

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 005

Santiago de Cali, enero veinticuatro (24) de dos mil diecisiete (2017).

Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO LABORAL
Radicación	76001333300520140000800
Demandante	MARÍA LILIANA CRUZ QUINTERO
Demandado	COLPENSIONES
Juez	CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, instaurado a través de apoderado judicial, por la señora MARÍA LILIANA CRUZ QUINTERO, en contra de la COLPENSIONES.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

La demanda solicita¹:

- 1.1. Declarar la nulidad del Acto administrativo ficto, por medio del cual COLPENSIONES antes ISS, niega reliquidar pensión de sobreviviente a favor de la demandante teniendo en cuenta el 75 % del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios por encontrarse en el régimen de transición al tenor del artículo 1 de la Ley 33 de 1985.
- 1.2. A título de restablecimiento del derecho reconocer y pagar a la demandante el reajuste pensional teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados (prima de vacaciones, vacaciones, prima de junio y prima de navidad), por quien en vida se llamó JOSÉ FERNANDO ARANGO GUTIÉRREZ, quien fuera el compañero de la demandante.
- 1.3. Condenar a COLPENSIONES a pagar diferencias pensionales que se originan entre la pensión de sobreviviente reconocida y la que tiene derecho

¹ Folios 75 al 94

la demandante desde febrero 5 de 1996, más los incrementos moratorios determinados o que se determinen, así como intereses moratorios.

- 1.4.** Ordenar a COLPENSIONES efectuar ajustes conforme a la Ley 71 de 1988.
- 1.5.** Condenar a COLPENSIONES a pagar los ajustes pensionales con base en el IPC o al mayor valor de las sumas que sea condenada, y a cumplir el fallo según los artículos 176, 177 y 178 del C. C. A.
- 1.6.** Condenar en costas a COLPENSIONES.

2. HECHOS

- 2.1.** LILIANA CRUZ QUINTERO fue beneficiaria de pensión de sobreviviente de JOSE FERNANDO ARANGO GUTIERREZ, según consta en la Resolución No. 4819 de mayo 12 de 2003, expedida por el ISS.
- 2.2.** El señor JOSE FERNANDO ARANGO GUTIERREZ laboró un total de 18 años, 6 meses y 7 días, en diferentes entidades oficiales según su carpeta administrativa.
- 2.3.** El señor ARANGO GUTIERREZ cotizó al sistema General de Pensiones 508 días y según el tiempo laborado corresponde a 606 semanas – 4248 días.
- 2.4.** El ISS reconoció y ordenó pagar a favor de la demandante los siguientes valores:

Año 1996: \$196.948

Año 1997: \$239.548

Año 1998: \$281.900

Año 1999: \$328.977

Año 2000: \$359.342

Año 2001: \$390.784

Año 2002: \$420.679

Año 2003: \$450.084

- 2.5.** El ISS liquidó la pensión del señor ARANGO GUTIERREZ tomando como base 45 % más 2 % por cada 50 semanas de cotización adicionales a las

primeras 500 semanas de cotización sin que exceda el 75 % del ingreso base de liquidación.

- 2.6.** Al momento de liquidar la pensión no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales, que corresponde además del salario a prima de vacaciones, prima de navidad y prima de junio.
- 2.7.** El 27 de septiembre de 2012, la apoderada de la demandante solicitó reliquidación de la pensión la cual nunca fue respondida y han transcurrido más de 3 meses sin respuesta frente al tema.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La demanda señala como normas violadas la Constitución Nacional artículos 2, 6, 53, 58 y 250; Ley 33 de 1985, artículos 1º y 3; Decreto 1045 de 1978, Ley 62 de 1985 y Ley 100 de 1993, artículos 11, 36 y 141.

La entidad demandada no ha respetado pronunciamientos jurisprudenciales acerca del régimen de transición que cubre al demandante, según el número de semanas cotizadas, por el hecho de trabajar para el Estado por más de 18 años, para cuyos efectos cita textualmente algunas de las disposiciones enunciadas así como la jurisprudencia emitida al respecto, tanto de la jurisdicción ordinaria como de la jurisdicción constitucional² en armonía con el principio de favorabilidad.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda³, por cuanto considera que al tenor del artículo 2 de la Ley 153 de 1887, la ley posterior prevalece sobre la ley anterior, y como el compañero de la demandante no cotizó lo suficiente según Ley 100 de 1993, Decretos 1748 de 1995, 1474 de 1997, 1513 de 1998 y 13 de 2012, se debió tener en cuenta el Decreto 1158 de 1994 en armonía con el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, por lo cual se aplicó el 49 % de \$196.948 a partir de marzo 1 de 1996. Cita igualmente jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado y plantea como excepciones la inexistencia de la obligación, la prescripción y la innominada.

² Folios 75 al 94 y 96 al 102

³ Folios 119 al 125

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- 5.1. La parte demandante reitera lo afirmado en la demanda con relación a los valores liquidados, que no tuvieron en cuenta todos los factores salariales devengados por el compañero permanente de la demandante y por llevar más de 10 años vinculado tenía que aplicarse íntegramente la Ley 33 de 1985 y a su modificatoria Ley 62 del mismo año, en armonía con la jurisprudencia que nuevamente transcribe⁴.
- 5.2. Afirma que para el proceso no resulta aplicable la Sentencia SU 230 de 2015 (expedida con posterioridad a la litis que nos ocupa), y que en aplicación del principio de Favorabilidad de que tratan los artículos 48 y 53 de la Carta Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, se debe aplicar lo dicho en las sentencias del Consejo de Estado de agosto 4 de 2010, en armonía con las sentencias C – 634 de 2011 y T 832 A de 2013, proferidas por la Corte Constitucional y la sentencia de junio 24 de 2015 (radicación 2011 – 00709), proferida por el Consejo de Estado que desarrollan el principio de inescindibilidad de la Ley.
- 5.2. La parte demandada, se ratifica en la argumentación establecida en la contestación de la demanda, con relación a la interpretación de los artículos 36 y 48 y para el efecto invoca la sentencia SU – 230 de 2015 y jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público no conceptuó.

7. CONSIDERACIONES

7.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES

El despacho se abstendrá de resolver preliminarmente las excepciones de mérito consistentes en inexistencia de la obligación demandada e innominada, propuestas por la parte demandada, puesto que se refieren al fondo del asunto y

⁴ Folios 150 al 156

serán analizadas y resueltas dentro de las consideraciones que con posterioridad se enunciarán.

En cuanto a la excepción de Prescripción, por afectar parcialmente los resultados del proceso, en relación con unas mesadas y no con el derecho que le asiste al demandante, igualmente será definida posteriormente.

7.2. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al acontecer procesal, para resolver de fondo el presente medio de control, y atendiendo la fijación del litigio hecha en la audiencia inicial, debe el Despacho determinar si procede el reajuste de la pensión de jubilación de la demandante en su condición de compañera supérstite, tomando en cuenta el 75% del ingreso base de liquidación constituido por la totalidad de los factores de salario devengados por el trabajador y cotizante durante el último año de servicios.

Lo anterior sobre la base de considerar que la pensión que se pretende reliquidar, fue reconocida a beneficiarios de una persona que no obstante pertenecer al régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no había reunido los requisitos a efectos de acceder al derecho a la pensión, ya que aún no reunía el requisito de edad y en total de tiempo de servicios, acreditó 606 semanas y 508 días de cotización; no obstante sus beneficiarios accedieron al derecho, por la circunstancia especial de que dentro del último año el trabajador cotizó más de 32 semanas, con sustento en los artículos 46 literal b numeral 2º y 48 de la Ley 100 de 1993.

7.3. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

Para resolver el problema jurídico antes planteado, se procederá a:

- 7.3.1. Analizar el contenido y alcance del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993;
- 7.3.2. Identificar los factores salariales que hacen parte del ingreso base de liquidación pensional con arreglo al régimen reclamado;
- 7.3.3. Determinar el régimen pensional que se debe aplicar a la demandante;
- 7.3.4. Efectuar una relación de los hechos probados en el presente asunto;

7.3.5. Determinar si en el **caso concreto**, le asiste o no al demandante el derecho reclamado.

7.3.1. CONTENIDO Y ALCANCE DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993

El Sistema de Seguridad Social en Colombia, establecido a través de la Ley 100 de 1993, en aras de garantizar los derechos adquiridos y las expectativas legítimas respecto de normas anteriores, consagró en su artículo 36 un régimen de transición que a continuación se describe:

“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.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les 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. (...).~~

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”.

Aunque dicha disposición, fue objeto de reformas posteriores a través de las Leyes 797 y 860 de 2003, el contenido de la reforma fue declarado inexecutable según las sentencias C 056 de 2003 y C – 754 de 2004, lo cual significa que se mantiene incólume el texto precisado al momento de expedición de la Ley 100 de 1993.

El régimen de transición previsto para quienes a la entrada vigencia del sistema general de pensiones fijado por la Ley 100 de 1993 (bien sea abril 1 de 1994 en términos generales, o junio 30 de 1995 para empleados territoriales), beneficia exclusivamente a quienes hubieren cumplido 35 o más años si se trata de mujeres

o 40 o más años en el caso de los hombres o 15 años o más de servicios cotizados; teniendo en consecuencia la posibilidad de acceder a la pensión, con base en los requisitos de tiempo, edad y monto de la pensión establecidos en la normatividad de vigencia anterior a la de la Ley 100 de 1993, bien sea que se trate de regímenes especiales o de normas generales de carácter pensional.

De cara la interpretación acerca del contenido y alcance de este régimen, se ha pronunciado ampliamente el Consejo de Estado, aclarando que cuando una persona se encuentra en régimen de transición, en virtud del principio de inescindibilidad, el régimen que corresponda aplicar debe aplicarse íntegramente. Es decir, se aplica una sola norma para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión del aspirante a pensionarse y no de manera parcial, como al parecer lo han venido haciendo algunas entidades encargadas de la liquidación de pensiones de empleados que se encuentran en tal condición.

Para una mejor comprensión del tema, el Despacho se permite citar *in extenso* la sentencia que refleja la posición más relevante de la referida Corporación sobre el particular⁵:

“(…) 2.1 Contenido y Alcance del Régimen de Transición.

“El régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, constituye un mecanismo de protección establecido por el Legislador para regular el impacto del tránsito legislativo en materia pensional, de manera que el mismo no afecte desmesuradamente a quienes si bien no han consolidado el derecho a la pensión por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa válida de obtenerlo conforme al régimen que les venía cobijando por estar próximos a su consumación.

“La previsión legal de un régimen de transición en el marco de un nuevo sistema pensional, implica para quienes a la entrada en vigencia del mismo reúnen los supuestos de hecho allí establecidos (edad o tiempo servido), el reconocimiento de su derecho pensional con fundamento en el régimen anterior al que se encontraban afiliados, es decir, el mantenimiento de las condiciones bajo las que aspiraban a concretar su derecho pensional, pues ello hace razonable su configuración legal.

*“Debe precisar la Sala respecto al régimen de transición analizado que, por la naturaleza constitucional de los derechos que ampara y por la finalidad inmersa en su previsión legal, quienes configuraron a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 los supuestos de hecho establecidos por el Legislador para acceder al mismo **gozan de un derecho oponible** pues al consolidar la situación jurídica prevista en la Ley se activa a su favor el dispositivo de amparo que ésta consagró y habilitó legítimamente para tal efecto, que corresponde a la protección del sistema pensional que les cobijaba con anterioridad al nuevo sistema.*

*“De lo anterior se infiere **el contenido jurídico vinculante de los sistemas de transición - particularmente el previsto en la Ley 100 de 1993- y la protección que asiste a las personas inmersas dentro de los mismos**, pues la transición se erige entonces como un derecho cierto y no como una simple expectativa modificable por el Legislador, derecho que implica para éstas la habilitación del ordenamiento que cobijaba su derecho pensional antes del cambio Legislativo, en aras de la consolidación y reconocimiento del mismo bajo las reglas allí contenidas en cuanto a la totalidad de elementos que lo componen, es decir, respecto de la edad, el tiempo de servicios, las cotizaciones, el porcentaje y monto pensional, entre otros.*

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de febrero 18 de 2010, C.P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Radicación número: 25000-23-25-000-2003-07987-01(0836-08).

“No cabe duda alguna para concluir entonces, que todas aquellas personas cobijadas por los sistemas de transición en seguridad social, por encontrarse dentro de los supuestos establecidos por el Legislador para tal efecto, pese a no disfrutar del derecho pleno de pensión, poseen derechos ciertos a que el decreto de su pensión y el tratamiento de los demás elementos que se desligan de ésta, respeten la oponibilidad de una situación jurídica consolidada al abrigo del ordenamiento anterior que por tal virtud se les ampara.

“Bajo ésta perspectiva se analizará el contenido del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

“El inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció:

“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.

“De acuerdo con lo anterior, se encuentran cobijados por el régimen de transición en comento, los trabajadores que a la entrada en vigencia de la mencionada Ley (1° de abril de 1994 para empleados del orden nacional y 30 de junio 1995 para empleados territoriales de conformidad con el artículo 151 ibidem) contaran con 35 años de edad o más si son mujeres o con 40 años de edad o más si son hombres, o con 15 o más años de servicios cotizados, para quienes las condiciones de acceso al derecho pensional como la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, se regirían por la normatividad establecida en el régimen anterior al que se encontraran afiliados.

*“Para la Sala es claro -como se expuso en párrafos precedentes-, 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**, posición que ha constituido una constante en el tratamiento jurisprudencial del tema y que se adopta una vez más por la Sala, de manera pues que se descarta en principio o al menos en cuanto al contenido y alcance del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 una escisión en cuanto al manejo normativo y aplicación de los elementos que componen y determinan el derecho pensional de los beneficiarios de dicho régimen.*

“Ahora, si bien en la práctica, la Administración ha reducido el alcance del régimen de transición únicamente a la aplicación de la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, entendiendo éste último como el porcentaje de una suma promediada, lo cierto es que la expresión “monto” en criterio de la Sala comprende los diversos elementos que pueden involucrarse en el cálculo del quantum pensional, es decir, en la liquidación aritmética del derecho.

“En efecto, si el régimen de transición constituye para el empleado inmerso en su delimitación legal, el derecho al amparo de las condiciones de acceso al derecho pensional vigentes a su favor al momento de operar un cambio legislativo, lo que implica la regulación total de su pensión bajo las mismas, no puede desconocerse dicho beneficio y desmembrarse el derecho so pretexto de la interpretación de la terminología utilizada por el Legislador y menos aún en detrimento del quantum pensional a que aspiraba el empleado, lo que permite concluir que el derecho al régimen de transición comprende el beneficio normativo del régimen anterior respecto de la totalidad de aspectos con capacidad de afectar el derecho pensional del empleado (...)” (Subrayas fuera de texto).

Respecto al mismo tema y adoptando idéntica posición, la referida Corporación en sentencia de unificación de agosto 4 de 2010 manifestó⁶:

*“(…) Entre tanto, como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, **cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce***

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 4 de agosto de 2010, C.P. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación y así lo solicitó en la demanda'(...)"

De acuerdo con el criterio del Consejo de Estado, la liquidación de las pensiones de los servidores que gozan del régimen de transición, se realiza conforme al régimen pensional general o especial anterior que les fuere aplicable, reiterando que el mismo deberá ser empleado de forma íntegra.

Es importante tener en cuenta, que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra la posibilidad de aplicar a los servidores públicos que gozan del régimen de transición la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión con el régimen anterior a dicha Ley; por lo tanto, acogiendo el criterio interpretativo del Consejo de Estado, debe entenderse que el término **monto de la pensión**, comprende tanto el porcentaje o tasa de reemplazo como el ingreso base de liquidación contenidos en la disposición aplicable con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

De otra parte, el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación de febrero 25 de 2016⁸, consideró prudente pronunciarse sobre los alcances de las sentencias SU - 230 de 2015 y C - 258 de 2013 proferidas por la Corte Constitucional y sobre los criterios llamados a aplicar al interior de la jurisdicción contenciosa administrativa sobre el tema que nos ocupa, en la siguiente forma:

"(...) Ahora bien, uno de los argumentos que se consignaron en la sentencia C-258 de 2013 al declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, considerada como una legislación de privilegio con respecto a la generalidad de las pensiones de los colombianos, fue el relacionado con la aplicación "ultra activa de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicio o cotizaciones y tasa de remplazo" señalándose respecto de ese régimen, que "el ingreso base de liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia del artículo 36". La Sala considera que este argumento no se puede interpretar por fuera del contexto de la sentencia C-258 de 2013 de la Corte Constitucional, ni se puede generalizar y por ende aplicar como precedente a otros regímenes, pues ello afectaría a un considerable grupo de ciudadanos que no hacen parte de los pensionados con prerrogativas o privilegios, ni constituyen reconocimientos que conlleven afectación al principio de sostenibilidad financiera.

"Aunado a lo anterior, y como ya se expuso en esta providencia, las interpretaciones del Consejo de Estado han sido uniformes desde hace 20 años respecto al concepto de "monto", entendiendo que "monto" e "ingreso base de liquidación" conforman una unidad conceptual, por lo que no puede generarse una fusión de regímenes al escindir el monto del ingreso base de liquidación, determinándose el monto con la normatividad aplicable antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y el ingreso base con lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

"De otro lado debe anotarse que la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 expuso en relación con el privilegio no justificado del régimen especial de los congresistas que: "...Para estas

⁷ Al respecto ver la sentencia del 13 de marzo de 2003, proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda de esta Corporación, Consejera ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero, Radicación número: 17001-23-31-000-1999-0627-01 (4526-01), Actor: Carlos Enrique Ruiz Restrepo, Demandado: Universidad Nacional de Colombia.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de febrero 25 de 2016, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Expediente: 25000234200020130154101; Referencia: 4683-2013.

personas el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultra activa de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicio o cotizaciones y tasa de remplazo. El ingreso base de liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia del artículo 36. Hecha esta aclaración, **la Sala considera que no hay una razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de ingreso base de liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad...**. (Negrilla fuera del texto original).

“De la transcripción anterior, se advierte por la Sala que la regla respecto a cómo se establece el ingreso base de liquidación de las pensiones reguladas por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, no se puede generalizar, pues como ya se anotó, se hace necesario el estudio de los fundamentos de los regímenes especiales de los servidores públicos que no precisamente consagran ventajas injustificadas frente a la forma de establecer el ingreso base de la liquidación de la pensión vitalicia; por ello cobra relevancia precisamente el principio de igualdad consagrado el artículo 53 de la Constitución Política, al determinarse que por razón de su actividad específica y desarrollo de la misma ciertos servidores públicos se encuentran gozando de los beneficios establecidos en los regímenes especiales de transición y que les asiste igual derecho a quienes tienen una expectativa legítima del reconocimiento pensional bajo la normatividad vigente a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 (...).” (Se resalta).

“(...) La Sala no puede pasar por alto que al momento de resolverse el presente recurso se dio a conocer por parte de la Corte Constitucional el contenido total de la Sentencia SU-230 de 2015, en la cual abordó el tema de régimen de transición y señaló como precedente en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen de transición, lo dicho por esa misma Corte en la sentencia C-258 de 2013. A continuación procede la Sala de la Sección Segunda del Consejo de Estado a fijar su posición con respecto a la referida sentencia de la Corte Constitucional (...)

“En esta sentencia SU-230 de 2015, la Corte Constitucional señala que “existe una línea jurisprudencial consolidada de las salas de revisión de tutelas...cuya ratio decidendi precisa que se vulneran los derechos pensionales cuando no se aplica en su integridad el régimen especial en que se encuentra amparado el beneficiario del régimen de transición”, y enumera un importante número de sentencias de tutela y de constitucionalidad de esa Corte donde se ha sostenido esa postura, que ha sido la misma que invariablemente ha sostenido el Consejo de Estado respecto de la liquidación de estas pensiones, es decir, donde se afirma que el “monto” equivale al porcentaje y al ingreso base, de modo que las pensiones del régimen de transición se liquidan con el promedio salarial correspondiente por regla general al último año de servicios.

“Señala la Corte Constitucional que, pese a lo anterior, debe fijar un nuevo criterio interpretativo, y trae como sustento del mismo que esa Corporación “en la sentencia C-258 de 2013 fijó el precedente que debe ser aplicado al caso que se estudia, en cuanto a la interpretación otorgada (sic) sobre el monto y el ingreso base de liquidación en el marco del régimen de transición, y por ende, a todos los beneficiarios de regímenes especiales”.

“En esta oportunidad la Sección Segunda del Consejo de Estado considera que la sentencia SU-230 de 2015, dado que tuvo como origen una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que casó el fallo recurrido y ordenó liquidar la pensión con el promedio de los últimos 10 años, lo que hizo fue avalar la interpretación que tradicionalmente ha tenido la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, con respecto a las competencias que corresponden a la jurisdicción ordinaria.

“Ahora bien, dado que dentro de sus competencias, la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de los regímenes especiales del sector público en materia pensional, y que a su interior se aplican no uno sino múltiples regímenes normativos especiales de pensiones, en virtud del régimen de transición pensional, **la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de referirse específicamente a las interpretaciones acerca del monto de las pensiones de transición por parte de esta jurisdicción y las ha considerado ajustadas a la Constitución y a la ley, con excepción de las pensiones del régimen de Congresistas y asimilados al mismo, precisamente en virtud de la sentencia C-258 de 2013.**

“En efecto, la sentencia C-258 de 2013, proferida para definir la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 40 de 1992, dispuso que en las pensiones cobijadas por el régimen pensional de Congresistas y asimilados a este, por tratarse de un régimen privilegiado, debían tener interpretaciones restrictivas y no amplias, en virtud del principio de sostenibilidad financiera establecido en la Constitución.

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

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

“(…) La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional. El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como lo son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico, que en todo caso ya se asumió para la generalidad de los pensionados, quedando muy pocos pendientes de esa decisión. Debe recordarse que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, además de introducir el concepto de sostenibilidad financiera al sistema pensional, dispuso que el Estado “asumirá la deuda pensional que esté a su cargo”.

“(3) Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas.

“(4) La Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa, en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le sería aplicable, dado que como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a defender su posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos aquí expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema.

“(5) Los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que la misma Corte Constitucional ha estimado incorporados a la Constitución Política colombiana en virtud del llamado “bloque de constitucionalidad”, no se predicen exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales. Si la interpretación tradicional del Consejo de Estado sobre el concepto de “monto” en las pensiones del régimen de transición del sector público se ha aplicado a la generalidad de los pensionados de dicho sector, tanto en sede administrativa como en las decisiones judiciales, y esa interpretación ha sido compartida por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y de tutela, no parece acorde con los referidos principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que se pretende introducir con la sentencia SU-230 de 2015.

“En efecto, si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional y queda pendiente, en consecuencia, un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el asunto conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera que imponga el cambio jurisprudencial que plantea la sentencia SU-230 de 2015, y en cambio sí se hace

notorio y protuberante el desconocimiento de los principios de igualdad y de progresividad (...).” (Se resalta).

Sobre el punto materia de análisis, es menester citar lo dicho textualmente por la Honorable Corte Constitucional a través de sentencia SU - 230 de abril 29 de 2015, para efectos de analizar si contradice o no la posición asumida por el Consejo de Estado, con respecto a la aplicación del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993:

“(...) el beneficio derivado de pertenecer al régimen de transición se traduce en la aplicación posterior de las reglas derogadas en cuanto a los requisitos de (i) edad, tiempo de servicios o cotizaciones y (iii) tasa de reemplazo. Sin embargo, frente al ingreso base de liquidación (IBL) la Corte sostuvo que no era un aspecto a tener en cuenta en dicho régimen (...).”

En criterio del Despacho, la posición de la Corte Constitucional planteada en la sentencia SU – 230 de 2015, no alcanza a enervar la argumentación planteada por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación, si se tiene en cuenta que:

- El pronunciamiento de la Corte, tiene origen en acción de tutela que produce efectos interpartes.
- Se afectaría el principio de inescindibilidad del régimen de transición sostenido como fuente jurisprudencial a lo largo de más de 20 años por parte del Consejo de Estado, el cual va ligado con el principio de favorabilidad.
- Los pronunciamientos del Consejo de Estado no han sido objeto de rechazo o de revisión por la Corte Constitucional, que por el contrario ha ratificado lo dicho por el Consejo de Estado, excepto con relación a Congresistas.
- Se afectaría igualdad y equidad respecto de quienes han obtenido pronunciamientos favorables con anterioridad.
- Con la tesis interpretativa del Consejo de Estado se mantienen los principios de progresividad y de no regresividad.

Tampoco se contraría lo dicho en la sentencia C – 258 de 2013, por cuanto si bien el pronunciamiento allí especificado produce efectos erga omnes por tratarse de una sentencia de constitucionalidad, el tema que analiza específicamente es el del régimen pensional que rige para los congresistas y empleados del Congreso; y si bien se consideró que la Ley 100 de 1993 derogó los regímenes pensionales que existían previamente a su expedición y creó un régimen unificado de seguridad

social, de todas formas reconoce el fallo que la norma protegió las expectativas de quienes se encontraban próximos a cumplir con los requisitos establecidos para acceder a la pensión de jubilación consagrados en el régimen anterior, para cuyos efectos el legislador estableció un régimen de transición, al punto que textualmente dice la sentencia:

“(…) a los Congresistas, el Decreto 1293 de 1994 ordenó la incorporación de todos los funcionarios del Congreso, incluidos los Senadores y Representantes al Sistema General de Pensiones, dejando a salvo sólo los cobijados por el régimen de transición.

“En este orden de ideas, la Corporación ha definido el régimen de transición como “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 pensionarse, en el momento del tránsito legislativo (…).”

Así las cosas, teniendo en cuenta la providencia de unificación transcrita proferida por el Consejo de Estado, para este Juzgado no existe duda de que debe seguirse aplicando la posición inescindible que ampara el régimen de transición y que sobre el particular ha trazado el Consejo de Estado a lo largo del tiempo, en materia de pensiones, en particular para el caso que nos ocupa, de quienes hayan cumplido 35 años para las mujeres, 40 años en el caso de los hombres o cuenten con 15 años o más de servicios cotizados, amén de ser la norma de transición que se acompasa con los principios de igualdad, favorabilidad y progresividad laborales, amparados constitucionalmente.

Finalmente, admitiendo en gracia de discusión que la sentencia SU 230 de abril 29 de 2015, afectara o contradijera lo dicho por el Consejo de Estado, tenemos que de conformidad del artículo 288 de la Ley 100 de 1993 todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a partir de la vigencia de la norma, su aplicación, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de la misma ley, es decir la misma ley ratifica el principio de inescindibilidad de los regímenes, lo cual ocurre en el caso materia de análisis, en cuanto la demandante justamente solicita la aplicación total del régimen anterior.

7.3.2. FACTORES SALARIALES DE LA PENSIÓN RECONOCIDA A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS BENEFICIARIOS DE LA TRANSICIÓN PREVISTA EN LA LEY 100 DE 1993, ARTÍCULO 36

El régimen pensional general de los servidores públicos que antecedió a la Ley 100 de 1993, era el establecido en la Ley 33 de 1985, cuyo artículo 1° reza:

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

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

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

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

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

Las personas que no cumplan con alguno de los dos requisitos precisados (edad y tiempo de servicios y – o cotización) no puede ser beneficiario de la pensión regulada por la Ley 33 de 1985, reformada por la Ley 62 del mismo año.

Se aclara además que la disposición analizada contiene un régimen de transición o excepciones para los empleados oficiales, es decir empleados públicos que tienen un régimen especificado en la ley o reglamento y trabajadores oficiales (sujetos a un contrato de trabajo regulado por el Código Sustantivo del Trabajo) que se encuentren en cualquiera de las siguientes circunstancias allí especificadas:

- 7.3.2.1. Que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
- 7.3.2.2. Que a la entrada en vigencia de la misma, hubieran cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio. Evento en el cual se les continúa aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad.
- 7.3.2.3. Que a la fecha de la vigencia de la Ley en comento, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

7.3.2.1. FACTORES QUE HACEN PARTE DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN PENSIONAL –LEY 33 DE 1985

De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, el monto de la pensión es el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Por su parte, el artículo 3º de la pre citada ley, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, enuncia ciertos factores para efectos de liquidación de la pensión de jubilación⁹, norma sobre la cual el Consejo de Estado había adoptado disímiles posturas en torno a su interpretación; no obstante, la Sección Segunda de esa Corporación en Sala Plena, unificó el criterio estableciendo que se deben incluir en la base de liquidación todos los factores devengados por el servidor en el último año de servicios, fallo que por ilustrativo se transcribe¹⁰:

“(...) Sin embargo, respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3º de la Ley 33 de 1985, pues mientras en algunas ocasiones se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que sólo 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.

Así, en la primera hipótesis se previó que la entidad pública que reconociera el derecho prestacional tendría que efectuar las deducciones de ley a que hubiere lugar por los conceptos cuya inclusión se ordenaba y que no hubieren sido objeto de aportes, pese a que no se encontraran dentro del listado previsto por el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, pues tal determinación se ajustaba a lo dispuesto por el inciso tercero de dicha norma, según el cual “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”. Esta tesis fue expuesta en la sentencia de 29 de mayo de 2003¹¹, concluyendo que “en la liquidación de la pensión de jubilación deberán incluirse todas aquellas sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley. (...) “en el evento de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, la Caja deberá realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes”.

Bajo la segunda hipótesis se consideró que debían incluirse todos los factores que hubieren sido objeto de aportes y así se encontrare certificado. Entonces, en la sentencia de 16 de febrero de 2006¹², se expresó:

⁹ “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 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. 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. (...)”.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. C.P.: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. 4 de agosto 2010. Rad: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla, sentencia de 29 de mayo de 2003, Radicación No.: 25000-23-25-000-2000-2990-01(4471 - 02), Actor: Jaime Flórez Aníbal.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, sentencia de 16 de febrero de 2006, Radicación No.: 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04), Actor: Arnulfo Gómez.

“La ley 33 de 1985 en el artículo 1º dispone que la pensión se liquida con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (...).

En consecuencia, la Sala confirmará el fallo de primera instancia, en cuanto declaró la nulidad del acto acusado, precisando que a título de restablecimiento del derecho, la entidad demandada, deberá reliquidar la pensión de jubilación, en el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio de sirvió de base para los aportes, durante el último año de servicio, tomando para el efecto, lo certificado, según documento visible a folios 11 y 12 del cuaderno principal del expediente.”

En la tercera hipótesis se indicó que las pensiones únicamente podían liquidarse teniendo en cuenta los factores salariales enlistados taxativamente por la Ley 33 de 1985 y en caso de haberse realizado deducciones sobre otros conceptos no comprendidos en ella debían devolverse las sumas a que hubiere lugar. Esta decisión se encuentra sustentada en la siguiente forma¹³:

“En relación con el argumento de la actora, según el cual, los factores de las Leyes 33 y 62 de 1985 no son taxativos y es posible aplicar los consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en razón de que dichas normas contemplaron que “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”, la Sala desestima tal proposición, porque cuando las normas refieren que las pensiones deben liquidarse con base en los mismos factores sobre los que se aportó, dicha expresión debe leerse bajo el entendido que es obligación de las Cajas de Previsión hacer los descuentos por aportes pero sólo sobre los factores taxativamente señalados para construir la pensión del afiliado, sin que ello implique abrir un abanico de factores que eventualmente puedan constituirse como base para liquidar la pensión. (...)

Admitir que todos los factores salariales pueden constituirse como base de liquidación pensional, es quitarle el efecto útil del listado que dedicadamente estableció el Legislador para la liquidación de pensiones de los empleados oficiales. Va contra el sentido común pensar que el Congreso de la República enfiló esfuerzos para seleccionar un listado e incluir ciertos factores de liquidación, para llegar a la conclusión de que todos pueden incluirse.

Ahora bien, si la entidad de previsión social realizó descuentos sobre factores que no se encuentran en la lista taxativa de las Leyes 33 y 62 de 1985, como ocurre en el presente asunto con los viáticos (folio 13), para la Sala es coherente que dichos valores sean reembolsados al pensionado, pues aceptar lo contrario sería consentir un enriquecimiento sin justa causa por parte de la Administración; situación que contraría los principios de justicia y proporcionalidad que sostienen el Sistema General de Pensiones.”

De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión 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. (...).

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

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

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 6 de agosto de 2008, Radicación No. 25000-23-25-000-2002-12846-01(0640-08), Actor: Emilio Páez Cristancho.

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.¹⁴

Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto la actora tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación¹⁵ (Subraya del despacho).

Con base en lo expuesto, el trabajador que cumpla los requisitos de edad y tiempo de cotización tiene derecho a pensionarse con el 75 % del valor percibido por concepto de los factores salariales que hubiere devengado.

7.3.3. Régimen de pensión aplicable a sobrevivientes del trabajador en el caso que nos ocupa

Si la persona cumple o ya había accedido a pensión por reunir los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985 para pensionarse, tendrá derecho a los beneficios allí establecidos, consistentes en la posibilidad de devengar el 75 % de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Sin embargo ni dicha norma, ni las normas expedidas con anterioridad, contemplan la posibilidad de pensión a favor del trabajador que fallezca sin reunir tales requisitos.

Solamente con la Ley 100 de 1993 se estableció un régimen especial consagrado a favor de la familia del trabajador, que se enuncia a continuación y está contenido en los artículos 46 al 49 de la Ley 100 de 1993.

7.3.3.1. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes.

Según el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. “Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca.

¹⁴ 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.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. C.P.: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. 4 de agosto 2010. Rad: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

2. *“Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:*
 - a) *Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte, y*
 - b) *Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.*

Para el cómputo de las semanas cotizadas, se tiene en cuenta lo previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en cuanto las semanas cotizadas son de 7 días, la posibilidad de acumular semanas cotizadas en sectores público y privado, la posibilidad de acumular tiempo de servicios a los servidores públicos, la posibilidad de continuar laborando y cotizando 5 años más y las nuevas edades para acceder al derecho.

Dentro de dicho contexto, el artículo 47 ibídem define que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, siempre que pruebe la vida marital hasta su muerte y haya convivido con él no menos de 2 años, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido; los hijos menores de 18 años o mayores de 18 y hasta 25 años, incapacitados o inválidos mientras subsistan las condiciones de invalidez. A falta de los anteriores los padres del causante si dependían económicamente de éste

El monto de la pensión es el 100 % de lo devengado si ya está reconocido y de sobrevivientes por muertes es del 45 % de ingreso más un 2 %, por cada 50 semanas adicionales de cotización a las primeras 500 semanas, sin que exceda el 75 % del ingreso base de liquidación.

No obstante lo previsto en el artículo ibídem, los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la Ley 100 de 1993, equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto.

Finalmente, los miembros del grupo familiar de trabajador que no reúna los requisitos para pensionarse, tienen derecho a una indemnización por el equivalente a lo previsto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

7.4. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Según se evidencia del contenido de la Resolución No. 4819 de mayo 12 de 2003¹⁶ y de su correspondiente Registro Civil de Nacimiento¹⁷ el señor JOSÉ FERNANDO ARANGO GUTIÉRREZ, al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, contaba con 47 años de edad, de manera que pertenece al régimen de transición contenido en la Ley 100 de 1993, de manera que en principio deben prevalecer los derechos contenidos en la Ley 33 de 1985 y su modificatoria Ley 62 del mismo año.

Verificada la condición particular del entonces trabajador al momento de fallecer, tenemos que no había cumplido con la edad de 55 años exigida en la Ley 33 de 1985 para acceder al derecho a la pensión, toda vez que nació el 22 de junio de 1947 y falleció el 4 de febrero de 1996 es decir cuando tenía 49 años de edad¹⁸.

Tampoco había cumplido al momento de fallecer, con el período de servicios y – o cotización exigidos en la Ley 33 de 1985 de 20 años de servicios prestados y – o cotizados, toda vez que los 4248 días de servicios, solo suman 606 semanas y el período de 20 años supera los 7200 días de servicios y la demanda apenas hace referencia a 10 años, 10 meses y 25 días¹⁹.

Por las razones expresadas, en principio podemos afirmar que si bien el señor ARANGO GUTIÉRREZ es beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no pudo adquirir el derecho a la pensión en la forma regulada por la Ley 33 de 1985 y disposiciones que anteriormente regían sobre el particular y que fueron analizados al iniciar las consideraciones planteadas en esta providencia.

La demanda no obstante afirma que el artículo 36 inciso 3 de la Ley 100 de 1993, fija un promedio del 75 % con el fin de determinar el ingreso base de liquidación de la pensión.

Dicha tesis no puede ser acogida por el Despacho, por cuanto el inciso 2 de la misma norma establece que la edad, la regulación del tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión, es la establecida en el

¹⁶ Folios 4 al 6 Cuaderno No. 1

¹⁷ Folio 7 Cuaderno No. 1

¹⁸ Ver registro civil de defunción a folio 22 del Cuaderno No. 2

¹⁹ Ver nuevamente Resolución No. 4819 de mayo 12 de 2003 a folios 4 al 6 y escrito de demanda a folio 75

régimen anterior y dentro del régimen anterior (Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985 y Ley 71 de 1988), no existía ninguna norma que permitiera pensionarse antes de cumplir con la edad y tiempo exigidos, ni en caso de fallecimiento del trabajador cotizante, antes de cumplir con dicho período de servicios y edad.

Solo es con la Ley 100 de 1993, artículos 46 numeral 2 literal b al 48 que se confiere dicho derecho al grupo familiar de las personas fallecidas, siempre y cuando hayan cotizado un mínimo de 26 semanas dentro del último año de servicios y con sujeción al promedio allí regulado y los porcentajes de ajuste dependiendo del tiempo de servicios cotizado, en la forma expresada en la Resolución No. 4819 de mayo 12 de 2003. Como el señor JOSÉ FERNANDO ARANGO GUTIERREZ cotizó más de 32 semanas dentro del último año de servicios, su grupo familiar adquirió el derecho a la pensión en la forma regulada en tales disposiciones.

Al respecto se deben recordar las reglas de interpretación de la disposición más favorable al trabajador, ya que si existe contradicción en el texto de la norma, para efectos de su interpretación, el artículo 53 de la Carta Política establece los principios mínimos fundamentales de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho y de garantía a la seguridad social.

Por los motivos citados, la aplicación de la argumentación planteada frente a la aplicabilidad de la Ley 33 de 1985 a favor de la accionante quien actúa en calidad de superviviente del señor ARANGO GUTIÉRREZ, no lo favorecería y en cambio si la Ley 100 de 1993, que no se puede aplicar en forma que permita escindir su contenido, con fundamento además en el principio de especialidad que rige en materia de interpretación normativa. Para mejor comprensión se transcribe parcialmente la norma superior:

*“(...) Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; **irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales**; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; **situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho**; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; **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 (...)*”

Lo anterior ya que si existe duda en la interpretación de una norma, por mandato constitucional, la Carta Política establece la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos que aseguren la existencia de las personas en condiciones dignas;

dentro de un escenario en el que la norma más favorable al trabajador resulta aplicable a su situación, que además le debe garantizar entre otros aspectos, el derecho a la seguridad social; situación reflejada en un sistema dentro del cual el Estado igualmente garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales, no solo al trabajador y cotizante sino a su grupo familiar, para el caso en estudio la pensión de sobrevivencia a favor de la señora MARÍA LILIANA CRUZ QUINTERO.

La conceptualización que ha impartido la doctrina acerca del derecho adquirido, se refiere a la incorporación de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege.

No ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y, en consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador. Y es en esta última categoría donde debe ubicarse la interpretación de la llamada *"condición más beneficiosa"*.

Se concluye que quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, exigidas por la ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma. Pero quien aún no ha completado el tiempo de servicio o llegado a la edad prevista en la norma legal, no tiene un derecho sino que se halla apenas ante una simple expectativa de alcanzarlo en el momento de reunir la condición faltante²⁰.

En tal sentido, la misma norma constitucional en cita, no obstante señala que ni la ley, ni los contratos, ni los acuerdos y convenios de trabajo, pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

Así las cosas, ante la contradicción existente entre la Ley 33 de 1985 y la Ley 100 de 1993, para efectos de aplicar al caso la *"condición más beneficiosa"* para el trabajador, el Despacho considera que la norma llamada a aplicar es la de los artículos 46 literal b, numeral 2º y 48 de la 100 de 1993, tema que se aclara corresponde determinar para cada caso concreto al juez.

Para desarrollar tal interpretación, consideramos el principio de inescindibilidad del régimen llamado a aplicar, en materia de lo que debe percibir el beneficiario de la

²⁰ Sentencia C 198 de 1995. Magistrado Ponente CARLOS GAVIRIA DÍAZ

pensión en caso de fallecer el trabajador y cotizante, sin que hubiera podido dar cumplimiento a los requisitos establecidos en la ley. Tal situación se considera corroborada a su vez con el texto del artículo 288 de la Ley 100 de 1993, para el caso de quien quiera acogerse al nuevo régimen, como ocurrió en su oportunidad frente a MARÍA LILIANA CRUZ QUINTERO y su hijo CHRISTIÁN ANDRÉS ARANGO GUTIÉRREZ, al reclamar los derechos de su fallecido compañero y padre JOSÉ FERNANDO ARANGO GUTIÉRREZ.

Así las cosas, se aclara finalmente, que para el caso que nos ocupa, si bien resulta aplicable al caso el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en cuanto el señor ARANGO GUTIÉRREZ pertenece al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no le es aplicable la Ley 33 de 1985, por cuanto no alcanzó a reunir los requisitos para pensionarse con arreglo a la misma, a diferencia de lo ocurrido con respecto a la Ley 100 de 1993 artículos 46 al 48, previstas en caso de que el trabajador fallezca sin cumplir aún requisitos para pensionarse.

Admitir posición en contrario frente a la forma de liquidar la pensión, implicaría la diversificación del régimen aplicable al caso, por cuanto al aplicar la norma que ampara el derecho y la norma que dice como se debe liquidar el derecho, se acude a dos regímenes diversos para una situación, lo cual no es factible se insiste, en virtud del principio de la inescindibilidad del régimen aplicable.

De otra parte, de admitir la aplicabilidad íntegra de la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, se desmejoraría la condición familiar del trabajador y por ello se debe aplicar el promedio respecto de los factores determinados en los artículos 46 literal b numeral 2 y 48 de la Ley 100 de 1993.

En sentir del Despacho, cuando tenga ocurrencia una situación jurídica como la mencionada, es decir cuando está regulada por distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etcétera), o en una misma norma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas, escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador y por ello nos inclinamos por aplicar la Ley 100 de 1993 artículos 46 al 48 y no otra disposición.

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; reiterando de

otra parte que la norma 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 Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así:

"(...) 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 (...)"

Se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador.

En punto a la aplicación del principio de favorabilidad en materia de régimen pensional, la Corte actuando como juez constitucional, ha considerado que esta es labor que incumbe al juez en cada caso concreto, pues es imposible, en juicios de constitucionalidad, confrontar la norma acusada que es genérica, con cada una de las distintas normas contempladas en los diferentes regímenes pensionales que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 existían en el sector privado y en el sector público, para establecer cuál resulta más favorable a determinado trabajador.

Adicionalmente es menester considerar el principio de la irretroactividad de la ley, incorporado expresamente a nuestro ordenamiento positivo, conforme al cual, en ninguna relación de derecho una ley o norma puede tener efecto retroactivo, invalidando o alterando ni derechos adquiridos, ni hechos cumplidos, ni efectos producidos bajo leyes anteriores.

Precisamente, el principio de la irretroactividad de la ley se entiende como un planteamiento básico de la organización jurídica del Estado, pues la seguridad de las personas y la propia equidad requieren que ante el reemplazo de una disposición normativa las situaciones creadas al amparo de la norma primigenia se conserven, o al menos que los derechos adquiridos y los hechos cumplidos se mantengan y respeten.

Lo anteriormente expuesto, igualmente significa que una nueva ley o norma no produce efectos en situaciones ocurridas antes de su entrada en vigencia, salvo

²¹ Ob. Cit. Sentencia C – 168 de 1995

en casos excepcionales en que se disponga lo contrario, como ocurre en el caso que nos ocupa, en el que con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, no existía norma que permitiera pensionar a quienes no hubieren cumplido con los requisitos de edad y de tiempo de servicios y en cambio la ante dicha Ley sí lo permite.

El principio es lógico, pues cada vez que sobreviene un cambio normativo la derogación de una norma anterior y su relevo por una nueva ley plantea el problema de cuál ha de ser el alcance temporal de ambas. La Corte ha señalado con relación a la posibilidad de cambio legislativo en materia de seguridad social 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”, por el cual se determina “en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador”²² (...).

En tal sentido se consideró que en desarrollo del principio de equidad y por sentido común, debía darse prelación a una solución cimentada en una interpretación y aplicación sistemática de normas y en el espíritu de las mismas, consultando los principios de equidad y de proporcionalidad.

Así las cosas, al interpretar las normas que rigen la seguridad social, la interpretación lógica es la que fija el texto del artículo 53 de la Carta, como norma de seguridad social vigente al momento de la adquisición del derecho de que se trate, norma la cual exige verificar en cada caso particular, cuál es el régimen más favorable, para la protección del trabajador y la de su familia.

8. DEFINICIÓN DEL CASO CONCRETO

Descendiendo al análisis del caso concreto, se resalta que el demandante, al ser beneficiario del régimen de pensión regulado por los artículos 46 literal b numeral 2 y 48 de la Ley 100 de 1993, se le aplica en su integridad el régimen pensional allí establecido y no el contenido en la Ley 33 de 1985, que exige 20 años de servicio y 55 años de edad como varón, para tener derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación allí consagrada, sin norma que autorice pensión en caso de fallecer con anterioridad al cumplimiento de tales requisitos; debiendo en consecuencia negar las pretensiones del libelo.

²² Confrontar nuevamente la sentencia C-168 de 1995. Magistrado Ponente CARLOS GAVIRIA DÍAZ

9. COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia siempre dispondrá sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ib.²³, entre otras cosas, establece que:

“(...) se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”.

Así las cosas, el señalado artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación²⁴:

“(...) Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la errónea interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma objetiva, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales (...)” (Se resalta).

Es claro entonces, según lo expuesto, que el criterio para condenar en costas en esta jurisdicción no atiende un carácter objetivo, lo que quiere decir que no siempre ineludiblemente la parte vencida en la litis deberá ser condenada en costas; contrario a ello, corresponde al juez determinar la procedencia de tal condena; razón por la cual, el Despacho varía la posición objetiva que sobre este tema ha venido aplicando, para así acoger la postura del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en el entendido de implementar un criterio subjetivo respecto al estudio de condena en costas. En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

“ARTÍCULO 365. CONDENAS EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

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

Atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye este juzgador que en el presente asunto no se probó la causación de costas que deban ser reconocidas en favor de la parte victoriosa de la litis, razón por la cual, el Despacho se abstendrá de emitir una condena en tal sentido.

²³ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. **Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.**

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto (5º) Administrativo del Circuito de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda instaurada por MARÍA LILIANA CRUZ QUINTERO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas en esta instancia, tal como se expuso en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: LIQUIDAR los gastos del proceso y **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI.

De igual forma, se autoriza la expedición de las copias de esta sentencia en los términos del artículo 114 del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez