para un total de 1030 días y 147 semanas cotizadas; desde el 16/01/1980 hasta el 30/08/1980, para un total de 224 días y 32 semanas cotizadas; desde el 03/11/1980 hasta el 31/12/1982, para un total de 787 días y 112 semanas cotizadas; y desde el 10/09/1984 hasta el 30/07/1987, para un total de 685 días y 97 semanas cotizadas. Así mismo, que prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero desde el 03/08/1987 hasta el 27/06/1999, para un total de 4339 días y 619 semanas cotizadas.

Señaló que, todo lo anterior arroja un total de 20 años, 5 meses, 25 días y de 1007 semanas cotizadas.

Manifestó que, el último salario devengado fue la suma de $468.267, además de prima de antigüedad, en la suma de $107.702.

Indicó que, el día 12 de febrero de 2009 solicitó ante el ISS, hoy Colpensiones la pensión de jubilación, solicitud que fue resuelta desfavorablemente mediante Resolución No. 18981 del 15 de septiembre de 2009, con sustento en que solo acreditó 4308 días, lo que equivale a 11 años, 11 meses y 18 días cotizados.

Manifestó que, frente a lo anterior, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, los cuales fueron resueltos mediante las Resoluciones No. 0005523 del 09 de abril de 2010 y 1916 del 30 de junio de 2010, confirmando en todas sus partes la Resolución No. 18981 del 15 de septiembre de 2009 y argumentando que no cuenta con el tiempo cotizado suficiente para acceder a la prestación económica regulada por la Ley 33 de 1985.

Expresó que, es beneficiario del régimen de transición que trae la Ley 100 de 1993 en su artículo 36, ya que al entrar en vigencia el régimen pensional, contaba con más de 40 años de edad, por lo que tiene derecho a que se le aplique el régimen anterior al que se encontraba afiliado, esto es, el establecido en la Ley 33 de 1985.

Expuso que, Colpensiones, al momento de hacer la contabilización del tiempo de servicios, comete errores y desconoce su realidad laboral al establecer que no cumple con el requisito de 20 años de servicios con entidades del sector público.

1.3. NORMAS VIOLADAS:

En cuanto a las normas violadas mencionó las siguientes:

Constitución Política: Artículo 53.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 y artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

1.4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Expone que, hay violación a los artículos 1º de la Ley 33 de 1985, artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y artículo 53 de la Constitución Política, toda vez que el señor ELMO JOSÉ AVENDAÑO CARABALLO, por haber tenido la calidad de Servidor Público, adscrito por más de 20 años de servicios con entidades públicas, es acreedor a la pensión de jubilación de que trata el artículo 1º de la Ley 33 de

1985.

Manifiesta que, la protección otorgada por el régimen de transición se conecta de forma inescindible con el derecho a la pensión de vejez y, por esta vía, con el derecho fundamental a la seguridad social pues establece unas condiciones más favorables para acceder al mismo en favor de algunas personas con el fin de no vulnerar mediante ley posterior una expectativa legítima.

Indica además que, el Instituto de Seguro Social, hoy Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, desconoció la aplicabilidad del régimen de transición y propició la vulneración de derechos fundamentales como debido proceso, igualdad, y a la seguridad social ligada a la satisfacción del mínimo vital. Además, que la decisión del Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones, vulneró rotundamente el principio de favorabilidad y condición más beneficiosa para el señor ELMO JOSÉ AVENDAÑO CARABALLO por cuanto el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21 contempla el principio de favorabilidad cuando prescribe que 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".

Señaló igualmente que, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, no tuvo en cuenta la naturaleza jurídica de las entidades para la cual prestó los servicios el señor ELMO JOSÉ AVENDAÑO CARABALLO y la condición de servidor público.

Por otro lado, expuso que existe falsa motivación respecto de los actos administrativos demandados porque el Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES a través de las Resoluciones 18981 del 15 de septiembre de 2009, 0005523 del 09 de abril de 2010 y 1916 del 30 de junio de 2010, establece que el derecho pensional del señor ELMO JOSÉ AVENDAÑO CARABALLO no se otorgó por cuanto no acredita 20 años de servicios como lo establece la norma, lo

cual no es cierto, toda vez, que conforme a las certificaciones laborales anexas a esta demanda se constata que laboró más de 20 años de servicios con las entidades públicas señaladas en el hecho número 2 de la demanda. Además, por cuanto el derecho pensional del señor ELMO JOSÉ AVENDAÑO CARABALLO, debe ser estudiado conforme la Ley 33 de 1985, por haber laborado por espacio de más de 20 años de servicios con entidades estatales y es beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

1.5. ACTUACIÓN PROCESAL:

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 29 de abril de 2014 (Fol. 21).
- Admisión de la demanda: 11 de agosto de 2014 (Fol. 48).
- Notificaciones: 29 de agosto de 2014 (Fol. 57 a 62).
- Contestación a la demanda: 23 de octubre de 2014 (Fol. 72 a 75)
- Audiencia inicial: 7 de abril de 2015 (Fol. 106 a 109).
- Sentencia de primera instancia: 21 de abril de 2015 (Fol. 112 a 119)
- Recurso de Apelación: 29 de abril de 2015 (Fol. 126 a 129).
- Audiencia de conciliación y concesión del recurso: 7 de julio de 2015 (Fol. 148 y 149).
- Auto que admite el recurso de apelación: 14 de julio de 2015 (Fol. 4 Cuaderno Apelación).
- Auto que ordena traslado para alegatos de cierre: 29 de julio de 2015 (Fol. 13 Cuaderno Apelación).

1.5.1. RESPUESTA A LA DEMANDA:

La entidad demandada, en término oportuno, dio respuesta a la demanda en memorial visible a folios 72 a 75.

En cuanto a los hechos, manifiesta que unos son ciertos, uno no le consta y sobre otros manifiesta que son apreciaciones del demandante que deben ser demostradas. Se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones deprecadas dentro del escrito contentivo de la demanda, por carecer de asidero jurídico.

Como razones de la defensa señaló que el actor no cumple con los requisitos para obtener la pensión de vejez, pues, por un lado, si es beneficiario del régimen de transición, pero no cumple con todas las condiciones contenidas en las normas del caso, para acceder a la pensión de vejez. Indicó que, en la historia laboral del demandante se constata que al 1 de abril de 1994 contaba con la edad necesaria para acceder a la pensión y aplicársele el régimen de transición, pero no con la condición de tiempo mínimo para acceder a la pensión, puesto que no cuenta con el mínimo de 20 años de servicio como funcionario público, solo acredita un total de 6628 días cotizados equivalentes a 18 años, 4 meses y 28 días, por lo que no se le puede conceder la pensión de jubilación.

Propuso las excepciones de cobro de lo no debido y no ser beneficiario del régimen de transición.

1.5.2. LA PROVIDENCIA RECURRIDA[2]:

El Juez de primera instancia, previo estudio de la normativa aplicable y con base en los pronunciamientos jurisprudenciales, manifestó que el señor ELMO JOSÉ AVENDAÑO CARABALLO nació el 5 de diciembre de 1953, contaba con más de 41 años para cuando entró en vigencia el sistema pensional de la Ley 100 de 1993, por lo que se encuentra cobijado por el régimen de transición, de modo que le es aplicable la Ley 33 de 1985, en atención a que laboró en entidades públicas.

En cuanto a los requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación, el *A*

[2] fol. 112 a 119.

quo señaló que de acuerdo con certificación aportada se acreditó un tiempo de servicio de 20 años, 5 meses y 26 días, por lo que acredita dicho requisito, al igual que el de edad, pues cumplió 55 años el día 5 de diciembre de 2008, cumpliendo con todos los requisitos para que le sea reconocida la pensión mensual vitalicia de jubilación con fundamento en la Ley 33 de 1985.

Manifestó además que, la liquidación de la pensión del demandante deberá efectuarse con inclusión de todos los factores salariales devengados por el demandante, aunque no estén contenidos en el listado de la Ley 33 de 1985, reformado por la Ley 62 del mismo año.

En consecuencia declaró la nulidad de los actos demandados, al tiempo que ordenó el reconocimiento de la pensión al demandante, efectuando los descuentos de todos los aportes que no hayan sido objeto de deducción legal.

En cuanto al fenómeno de la prescripción, declaró su configuración respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 29 de abril de 2011.

1.5.3. EL RECURSO DE APELACIÓN[3]:

La parte demandada, oportunamente interpuso el recurso de apelación, en el siguiente sentido:

Manifiesta que, dentro del presente proceso no quedó totalmente demostrado que el demandante cumpliera con el requisito de 20 años de servicios como empleado público, ya que no existe tal certificación dentro del plenario, toda vez que hay diferentes formas de vincularse laboralmente a una entidad del Estado. Indicó que el accionante solo cuenta con 954 semanas debidamente cotizadas al sistema y que para el 31 de julio de 2005 no contaba con las 750 semanas cotizadas, como lo exige

[3] Fol. 126 a 129.

el acto legislativo 01 de 2005.

Argumenta que, con la condena se le causa un perjuicio a las arcas del Estado y a la sostenibilidad del sistema de seguridad social que administra, ya que se están incluyendo en la liquidación de la prestación económica, factores salariales que el demandante nunca reportó o cotizó sobre ellos, por tal razón se perjudica la sostenibilidad y expectativa pensional de los colombianos en el régimen de prima media con prestación definida.

Por otro lado indicó que, debe tenerse en cuenta el principio de inescindibilidad de la norma que rige la interpretación de la ley, en virtud del cual, la norma deberá tomarse en su integridad sin que sea permitido jurídicamente aplicar en cada caso concreto aquello que sea favorable de uno y otro régimen.

Igualmente manifestó que el IBL se toma a partir de las cotizaciones efectivamente realizadas, con base en el salario realmente reportado a la administradora. Indicó que, la ley pensional prevé que se deben efectuar cotizaciones con base en el salario devengado por los afiliados, con los cuales ha de liquidarse la pensión del aportante o afiliado, pues, los factores salariales deben ser los considerados para efectos pensiónales tal como lo señala la Ley 100 de 1993, y sobre los cuales ha de realizarse las cotizaciones al Sistema General.

Recordó el recurrente que la Corte Constitucional declaró mediante sentencia C-258 de 2013, la inexequibilidad de la expresión "durante el último año", contenida en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992. Además, señaló que, de un lado, la declaración de inconstitucionalidad de la expresión referida crea un vacío en materia de regla de Ingreso Base de Liquidación, y de otro, conduce a una situación de inconstitucionalidad aún más grave, pues haría imposible la liquidación de las pensiones y limitaría entonces de forma absoluta el derecho a la seguridad social en pensiones de los beneficiarios del régimen especial bajo estudio.

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

En tal sentido, reitera que no es procedente reliquidar la pensión del actor, con el 75% de lo devengado en el último año de servicio, dado que sobre ese monto el actor no realizó aportes al sistema general de pensiones, admitir ello es quitarle el efecto útil del listado de factores que el legislador estableció para liquidación de pensiones, contrario a ello es desconocer la Ley y causar un desequilibrio económico en el sistema, pues, el régimen de prima media es auto sostenible, es decir, se mantiene con los aportes de cada uno de sus afiliados y que posteriormente cada uno de ellos va obteniendo el estatus de pensionado, de acuerdo a las cotizaciones efectivamente cotizadas.

Señala que, no es procedente la reliquidación de la pensión de jubilación del actor con base en el 75% de lo percibido en su último año de servicio, ya que de ser así, la liquidación de pensiones se realizaría con base en salarios no devengados realmente por el actor y sobre los cuales obviamente no se realizaron cotizaciones para financiar la pensión.

Por último, manifiesta que, no se demostró la calidad de empleado público, hecho relevante para determinar si debía o no aplicársele la Ley 33 de 1985, así como no se aportaron detalladamente las certificaciones de los salarios del último año de servicios.

1.5.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA:

1.5.4.1. PARTE DEMANDANTE (fol. 20 y 21 del C. de 2da Instancia): El extremo activo manifestó que el demandante acredita válidamente las condiciones del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 para ser acreedor a la pensión de jubilación, razón por lo que su prestación debe ser liquidada con el salario y todos los factores del mismo, devengados en el último año de servicios.

1.5.4.2. PARTE DEMANDADA (fol. 26 a 28 del C. de 2da Instancia): En la oportunidad otorgada para el efecto, el apoderado de la entidad demandada reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación. Reiteró además que, no se desprende del material probatorio que se cumpla con el requisito de 20 años de servicio como empleado del sector público, pues no se distingue con claridad si tuvo la condición de empleado o la de un trabajador oficial.

1.5.4.3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Dentro del término concedido, no emitió concepto alguno.

2. CONSIDERACIONES:

Esta Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 del C.P.A.C.A., en Segunda Instancia.

Se advierte que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto.

2.1. PROBLEMAS JURÍDICOS:

Con fundamento en los anteriores planteamientos de las partes, entra el Tribunal a dilucidar los siguientes problemas jurídicos:

¿Tiene derecho el actor al reconocimiento de la pensión de jubilación con aplicación de la Ley 33 de 1985, esto es, teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, así como también, que para determinar el IBL, se tenga en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el mismo término, factores que por norma especial o por su naturaleza son salario, así estos no estén expresamente consagrados en las Leyes 33 y 62 de 1985, teniendo, adicionalmente como parámetro interpretativo, la sentencia C-258 de 2013 y la SU 230 de 2015 de la CORTE CONSTITUCIONAL?

Para dar respuesta al anterior interrogante, la Sala abordará los siguientes temas: **i)** La vigencia del sistema general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 y la aplicabilidad del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la misma, **ii)** Factores salariales establecidos legalmente y que conforman la base de liquidación pensional, y **iii)** El caso concreto.

2.2. LA VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES CONSAGRADO EN LA LEY 100 DE 1993 Y LA APLICABILIDAD DE LAS LEYES 33 Y 62 DE 1985 A QUIENES GOZAN DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN:

El sistema general de seguridad social, incluyendo el sistema general de pensiones, empieza a consolidarse en Colombia con la expedición y vigencia de la Ley 100 de 1993 *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*.
En la mencionada normativa, y para el estudio de su aplicabilidad a fin de respetar, por una parte, los derechos adquiridos y, por otra, las expectativas legítimas de las personas que habían consolidado su derecho antes de la entrada en vigencia o hubieran empezado su régimen de pensión con anterioridad a su aplicabilidad, es

necesario integrar los artículos 36 y 151 de la ley en comento.

El primero de ellos consagra como supuestos de hecho para la aplicación de la transición y por tanto de la normativa vigente con anterioridad, el tener 40 años o más para los varones, 35 o más años de edad si son mujeres o 15 o más años de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema. La segunda de las normas establece la vigencia del sistema general de pensiones, a partir del 1º de abril de 1994.

Por lo anterior, para determinar la normativa aplicable para la liquidación de la pensión de vejez ha de establecerse en cada caso si el potencial pensionado goza del régimen anterior o del de transición.

Para el caso concreto, el actor manifiesta ser beneficiario del régimen de transición, y por ende, que su pensión se encuentra regulada por las Leyes 33 y 62 de 1985.

Manifiesta la primera de las mentadas normas en su artículo 1º:

> *"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 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.*
>
> *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.*
>
> *(…)".* (Negrillas de la Sala).

En igual sentido la mencionada normativa, contempla los parámetros fijados para liquidar la pensión de jubilación, y los factores a incluir, para tal efecto dispone el artículo 3º modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985:

"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 la 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 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****.*(Negrillas pertenecientes a la Sala).

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.".

Por lo dicho, para la Sala es claro, cuando la normativa aplicable es la Ley 33 de 1985, es a esta a la que hay que acudir para efectos de determinar el salario base de liquidación, habida cuenta que es la norma jurídica vigente a la fecha de consolidación del derecho a la pensión.

2.3. FACTORES SALARIALES ESTABLECIDOS LEGALMENTE QUE CONFORMAN LA BASE DE LIQUIDACIÓN PENSIONAL Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL:

Como se expuso con anterioridad, las normas aplicables para efectos de determinar el salario de liquidación son las Leyes 33 y 62 de 1985, y es en esta misma normativa donde se señalan los factores salariales que se han de tener en cuenta para conformar la base de liquidación pensional.

Al respecto el artículo 3 de la norma referenciada, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, establece la forma cómo se liquidaría la pensión de jubilación señalando los siguientes factores:

- Asignación básica.
- Gastos de representación.

- Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación.
- Dominicales y feriados.
- Horas extras.
- Bonificación por servicios prestados.
- Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

No obstante lo anterior, se han expuesto varias interpretaciones por la jurisprudencia frente a cómo se debe efectuar la liquidación y los factores a tener en cuenta para ello, en primer lugar se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que solo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.

Lo dicho, dado que no obstante la claridad de la norma estudiada de forma aislada, existen otras normas que consagran diferentes medios remunerativas del servicio que son salario por disposición expresa del legislador o su naturaleza, por lo que en aplicación de los principios generales del derecho laboral de primacía de la realidad sobre la forma y de favorabilidad, han de interpretarse de manera integral para así establecer qué factores constituyen en realidad salario y liquidar la pensión con los ingresos efectivamente percibidos por el trabajador en su vida laboral activa.

Por otro lado, se relieva la interpretación que de la Ley 33 de 1985 ha realizado el CONSEJO DE ESTADO en especial al tema del salario base de liquidación de la pensión, posición que la Sala comparte, y para lo cual se permite transcribir en su aparte más importante:

> *"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****.*

…

a) <u>De los factores de salario para liquidar pensiones.</u>

Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002[4], precisó el sentido y alcance de las expresiones salario y factor salarial, así:

> *"(…) El salario (…) aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador (…)". En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) "constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones." En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que "además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios."*
>
> *(…)*
>
> *Según el artículo 42 ibídem son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador : la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.(…).".*

Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en

[4] Magistrado Ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

cuenta todos los ***factores que constituyen salario,*** *es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.*

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a ***las primas de navidad y de vacaciones****, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.*

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener ***dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional****.*[5]*."*[6] (Resaltado por fuera del original)

Destaca la Sala que esta no es una posición aislada de la mencionada Alta Corporación, sino que es la línea que se consolida a partir de allí tal como se puede observar en decisiones más recientes[7].

En este punto, se reitera, que existe una diferencia de criterio entre la posición asumida por la Sala Laboral de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, y el

---

[5] Al respecto, ver el concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

[6] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Sentencia del 4 de agosto de 2010. Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). Actor: LUIS MARIO VELANDIA. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL.

[7] Como decisión de este tipo, la Sala trae para soportar la siguiente: *"Al examinar con detenimiento la anterior cita jurisprudencial* (se refiere a la citada en el píe de página anterior)*, es claro que la entidad demandada debió efectuar los aportes que devengó el actor mientras estuvo prestando sus servicios sobre los factores salariales y que pretende se tengan en cuenta."* (La nota entre paréntesis no es del texto original) CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. CONSEJERO PONENTE: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Sentencia del 20 de marzo de 2013. REF: EXPEDIENTE No. 76001233100020070021701. NÚMERO INTERNO: 03412012. ACTOR: JOSÉ OMAR GONZÁLEZ CRUZ. AUTORIDADES NACIONALES.

CONSEJO DE ESTADO, quien de tiempo atrás ha interpretado que el monto a que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no solo hace referencia al porcentaje o tasa de reemplazo, sino que también incluye el Salario Base de Liquidación, es decir, que para quienes son beneficiarios del régimen de transición, todos los elementos de la pensión se rigen por la normativa anterior. En este punto, es reiterada y uniforme la jurisprudencia contenciosa[8].

En este punto, y para confrontar el argumento del apelante, se cita la siguiente providencia, del 24 de junio de 2015, que reitera la posición ya expuesta:

---

[8] "*3. El inciso 2º del artículo 36 de la mencionada ley, establece:*

> *"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 o más años de edad si son mujeres o cuarenta o más años de edad si son hombres, o quince 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****." (negrilla de la Sala).*

Ahora bien, según la norma transcrita, el actor tiene derecho a jubilarse con 55 años de edad, con 20 años de servicio y con el monto de la pensión, establecidos en el régimen anterior a la vigencia de la ley 100.

Monto, según el diccionario de la lengua, significa "Suma de varias partidas, monta." Y monta es "Suma de varias partidas." (Diccionario de la Lengua "Española", Espasa Calpe S.A., Madrid 1992, tomo II, páginas 1399-1396).

Advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra "monto" que cuando la ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100.

Por manera que si las personas sometidas al régimen de transición deben jubilarse con la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión gobernados por las normas anteriores a la ley 100, no ve la Sala cuáles son las demás condiciones para acceder al derecho, que según la última regla del inciso 2º en análisis se rigen por dicha ley.

De otro lado, la Sala también observa que en el inciso 3º del artículo 36, están previstos un ingreso base y una liquidación aritmética diferente a la que dedujo la Sala de la interpretación del inciso 2º, puesto que del monto que se rige por las normas anteriores se infiere un ingreso base regido igualmente conforme al ordenamiento jurídico anterior, lo cual pone de presente la redacción contradictoria de tales normas, que conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política a tener en cuenta la más favorable, o sea la primera regla del inciso 2º." CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A". Consejero ponente: NICOLÁS PAJARO PEÑARANDA. Sentencia del 21 de septiembre de 2000. Radicación número: 470-99. Actor: LAUREANO GUTIÉRREZ. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL.
En igual sentido: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A". Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Sentencia del 18 de febrero de 2010. Radicación número: 25000-23-25-000-2003-07987-01(0836-08). Actor: TERESA ROBLES-. Demandado: CAJA DE PREVISION SOCIAL DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA. CAPRESUB

"Ahora bien, dicha norma dispone en su artículo 1°; que el empleado oficial que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación, ***equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio****, por lo que el cuerpo normativo, que gobierna la liquidación pensional del actor se trata de las Leyes 33 y 62 de 1985.*

…

Ahora bien, en cuanto a los factores a tener en cuenta con base en las mencionadas disposiciones, ésta Sección en sentencia del 4 de agosto del 2010[9], concluyó que la Ley 33 de 1985, no indicó 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.

En suma, debe atenderse en la liquidación, aquellos emolumentos que percibió el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por la labor desempeñada.

La anterior decisión encontró respaldo en una tomada por la misma Sección el 9 de julio de 2009, cuando al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978[10], precisó que dicha disposición señalaba unos factores que debían ser entendidos como principio general sin que conllevara una relación taxativa de factores, pues de tomarse 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]"

Así las cosas, tanto la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, como el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación y por ende, es viable otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.

…

Teniendo en cuenta la normatividad aplicable al caso, el alcance que jurisprudencialmente se le ha dado y las directrices trazadas por los Jueces de la República en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido que para tales efectos se tengan en cuenta ***todos los factores que constituyen salario,*** *entendiendo como tal todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, vr.gr., primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones. En suma,*

---

[9] Proceso referenciado con el número 0112-09.

[10] Norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, a aquellos que se les aplica la Ley 6 de 1945.

[11] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia de 9 de julio de 2009, Ref: Expediente No. 250002325000200404442 01 (0208-2007), Actor: Jorge Hernández Vásquez.

aquellos acrecimientos que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios."[12]

Como conclusión de este numeral, para esta Corporación, el salario base de liquidación de la pensión debe incluir todos aquellos pagos que conforme a su naturaleza o norma especial son salario, posición esta uniforme, reiterada y pacífica a la fecha en nuestra jurisdicción.

Es importante tener en cuenta en este punto, el nuevo argumento, traído a colación por la entidad demandada apelante, referente a la posición jurisprudencial de la CORTE CONSTITUCIONAL, vertida en la sentencia C-258 de 2013, citada por el apelante, la que es reitera en la sentencia SU-230 de 2015, de la misma Corporación.

En primer lugar, la Sala parte de la base, como ya se expresó, que la posición de esta jurisdicción y de su órgano de cierre, es la de aplicar todos los elementos del régimen anterior, a quienes gozan del régimen de transición (edad, tiempo de servicio, monto, entendido este último como tasa de reemplazo e IBL), lo anterior, atendiendo que de la interpretación sistemática de los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, así se infiere del texto mismo de la primera de ellas, pues define el IBL de las pensiones previstas en sistema general de seguridad social en pensiones, es decir, las del régimen de transición no se regulan por esta normativa sino por las anteriores.

Igualmente, para la Sala, es claro que la posición asumida por la CORTE CONSTITUCIONAL en las sentencias en cita (C-258 de 2013 y SU-230 de 2015),

---

[12] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A". Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Sentencia del 24 de junio de 2015. Radicación No: 25000234200020120064101 (4521-13). Actor: GUSTAVO CAMARGO RINCÓN. Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-.
En igual sentido, de la misma Corporación, Sala, Sección, Subsección y Magistrado Ponente, Sentencia del 24 de junio de 2015. Radicación Nº: 25000232500020110070901. Número Interno: 2060-2013. Actor: ABELARDO RAMÍREZ GASCA. Demandada: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL-CAJANAL E.I.C.E EN LIQUIDACIÓN (Hoy totalmente liquidada).

posee una clara aplicación restrictiva, por las siguientes razones:

1. La sentencia C-258 de 2013, estudia la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, es decir, el régimen pensional de Representantes a la Cámara y Senadores, extensivo a Magistrados de Altas Cortes (artículo 28 del Decreto 104 de 1994) y ciertos funcionarios de la Rama Judicial, el Ministerio Público y órganos de control, como el Procurador General de la Nación (artículo 25 del Decreto 65 de 1998), el Fiscal General de la Nación, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, y los Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (artículo 25 del Decreto 682 de 2002). Las palabras mismas de la sentencia en estudio lo dicen en el aparte final del numeral 4.1.1., **Alcance del control constitucional rogado de las leyes,** que fijó el alcance del control ejercido en la misma, expresó:

> *"Por estas mismas razones, no es procedente la integración normativa con disposiciones legales que establecen o regulan otros regímenes especiales,* ***ni con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que consagra el régimen de transición****. Cabe señalar frente a este último, que la demanda de inconstitucionalidad propuesta por los ciudadanos no tiene por objeto atacar la existencia misma del régimen de transición, sino del régimen especial dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992."* (Negrillas para resaltar)[13]

En otras palabras, la argumentación sobre cómo interpretar el ingreso base de liquidación de las personas que gozan de régimen de transición, se limita a estos funcionarios, por lo que en este aspecto esta sería la *ratio decidendi* de la sentencia, y frente a cualquier otra aplicación o argumentación que en ella se contiene en torno al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la misma claramente sería *obiter dicta*, dado que este no es el fondo de la situación estudiada por la Corte[14].

---

[13] CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-258 de 2013. Aparte conclusivo del numeral **4.1.1. Alcance del control constitucional rogado de las leyes.**

[14] En este sentido, resulta ilustrativa la doctrina especializada sobre el tema y la misma posición de la CORTE CONSTITUCIONAL sobre el tema. *"Por su parte, la ratio dedicendi es la formulación general, más allá de las*

2. El sustento evidente de la sentencia C - 258 de 2013, es la sostenibilidad del sistema pensional en Colombia, en tanto, las excesivas pensiones, percibidas por los funcionarios atrás mencionados, resultaron afectándolo y quebrando la balanza que lo debe regir (homeóstasis). Si esta es la consideración, en casos como el tratado, si de aplicación analógica se trata, debería acudirse a efectuar un análisis similar, esto es, establecerse si pensiones como las de la parte accionante, afectan la sostenibilidad del sistema pensional, para lo cual, es evidente que ello solo sería posible, si se determinara que el pago de esta pensión es desproporcionada, lo cual exige una carga probatoria, que en este proceso no existe, por ende, no es susceptible de consideración y valoración.

3. En este mismo sentido, al no estar la CORTE CONSTITUCIONAL estudiando la constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en la sentencia ya referida, la interpretación que de esta norma hace la Corte no es *ratio decidendi* y por ello carece de la fuerza vinculante obligatoria que poseen sus fallos[15], dicha interpretación[16].

---

particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutiva. En cambio constituye un mero dictum, toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario." CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-047 de 1999.
Sobre el tema del precedente puede consultarse:

- López, D.E. (2006). Interpretación constitucional. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- López, D.E. (2006). El derecho de los jueces. Bogotá: Legis S.A.
- Cross, R. Harris, J.W. (2012). El precedente en el derecho inglés. Madrid: Marcial Pons.

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

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

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

4. En la SU-230 de 2015, se estudia una tutela en contra de la Sala Laboral de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, quien interpreta de tiempo atrás que el monto consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es lo referente al porcentaje o tasa de reemplazo y no al Ingreso Base de Liquidación, y la CORTE CONSTITUCIONAL en la sentencia en estudio de forma clara establece que esta interpretación es acorde a la constitución, ello *per se* no excluye otro tipo de interpretaciones en torno a dicha norma, pues de lo contrario se borraría de un tajo la independencia como pilar de la función judicial.

5. El CONSEJO DE ESTADO, en sentencia de unificación, limitó de forma clara la aplicabilidad de la sentencia C-258 de 2013, a aquellas pensiones que sean adquiridas después de la vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005, en el siguiente sentido:

> *"Ahora bien, como la demandante encuentra regulada su situación por el Decreto 546 de 1971 -que no por el Decreto 104 de 1994-, ello implica, que en esta oportunidad al reconocimiento pensional, no se aplican las restricciones determinadas por la Sentencia C-258 de 2013, pero* ***sí****, los condicionamientos a los que hace referencia el Acto Legislativo 1 de 2005, a partir de su vigencia -25 de julio de 2005-, en aras de la salvaguarda de la sostenibilidad del sistema pensional.*
>
> *Entonces, la Sala debe puntualizar en el mismo estándar de racionalidad seguido a lo largo de esta sentencia de unificación, que el referido Acto Legislativo 1 de 2005, modificatorio del artículo 48 de la Carta Política, precisó en el parágrafo 1° que,* ***"A partir del 31 de julio de 2010 no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes,*** *con cargo a recursos de naturaleza pública", y justamente, es el mismo Acto Legislativo el que menciona, en su artículo 1°, qué se entiende por causación del derecho pensional, al indicar que ello ocurre cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento; elemento capital para diferenciar la fecha en que se liquida la prestación de aquella en que el derecho como tal emerge a la vida jurídica."*[17]

[17] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN. CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN (E). Sentencia del 12 de septiembre de 2014. REF: Expediente No. 25000-23-

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

6. No puede perderse de vista, que la pensión es claramente un derecho de contenido social y por ello es un derecho humano, a la luz de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia, en especial de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988 (estos dentro del sistema Interamericano de Derechos Humanos), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (dentro del sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos) y el Texto de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo. Todos estos instrumentos internacionales, que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, consagran la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro de los que se puede clasificar las pensiones[18]. De estos instrumentos y de la progresividad, se ha inferido un

---

42-000-2013-00632-01 (1434-2014). Actor: GLADYS AGUDELO ORDÓÑEZ. Demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES -.

[18] El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, consagra: *"Artículo 11. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia."*
Por su parte el Protocolo de San Salvador, en su artículo 1, consagra: *"Artículo 1. Obligación de Adoptar Medidas. Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo."*
Adicionalmente, este protocolo, establece el derecho a la seguridad social y la protección de la vejez (artículo 9) y la protección de los ancianos (artículo 17).
El Texto de la Constitución de la OIT, regula en su artículo 19 numeral 8: *"8. En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier* ***ley, sentencia, costumbre*** *o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más*

principio aplicable a la protección de los derechos en estudio, y es la PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD[19], es decir, en los Estados partes de estos instrumentos, no pueden existir medidas legislativas o interpretativas que vayan en contra de las conquistas de los trabajadores[20], normas internacionales que no hacen otra cosa que materializar el Estado Social de Derecho y los fines del Estado (artículos 1 y 2 de la C.P.). Por lo dicho, la interpretación planteada por la CORTE CONSTITUCIONAL en las últimas posiciones frente al tema, interpretan de manera regresiva el derecho a la pensión y por ello, han de prevalecer las interpretaciones que materialicen la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, a la luz de los tratados internacionales suscritos por Colombia, ya traídos a colación, como lo es la posición unánime, uniforme y actual del CONSEJO DE ESTADO.

7. Al menos, como se dijo anteriormente, desde la sentencia de fecha 4 de agosto de 2010, expediente 012-2009, con ponencia del Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, de manera sólida y constante, por parte del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se ha venido pregonando la tesis que se expone en esta sentencia, frente a la reliquidación de pensiones por inclusión de factores salariales, lo que además de generar confianza legítima[21], en todo el sentido de la palabra, especialmente si se

---

favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación." (Negrillas para resaltar). De esta norma se ha deducido la prohibición de regresividad en materia laboral, tanto desde el punto de vista legal, como de la aplicación judicial del derecho laboral.

[19] Sobre este aspecto, puede consultarse: Courtts, C. (Compilador) (2006). Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia derechos sociales. Buenos Aires: Centro de Estudios Sociales. En línea: http://www.corteidh.or.cr/tablas/25896.pdf consultada el 19-08-2015.

[20] En este sentido, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, INFORME Nº 100/01. CASO 11.381. MILTON GARCÍA FAJARDO Y OTROS. NICARAGUA. 11 de octubre de 2001. En línea: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2001sp/Nicaragua11381.htm consultada el 19-08-2015.

[21] En sentencia T - 527 de 2011, la Corte Constitucional, sobre la **confianza legítima** señaló: *"A partir de la norma constitucional, esta Corporación expresó que la confianza legítima "consiste en que la administración por medio de su conducta uniforme hace entender al administrado que su actuación es tolerada. Es decir, que las acciones de la administración durante un tiempo prudencial hacen nacer en el administrado la expectativa de que su comportamiento es ajustado a derecho".* Siendo sus **elementos**: *"El principio de confianza legítima, particularmente, se basa en tres presupuestos: (i) la necesidad de preservar de manera perentoria el interés público; (ii) una desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre la administración y los administrados; y (iii) la necesidad de adoptar medidas por un período transitorio que adecuen la actual situación a la nueva realidad. De esta forma, el principio de buena fe, en su dimensión de confianza legítima, compele a las*

considera que las autoridades, cualesquiera que ellas fueren, deben guardar coherencia en sus decisiones, legitima principios como el de no regresividad o de progresividad que impera en materia laboral. Es de anotarse que tales principios han sido naturalizados así, por la Corte Constitucional:

> ***"2. Principio de progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos pensionales y expectativas legítimas ante eventuales reformas laborales***
>
> ***2.1.*** *El principio de progresividad de los derechos sociales, económicos y culturales (DESC) y la prohibición concomitante de la regresividad de éstos derechos se encuentra consagrado en el artículo 48 de la C.P que establece que, "El Estado, con la participación de los particulares, ampliará* ***progresivamente*** *la cobertura de la seguridad social…".*
>
> ***2.2.*** *Igualmente se debe tener en cuenta que el principio de progresividad y la prohibición de regresividad de los DESC se encuentran consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad[22], ya que específicamente se encuentran estipulados en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que establece que, "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga,* ***para lograr progresivamente****, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos". Del mismo modo en el artículo 11.1 del PIDESC se establece que, "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a* ***una mejora continua de las condiciones de existencia****..."[23].*
>
> ***2.3.*** *Por otra parte se ha venido introduciendo dicho principio a través de la recepción de los criterios dados por los Principios de Limburgo de 1987 y las Directrices de Maastricht de 1997, que son recomendaciones de implementación y comprensión de los derechos consagrados en el PIDESC elaboradas por expertos en el campo del derecho internacional y que se han convertido en una fuente directa*

---

autoridades y a los particulares a conservar una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos adquiridos y una garantía de estabilidad y durabilidad de la situación que objetivamente permita esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico"

[22] El artículo 93 de la C.P. establece que, "*Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"*. Con base en esta norma se ha introducido en Colombia la idea de que dichos tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos firmados y ratificados por Colombia, hacen parte del Bloque de constitucionalidad.

[23] Ver sobre el tema el libro compilado por Christian Courtis titulado "Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales", Buenos Aires, CELS, 2006.

para comprender la forma de aplicación e interpretación de estos derechos. Por ejemplo en la Directriz No 9 de Maastricht se estableció que el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, estipulado en el artículo 2 del PIDESC, no debe ser utilizado como pretexto para su incumplimiento, y que se debe garantizar los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos si no se cuenta con todos los recursos para atender a estos derechos[24]*.*

2.4. *Del mismo modo el Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, a través de sus Observaciones Generales, ha establecido criterios de interpretación del principio de progresividad, como el que se dio en la Observación No 14 relativa al derecho a la salud*[25] *en donde se dijo que "la progresividad no priva de contenido la obligación estatal, y por ello las medidas regresivas, que disminuyen una protección a la salud ya alcanzada, se presumen contrarias al Pacto". En estos eventos estableció el Comité, que el Estado tiene que demostrar que esas medidas eran necesarias y que "se han aplicado tras el examen exhaustivo de todas las alternativas posibles"*[26]*.*

2.5*. Finalmente se debe tener en cuenta que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se encuentra consagrado dicho principio cuando en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) se establece que, "Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr* ***progresivamente*** *la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados". Del mismo modo se consagra dicho postulado en el artículo 4º del Protocolo de San Salvador, que establece que, "No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, so pretexto de que el Presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado".*

2.6. *En cuanto a la recepción de dicho principio en la jurisprudencia constitucional se debe citar en primer lugar la Sentencia SU-225 de 1997*[27] *que*

---

[24] Esta misma idea se da en la Observación General No 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas que estableció que, "*El concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente no podrá lograrse en un período corto de tiempo. Sin embargo, el hecho de que el Pacto prevea que la realización requiere un cierto tiempo, en otras palabras sea progresiva, no debe ser malinterpretado en el sentido de privar a la obligación de todo contenido significativo…*".

[25] *Dicha observación se produjo el 11 de mayo de 2000 en el periodo No 22 de Sesiones en donde el Comité adoptó la "Observación General No 14 relativa al disfrute del más alto nivel de salud (art. 12 de la Convención)".*

[26] *Párrafo 32. Observación citada en la Sentencia C-671 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).*

[27] *M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta Sentencia también se consagró la "Cláusula de erradicación de las injusticias presentes", en donde se ordena a las autoridades estatales adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la vacunación gratuita para prevenir meningitis a niños pertenecientes a sectores históricamente marginados. Como se establece en la Sentencia*

establece que la progresividad de los derechos sociales hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores de cada uno de éstos derechos e implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección no se puede retroceder frente al nivel de protección al que se ha llegado o conseguido. Igualmente se ha acogido dentro de la jurisprudencia de la Corte la interpretación del principio de no regresividad que han dado los organismos internacionales en el sentido de que el mandato de progresividad de los DESC no excusa al Estado del cumplimiento del deber de que con el máximo de los recursos disponibles se provea por la cobertura universal de los contenidos de éstos derechos[28].

2.7. *Del mismo modo la jurisprudencia constitucional estableció que el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección de un derecho social existe prima facie la presunción de inconstitucionalidad de todo retroceso y la necesidad de realizar un juicio de constitucionalidad más severo en el caso de que se presenten legislaciones regresivas de éstos derechos[29]. Sobre esta presunción de inconstitucionalidad prima facie del retroceso en materia de derechos sociales se dijo en la Sentencia C-038 de 2004 que,*

"El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como ***una prohibición prima facie***. ***Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo****. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social".*

2.8. *Igualmente en la Sentencia C-038 de 2004[30] se empezó a sentar las bases*

C-727 de 2009 (M.P María Victoria Calle), esta jurisprudencia ha sido reiterada en otras sentencias, como por ejemplo la T-177 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz); T-840 de 1999 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-772 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda).

[28] Por ejemplo en la Sentencia C-671 de 2002 en donde se dijo que, "*La progresividad hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de esos derechos sociales prestacionales, pero ese mandato de progresividad no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, coberturas universales de los contenidos mínimos de esos derecho*…". En el mismo sentido la Sentencia C-251 de 1997 (F.j. 8 y 9), Sentencia SU- 225 de 1998 (F.j. 11), Sentencia SU-624 de 1999, C-1165 y C-1489 de 2000.

[29] Por ejemplo en la Sentencia C-251 de 1997 (F.j 8), SU- 624 de1999, C-1165 y 1489 de 2000 y C-671 de 2002.

[30] M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

de un "test de no regresividad", para que el control de constitucionalidad sea más estricto[31]. En dicha Sentencia la Corte estableció que cuando se constata la regresividad de un derecho de pensiones a través de una reforma, se debe estudiar (i) si con la reforma no se desconocieron derechos adquiridos; (ii) si se respetaron con la reforma los principios constitucionales del trabajo;[32] y (iii) si las reformas se encuentran justificadas conforme al principio de proporcionalidad y razonabilidad.

2.9. *Del mismo modo se debe resaltar que el test de proporcionalidad en materia de regresividad de los derechos sociales ha utilizado los tres pasos que se plantean en el juicio de igualdad, es decir el principio de* ***idoneidad*** *que consiste en verificar si la medida regresiva tiene un fin constitucionalmente legítimo y un presupuesto constitucional que la justifique, en segundo lugar el presupuesto de* ***la necesidad*** *en donde se valora si de todas las medidas posibles, la que escogió el legislador es la menos regresiva, hasta llegar hasta al último paso del test de verificar la* ***proporcionalidad en sentido estricto*** *que consiste en confrontar el principio de no regresividad con otros principios constitucionales como la garantía de sostenibilidad del sistema o los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia cuando se trata de valorar el sistema de seguridad social, para establecer si en el caso concreto se presenta un mayor menoscabo del principio de progresividad frente al principio constitucional que se enfrenta a éste. Así por ejemplo en la Sentencia C-038 de 2004 se dijo que si se utiliza como presupuesto de justificación de la regresividad de un derecho social el fomento del empleo se debe constatar, "(i) que las medidas no fueron tomadas inopinadamente sino que se basaron en un estudio cuidadoso, y (ii) que el Congreso analizó otras alternativas, pero consideró que no existían otras igualmente eficaces que fueran menos lesivas, en términos de la protección del derecho al trabajo. Y (iii) finalmente debe el juez constitucional verificar que la medida no sea desproporcionada en estricto sentido, esto es, que el retroceso en la protección del derecho al trabajo no aparezca excesivo frente a los logros en términos de fomento del empleo".*

2.10. *Por otra parte y en cuanto a la aplicación del principio de progresividad y prohibición de regresividad específicamente* ***en materia de pensiones****, se constata que la Corte acogió la regla de la presunción de inconstitucionalidad prima facie y el control estricto de constitucionalidad mediante la verificación de la proporcionalidad del retroceso utilizando el "test de no regresividad". Sin embargo, se debe subrayar que en este caso ha valorado especialmente si se trata de retrocesos*

---

[31] Negrillas fuera del texto.

[32] En el artículo 53 de la C.P. se consagra los principios de igualdad de oportunidad para los trabajadores, remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en casos de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho; primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad; el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones legales.

de "meras expectativas" o de "derechos adquiridos"[33] y ha establecido una categoría intermedia de protección que denominó "expectativa legítima."[34]

Señalándose en consecuencia, que aceptar la tesis SU-230 de 2015, en todo su rigor, no es acoger un precedente, sino atentar contra los mentados principios, obligatorios por mandato constitucional y de convencionalidad.

8. Por ello, en caso de que la norma (el artículo 36 de la Ley 100 de 1993) genere duda en su interpretación, la misma debe solventarse a favor del trabajador, en aplicación del principio general del derecho laboral del *in dubio pro operario*, consagrado en el artículo 53 de la C.P.

9. Con fundamento en el mismo principio, toda interpretación que se haga de las fuentes formales del derecho, y la jurisprudencia lo es conforme lo consagra el C.P.A.C.A. y lo ha interpretado de forma unánime la Corte Constitucional[35], debe realizarse a favor del trabajador, por lo que existiendo posiciones jurisprudenciales que soportan las dos interpretaciones estudiadas (el monto no incluye el IBL por lo que este se encuentra regido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 – el monto incluye porcentaje e IBL por lo que este se encuentra regulado por la normativa anterior) debe aplicarse la que favorece el derecho en discusión del trabajador, es decir, para el caso concreto la segunda de las interpretaciones del alcance del IBL.

10. Suma a favor de la interpretación acá planteada, principio de la inescindibilidad del régimen o la normativa aplicable[36], pues el planteamiento

---

[33] Sobre las posiciones jurisprudenciales que ha tenido la Corte en materia de prohibición de regresividad de los derechos sociales ver especialmente la Sentencia C-663 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda). Igualmente el artículo de Rodrigo Uprimny y Diana Guarnizo titulado: *"¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana"*. En: http://www.dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=2&id_publicacion=180.

[34] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-228 de 2011.

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

[36] Sobre este punto, ha dicho la doctrina: *"Ahora bien, como se trata de diferentes regímenes pensionales, debe tenerse presente que la selección de uno u otro comporta la aceptación de todas sus condiciones, sin que sea jurídicamente posible acoger solamente lo favorable de uno y de otro, en razón del principio de inescindibilidad que rige la interpretación de la ley. Código Civil. Art. 31. "Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación.*

> de las últimas providencias referenciadas de la Corte Constitucional, toma elementos del régimen anterior y los amalgama con los de la Ley 100 de 1993, sin aplicar íntegramente una de las normativas.

Por lo tanto, para este operador judicial, en ejercicio de su independencia y autonomía, atendiendo los anteriores argumentos, se inclina a aplicar en este caso, la posición del CONSEJO DE ESTADO y desecha la de la CORTE CONSTITUCIONAL planteada en sus decisiones ya referidas (C-258 de 2013 y SU-230 de 2015) e interpreta que el monto incluye el Ingreso Base de Liquidación de la pensión, el que se encuentra regido por las normas anteriores, para nuestro caso, las Leyes 33 y 62 de 1985.

Basten las anteriores consideraciones legales, interpretativas, y jurisprudenciales para estudiar:

2.4. CASO CONCRETO.

Una vez analizado el *sub lite* a la luz del acervo probatorio existente en el proceso, este Cuerpo Colegiado precisa, que se encuentra debidamente probado que el señor ELMO JOSÉ AVENDAÑO CARABALLO, el día 12 de febrero de 2009[37] presentó ante el ISS, hoy Colpensiones, solicitud de reconocimiento pensional, al considerar que cumplía con los requisitos para ello.

Asimismo se encuentra acreditado que, con motivo de dicha solicitud, por intermedio de la Resolución No. 18981 del 15 de septiembre de 2009[38], el Instituto de los Seguros Sociales –ISS-, negó la solicitud de pensión de vejez del actor. Contra dicho acto se

---

La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes".” CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. Concepto del 9 de marzo de 2006. Radicación 1718.

[37] Tal como se indica en los considerandos de la Resolución No. 18981 del 15 de septiembre de 2009, visible a folio 36 y 37.

[38] Fol. 36 y 37.

interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, siendo confirmada en todas sus partes mediante las Resoluciones No. 0005523 del 09 de abril de 2010[39] y No. 1916 del 30 de junio de 2010[40].

Ahora bien, para la fecha de vigencia del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, 1º de abril de 1994, el señor ELMO JOSÉ AVENDAÑO CARABALLO tenía 40 años cumplidos[41], por lo que es beneficiario del régimen de transición y por ende su pensión regida plenamente por las Leyes 33 y 62 de 1985 (conforme ya se fijó, en torno a la edad y monto, interpretado este como porcentaje o tasa de reemplazo e Ingreso Base de Liquidación).

En este aparte, se recuerda que, contrario a lo señalado por la entidad demandada en el escrito de alegatos de segunda instancia, el régimen pensional contemplado en la Ley 33 de 1985 está destinado para los servidores públicos, donde se incluyen los todos los tipos de vinculación laboral con la administración, por lo que resulta intrascendente establecer el tipo de esta para efectos de determinar la normativa aplicable.

Con base en lo anterior, y atendiendo a los requisitos exigidos por la Ley 33 de 1985 para ser beneficiario de la pensión de vejez, tenemos que el actor cumple con ellos a cabalidad.

En cuanto al tiempo de servicio, y contrario a lo considerado por el recurrente en el escrito de apelación, en el plenario se encuentra acreditado que el señor ELMO JOSÉ AVENDAÑO CARABALLO prestó sus servicios así:[42]

---

[39] Folios 38 y 39.
[40] Fol. 40 a 44.
[41] A folio 23 del expediente se observa copia autenticada del registro de nacimiento, en donde se señala que nació el 05 de diciembre de 1953.
[42] De acuerdo con certificación visible a folio 25 expedida por el Secretario General Administrativo y de Gobierno del Municipio de Corozal, de fecha 05/02/2009, y folio 31, certificación laboral No. 0173, expedido por funcionario autorizado de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, de fecha 11 de febrero de 2003.

Entidad	Tiempos de servicio	Total laborado
Municipio de Corozal	01/02/1977 a 30/12/1979	2 años, 11 meses
Municipio de Corozal	16/01/1980 a 30/08/1980	7 meses, 14 días
Municipio de Corozal	03/11/1980 a 31/12/1982	2 años, 1 mes, 28 días
Municipio de Corozal	10/09/1984 a 30/07/1987	2 años, 10 meses, 20 días
Caja Agraria	03/08/1987 a 27/06/1999	11 años, 10 meses, 24 días
Total		**20 años, 5 meses, 26 días**

Por otro lado, como quiera que el actor nació el día 5 de diciembre de 1953, se advierte que cumplió los 55 años de edad, el mismo día y mes del año 2008, cumpliendo así con todos los requisitos exigidos por la norma en mención, por lo que no resulta aplicable el Acto Legislativo No. 01 de 2005, dado que antes de su vigencia el actor poseía el tiempo de servicios necesario para estructurar su derecho pensional.

Así pues, el señor ELMO JOSÉ AVENDAÑO CARABALLO tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, equivalente al 75% del promedio de todos los factores devengados en el último año de servicios, es decir, entre el 27 de junio de 1998 y el 27 de junio de 1999, fecha de retiro del servicio, incluyendo el derecho a la indexación de la primera mesada, dado que dejó de prestar sus servicios al Estado el 27 de junio de 1999 y adquiriendo el estatus de pensionado el 5 de diciembre de 2008[43].

Dilucidado lo preliminar, analizada la causa jurídica a la luz del concepto de la violación presentado, es claro que efectivamente los actos administrativos demandados han trasgredido las normas violadas pretendidas por el accionante, dado que cumple con los requisitos necesarios para acceder al reconocimiento de su pensión de jubilación, teniendo en cuenta lo estipulado en las Leyes 33 y 62 de 1985, debiéndose calcular el IBL de acuerdo con las preceptivas señaladas, esto es, el promedio de lo devengado en el último año de servicios e incluyendo la totalidad de los factores salariales legales devengados en el mismo término, indexando su

[43] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-131 de 2013. MP. ALEXEI JULIO ESTRADA.

primera mesada pensional, atendiendo a los principios de favorabilidad y progresividad de los derechos laborales, esto en aras de propender por la condición más beneficiosa para el trabajador, en aplicación del principio constitucional laboral aludido de la favorabilidad y en aplicación de la posición jurisprudencial del CONSEJO DE ESTADO sobre el tema, como ya se explicó.

Finalmente, con relación al tema de la prescripción, encuentra la Sala que si bien el derecho a la pensión surgió a partir del 5 de diciembre de 2008, fecha en que el actor cumplió los 55 años de edad y por ende se hizo exigible el derecho, lo cierto es que el demandante interrumpió el término de prescripción trienal el 12 de febrero de 2009, con la solicitud pensional, no obstante, presentó la demanda el día 29 de abril de 2014[44], y como quiera que solo se puede interrumpir dicho término prescriptivo una sola vez, se encuentran prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 29 de abril de 2011, tal como lo indicó el *A quo*.

En consecuencia sin ahondar en mayores disquisiciones, dispondrá esta Judicatura **ADICIONAR** el numeral TERCERO con el tema de la indexación de la primera mesada pensional, **CONFIRMANDO** en lo demás, la sentencia objeto de alzada.

2.5. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. y por la no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la demandada apelante, a favor del demandante. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

---

[44] Fol. 21 C. Ppal.

3. CONCLUSIÓN:

A guisa de conclusión, la Sala considera que los actos administrativos objetos de censura, vulneraron las normas pretendidas por el extremo activo, por lo que su presunción de legalidad se encuentra desvirtuada y por tanto ha de **ADICIONAR** el numeral TERCERO con el tema de la indexación de la primera mesada pensional, **CONFIRMANDO** en lo demás, la sentencia objeto de alzada su declaratoria de nulidad.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: ADICIÓNESE el numeral **TERCERO** de la sentencia del 21 de abril de 2015, proferida por el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, el que quedará así:

> ***"TERCERO:*** *Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho,* ***ORDÉNESE*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, reconocer, liquidar y pagar la pensión mensual vitalicia de jubilación del señor ELMO JOSÉ AVENDAÑO CARABALLO, establecida en la Ley 33 de 1985, es decir, con el 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicio, previo a la adquisición del estatus, los cuales son: Asignación básica y prima de antigüedad, respecto de esta por ser percibida una sola vez al año, se hará sobre la doceava parte.*
>
> *Una vez obtenida la anterior base, la misma se indexará con la siguiente fórmula:*
>
> $$Ra = Rh \times \frac{IPC\ FINAL}{IPC\ INICIAL}$$
>
> *Donde el valor Ra se determina multiplicando el valor histórico, que es el promedio de lo devengado por la demandante durante el último año de servicio, por el guarismo que resulte*

de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, vigente a la fecha a partir de la cual se reconoce la pensión de jubilación, es decir, a partir del 5 de diciembre de 2008, por el vigente a la del retiro del servicio (junio de 1999), la cual tendrá efectos fiscales a partir del 29 de abril de 2011 por la prescripción declarada."

En lo demás, **CONFÍRMESE** la sentencia apelada, según lo expuesto en los considerandos de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la parte demandada apelante y a favor del demandante. En firme la presente providencia, por el *A quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

El proyecto de esta providencia fue estudiado, discutido y aprobado por la Sala en sesión del día de hoy, según Acta Nº 145.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ