

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 089

Santiago de Cali, junio 27 de dos mil dieciocho (2018).

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho –Laboral
Radicación: 76-001-33 33-005-2016-00352-00
Demandante: Julio Cesar Rojas Libreros
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones –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 apoderada judicial, por el señor Julio Cesar Rojas Libreros, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

1.1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 2876 de marzo 30 de 2010, mediante la cual Instituto de Seguros Sociales reconoció una pensión de vejez al demandante sin calcular la mesada pensional conforme al régimen más favorable, es decir conforme a lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985, que ordena liquidar la prestación con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio.

1.2. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 10752 de octubre 09 de 2010, por medio del cual ISS modificó la Resolución No. 2876 de marzo 30 de 2010, en el sentido de otorgar la pensión del demandante con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100/93, con efectos a partir del día siguiente al retiro del servicio público, calculando el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años , con una tasa de reemplazo de 77.41%, sin embargo, la entidad omitió calcular la mesada pensional conforme al régimen de transición, además que no se tuvieron en cuenta todos los factores que constituyen salarios.

1.3. Que se declare la nulidad de las Resoluciones No. GNR 18649 de enero 21 de 2016; No. GNR 52582 de febrero 18 de 2016 y No. VPB 18157 de abril 20 de 2016, mediante las cuales se negó una reliquidación pensional, y se resolvieron los recursos de reposición y de apelación, de forma negativa, respectivamente.

1.4. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a COLPENSIONES, a reliquidar la mesada pensional del demandante conforme a las Leyes 33 y 62 de 1985, es decir, con 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio prestado a favor del estado, debidamente indexado a la fecha en que se le otorgó el disfrute de la pensión de vejez, además que se tengan en cuenta todos los factores que constituyen salarios (sueldo básico, prima de vacaciones, prima semestral, prima extra semestral y prima de navidad).

1.5. Que se le ordene a la entidad demandada a recocer y pagar al demandante las diferencias pensionales causadas a partir de julio 01 de 2010 y hasta la fecha en que se pague la mesada pensional, incluyendo además las mesadas adicionales que le hayan sido reconocidas.

1.6. Que se le ordene a Colpensiones reconocer y pagar en favor del demandante la indexación o corrección monetaria de las diferencias pensionales que se causen desde la fecha en que cada una de ellas se hizo exigible, hasta cuando se verifique el pago total.

2. HECHOS

2.1. El señor Julio Cesar Rojas Libreros nació en octubre 16 de 1946.

2.2. El señor Rojas Libreros cotizó al ISS como trabajador del sector privado desde junio 01 de 1975 a 19 del mismo mes y año y desde junio 16 de 1981 a mayo 27 de 1998.

2.3. Igualmente prestó sus servicios en el sector público en diferentes entidades, tales como: Gobernación del Valle del Cauca (noviembre 10 de 1975 a septiembre 15 de 1981); Unidad Ejecutora de Saneamiento del Valle del Cauca (octubre 09 de 1989 a julio 26 de 1999); Gobernación del Valle del Cauca (julio 19 de 2000 a marzo 28 de 2001); Gobernación del Valle del Cauca (junio 19 de 2001 a junio 30 de 2010).

2.4. Afirma que el demandante en junio 30 de 1995, cuando entró en vigencia la Ley 100/93 para los empleados territoriales, tenía más de 40 años de edad. Agrega que es beneficiario del régimen de transición contemplado en dicha normatividad y por ende, el monto de su pensión se debe liquidar conforme al artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

2.5. Aclara que el demandante se trasladó en julio de 1998 al régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad y posteriormente retornó al régimen anterior, recuperando los beneficios de la transición de que trata la Ley 100/93.

2.6. Se aduce que el ISS a través de la Resolución No. 2876 de marzo 30 de 2010, reconoció en favor del actor una pensión de vejez con fundamento en el artículo 33 de Ley 100/93, el cual fue modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; incluyendo los factores salariales del artículo 1º del Decreto 1158 de 1994; supeditando el disfrute de la pensión hasta que se verificara el retiro del servicio público.

2.7. Mediante la Resolución No. 10752 de octubre 09 de 2010 el ISS modificó la Resolución No. 2876 de marzo 30 de 2010, en el sentido de otorgar la pensión del demandante con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100/93, con efectos a partir del día siguiente al retiro del servicio público, calculando el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años , con una tasa de reemplazo de 77.41%, sin embargo, la entidad omitió calcular la mesada pensional conforme al régimen de transición, además que no se tuvieron en cuenta todos los factores que constituyen salarios.

2.8. La parte demandante en noviembre 03 de 2015 elevó petición ante la entidad demandada solicitando la reliquidación de su pensión, de tal manera que se tuviera en cuenta los parámetros del artículo 1º la Ley 33 de 1985, además se incluyeran todos los factores salariales, tal como lo ha trazado la jurisprudencia del Consejo de Estado, solicitud que fue despachada desfavorablemente.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Invoca como tales:

- La Constitución Política en sus artículos 1, 2, 4, 13, 25, 29, 48, 53 y 58.

- Leyes: 100 de 1993; 33 de 1985, 62 de 1985; 5 de 1969; Decretos 1045 de 1978; 1160 de 1947, 1042 de 1978; 1848 de 1969; 3135 de 1968; Código Sustantivo de Trabajo.

El apoderado de la parte actora realiza un minucioso estudio de los preceptos antes mencionados concluyendo que, Colpensiones en los actos demandados viola las normas constitucionales y legales, porque a pesar de los reiterados precedentes jurisprudenciales, la entidad demandada ha hecho caso omiso en la aplicación de la Ley 33 de 1985, al considerar que la pensión del actor se debe a liquidar promediando los salarios de los 10 últimos años y no los salarios y conceptos que constituyen factor de salario devengados en el último año de servicio, como lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Igualmente hace mención a la interpretación y aplicación del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resaltado el derecho que tienen los servidores públicos de que les sea liquidada la pensión de jubilación con el promedio de los salarios y factores de salario devengados en el último año de servicio.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada a través de su apoderada judicial se opuso a la prosperidad de las declaraciones y condenas planteadas en la demanda, manifestando que las mismas no tienen fundamento legal, pues en su sentir el Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido al régimen de transición, además que este en relación con los beneficiarios del régimen de transición tiene sus propias reglas para calcularse.

Aduce que el régimen de transición respeta la edad, tiempo de servicio o semana cotizada y monto de la pensión del régimen anterior referido solamente a la tasa de remplazo. Agrega que la intención del legislador fue impedir que el IBL de los regímenes anteriores tuviera efectos ultractivos.

Aclara que los únicos factores salariales que se deben tener en cuenta para determinar el Ingreso Base de Liquidación son los contemplados en el Decreto 1158 de 1994, siempre y cuando sobre los mismos se hubieran efectuado los aportes al sistema general de pensiones.

Refuerza su argumento citando apartes de sentencias de la Corte Constitucional, entre ellas la C-258 de mayo 7 de 2013 y SU 230 de 2015, afirmó que el ingreso base de liquidación no fue un aspecto sometido a la transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

De igual forma cita varios pronunciamientos del Consejo de Estado relacionados con el tema.

Finalmente formula las excepciones de (i) Inexistencia de la Obligación, (ii) cobro de lo no debido, (iii) Prescripción Trienal, y (iv) Innominada.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. Parte demandante y parte demandada:

Al realizar una comparación entre el escrito de la demanda, la contestación a la misma y los alegatos de conclusión expuestos por los apoderados de cada una de las partes, el Despacho concluye que unos y otros no difieren sustancialmente, razón por la cual si bien serán tenidos en cuenta para tomar la presente decisión de mérito, no se hará un relato de los mismos.

5.2. Agente del Ministerio Público:

El Agente del Ministerio Público no rindió concepto sobre el particular.

6. CONSIDERACIONES

6.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES:

El Despacho se abstendrá de resolver preliminarmente las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada, puesto que las mismas serán analizadas y resueltas dentro de las presentes consideraciones.

6.2. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al acontecer procesal, el problema jurídico a resolver se contrae a determinar, inicialmente si el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, de ser así, si procede la reliquidación de su pensión aplicando integralmente el régimen pensional que regía antes de la vigencia de aquella Ley, es decir, teniendo en cuenta el 75% del ingreso base de liquidación constituido por la totalidad de los factores de salario devengados por el actor, durante el último año de servicio.

6.3. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

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

- (i) Efectuar una relación de los hechos probados en el presente asunto;
- (ii) Analizar el contenido y alcance del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993;
- (iii) Régimen pensional que se debe aplicar a la demandante;
- (iv) Identificar los factores salariales que hacen parte del ingreso base de liquidación pensional en el caso concreto;
- (v) Determinar si en el **caso concreto**, le asiste o no a la demandante el derecho reclamado.

6.3.1. HECHOS DEBIDAMENTE PROBADOS

Con el material probatorio allegado al proceso, el cual será valorado de forma íntegra, se puede concluir que se encuentran probados los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

6.3.1.1. Se tiene que el demandante, señor Julio Cesar Rojas Libreros nació en octubre 16 de 1946¹.

6.3.1.2. Por Resolución No. 2876 de marzo 30 de 2010², el extinto Instituto de Seguro Social le reconoció pensión de vejez al señor Julio Cesar Rojas Libreros, a partir de abril 01 de 2010, dejándola condicionada hasta que se acreditara el retiro definitivo del servicio.

6.3.1.3. A través de la Resolución No. 10752 de octubre 09 de 2010³, se modificó la Resolución No. 2876 de marzo 30 de 2010, en el sentido de otorgar la pensión del demandante con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100/93, con efectos a partir de julio 01 de 2010, calculando el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años de servicio, con una tasa de reemplazo de 77.41%.

¹ Se extrae de la cédula de ciudadanía del demandante, visible a folio 4 cuaderno No. 1.

² Resolución visible Folios 27-29 cuaderno No. 1.

³ Resolución visible Folios 30-32 cuaderno No. 1.

6.3.1.4. Mediante derecho de petición radicado ante la entidad demandada en noviembre 03 de 2015⁴, el actor a través de su apoderado solicitó la reliquidación de su pensión en los mismos términos que aquí se demanda, ante lo cual la entidad expidió Resolución No. GNR 18649 de enero 21 de 2016⁵ negando tal solicitud. Frente al anterior acto administrativo se presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación⁶.

6.3.1.5. A través de la Resolución No. GNR 52582 de febrero 18 de 2016⁷ se resolvió el recurso de reposición de forma negativa.

6.3.1.6. Posteriormente, mediante la Resolución No. VPB 18157 de abril 20 de 2016⁸, se resolvió el recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución No. GNR 18649 de enero 20 de 2016, revocándola y donado aplicación al Decreto 758 de 1990.

6.3.1.7. Se allegó certificación expedida por la Subdirectora Administrativa de la Unidad Ejecutora de Saneamiento del Valle del Cauca, en la que se indica que el demandante laboró en dicha entidad desde octubre 09 de 1989 a julio 26 de 1999, y que su último cargo fue de Director, devengando los siguientes factores salariales: asignación básica, prima técnica, prima de servicio, prima de navidad y prima de vacaciones⁹.

6.3.1.8. Se allegó certificación expedida por el Subsecretario de Recurso Humanos del Departamento del Valle del Cauca, en la que se indica que el demandante laboró en dicha entidad durante los siguientes periodos¹⁰:

- Noviembre 10 de 1975 a septiembre 15 de 1981
- Julio 19 de 2000 a marzo 28 de 2001
- Junio 19 de 2001 a junio 30 de 2010

6.3.1.9. Igualmente se allegó certificación expedida por el Subsecretario de Recursos Humanos del Departamento del Valle del Cauca informando que el actor

⁴ visible a folios 33-40 cuaderno No. 1.

⁵ visible a folios 42-44 cuaderno No. 1.

⁶ visible a folios 45-49 cuaderno No. 1.

⁷ visible a folios 51-54 cuaderno No. 1.

⁸ visible a folios 56-63 cuaderno No. 1.

⁹ visible a folio 11-19 cuaderno No. 1.

¹⁰ visible a folio 11-19 cuaderno No. 1.

laboró en la Secretaría de Salud en calidad de empleado público, devengando durante el periodo junio 01 de 2009 a junio 30 de 2010 los siguientes factores salariales: sueldo básico, prima vacacional, prima semestral, prima de navidad y prima extra semestral¹¹.

6.3.1.10. Se allegó historia laboral del demandante expedida por la Administradora Colombiana de Pensiones¹².

6.3.2. 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 hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera 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 (…)”

Se colige de la anterior norma, que se benefician del régimen de transición allí previsto, quienes a la entrada vigencia del sistema general de pensiones (bien sea abril 1 de 1994 en términos generales o junio 30 de 1995 para empleados territoriales) hayan cumplido 35 años para las mujeres, 40 años en el caso de los hombres o 15 años o más de servicios cotizados, teniendo la posibilidad de acceder a la pensión con base en los requisitos de tiempo, edad y monto de la pensión establecidos en normas anteriores

¹¹ visible a folio 26 cuaderno No. 1.

¹² Folios 5-10 cuaderno No. 1.

a la Ley 100 de 1993, contenidos, según el caso, en regímenes especiales o en la norma general pensional.

De cara a la interpretación 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, éste debe aplicársele en su totalidad, es decir, para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión (entendido en el monto la inclusión de la tasa de reemplazo y el IBL), y no de manera parcial, sólo para efectos del tiempo de servicios, la edad y la tasa de reemplazo, como al parecer lo han venido haciendo algunas entidades encargadas de la liquidación de pensiones de empleados que se encuentran en tal condición.

Así, el Despacho se permite citar *in extenso* una de las posiciones más relevantes de la referida Corporación sobre el particular¹³:

(...) 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.*

“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

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 18 de febrero de 2010, C.P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Radicación número: 25000-23-25-000-2003-07987-01(0836-08).

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, entendiéndolo 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 del 4 de agosto de 2010 manifestó¹⁴:

“(…) Entre tanto, como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, **cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación y así lo solicitó en la demanda**¹⁵(…)”

¹⁴ 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).

¹⁵ 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.

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 2016¹⁶, 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 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***

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 25 de febrero de 2016, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Expediente: 25000234200020130154101; Referencia: 4683-2013.

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 4º 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 4º 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 predicán 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, que al parecer contradice 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 del Consejo de Estado no contraría lo dispuesto por la Honorable Corte Constitucional en la sentencia SU – 230 de 2015, por cuanto dicha providencia tiene origen en demanda instaurada por un servidor público adscrito al Banco Popular que por regla general son trabajadores oficiales sometidos a un régimen de contrato de trabajo y no empleados públicos del orden nacional que tienen definida su situación por vía legal o reglamentaria de manera específica, que se insiste su régimen aparece regulado por disposiciones expedidas con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993.

Tampoco se contraría lo dicho en la sentencia C – 258 de 2013, por cuanto el pronunciamiento iba dirigido a 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, 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 en su momento se desempeñaron como empleados públicos, 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.

Después de analizarse lo anterior, corresponde al Despacho determinar cuál es el régimen pensional aplicable al demandante.

6.3.3. RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS BENEFICIARIOS DE LA TRANSICIÓN PREVISTA EN LA LEY 100 DE 1993

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

“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).

Esta disposición contiene un régimen de transición o de excepciones para los empleados oficiales (concepto que incluye trabajadores oficiales y empleados públicos) que se encuentren en cualquiera de las siguientes circunstancias:

1. Que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente.
2. Los que por Ley disfrutaban de un régimen especial de pensiones.
3. 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.

4. 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 (50 años de edad mujeres, 55 hombres y 20 años de labor continua o discontinua).

6.3.3.1. **Sobre el régimen aplicable al demandante:**

Se tiene que el demandante, señor Julio Cesar Rojas Libreros nació en octubre 16 de 1946¹⁷.

El señor Rojas Libreros laboró en la Unidad Ejecutora de Saneamiento del Valle del Cauca desde octubre 09 de 1989 a julio 26 de 1999¹⁸ y en el Departamento del Valle del Cauca durante los siguientes periodos¹⁹: Noviembre 10 de 1975 a septiembre 15 de 1981; Julio 19 de 2000 a marzo 28 de 2001 y Junio 19 de 2001 a junio 30 de 2010.

De los mencionados hechos se deduce que a febrero 13 de 1985, es decir cuando empezó a regir la Ley 33 de 1985, tenía acreditados 5 años, 9 meses y 5 días de servicio como empleado público. Asimismo, a junio 30 de 1995, cuando entró en vigencia la Ley de 100 de 1993 para los empleados territoriales²⁰, contaba con 5 años 8 meses y 21 días de servicio y con 48 años de edad.

De lo anterior se infiere que el demandante cumple el requisito de edad exigido para ser beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto a junio 30 de 1995 contaba con 48 años de edad y más de 5 años de servicio; por ende, le es aplicable el régimen pensional determinado en la Ley 33 de 1985 y las normas que la adicionaron o modificaron.

No sucede lo mismo respecto del régimen de transición y de excepción contenido en la Ley 33 de 1985, ya que el demandante no cumple ninguno los requisitos señalados en el artículo 1º ibídem, por cuanto a febrero 13 de 1985 no contaba con 15 años de servicio, tampoco está acreditado que es beneficiario de algún régimen pensional

¹⁷ Se extrae de la cédula ciudadanía del demandante, visible a folio 4 cuaderno No. 1.

¹⁸ visible a folio 11-19 cuaderno No. 1.

¹⁹ visible a folio 11-19 cuaderno No. 1.

²⁰ ARTÍCULO 151. VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1o. de Abril de 1.994. No obstante, el Gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente Ley, a partir de la vigencia de la misma.

PARÁGRAFO. El Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1.995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental”.

especial, o que se encuentra exceptuada de la aplicación de dicha norma por alguna otra circunstancia.

Teniendo en cuenta que los requisitos contemplados en la aludida Ley para acceder a la pensión de jubilación, son haber cumplido 55 años de edad y tener 20 años de servicio, es lógico concluir que el demandante reúne los mencionados requisitos, ya que en octubre 16 de 2001 cumplió el requisito de edad y el de tiempo de servicio lo acreditó antes del retiro definitivo del servicio como servidor público.

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

Sobre los factores salariales a aplicar

Ya hemos dicho que el régimen pensional que aplica al demandante es el establecido en la Ley 33 de 1985, y, por consiguiente, es procedente entrar a determinar cuáles son los factores salariales que se deben tener en cuenta con el fin de establecer el monto de la pensión de aquel. Para tales efectos tenemos:

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 jubilación²¹, 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 transcribe²²:

²¹ “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. (...)”.

²² 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).

“(…) 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 3° 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 3° 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 2003²³, 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 2006²⁴, se expresó:

“La ley 33 de 1985 en el artículo 1° 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 forma²⁵:

“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),

²³ 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.

²⁴ 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.

²⁵ 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.

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 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.²⁶

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 prestación²⁷ (Subraya del despacho).

Se concluye entonces que para el caso materia de estudio, se deben reconocer como factores salariales, todos los enunciados en la decisión de unificación del Consejo de Estado, sobre la base de afirmar que los establecidos en la norma se aplican de manera enunciativa.

Se resalta que la demandada liquidó la pensión de la demandante aplicando la regla consagrada en el inciso 3 del artículo 36 inciso 3 de la Ley 100 de 1993, que fija un promedio con el fin de determinar el ingreso base de liquidación de la pensión; tesis que no acoge el Despacho, en 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 régimen anterior.

²⁶ 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.

²⁷ 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).

Ahora, 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 las sentencias C – 258 de 2013 y SU 230 de 2015, es la que al respecto planteó el Consejo de Estado en su sentencia de unificación. 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.

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 faltante²⁸. 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 en los incisos 2º y 3º del artículo 36 de 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 del inciso 2º tema que corresponde determinar para cada caso concreto al juez.

Para desarrollar tal interpretación consideramos que la frase: *“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”*, desarrolla el principio de inescindibilidad del régimen llamado a aplicar en materia de lo que debe percibir el beneficiario de la pensión dentro del régimen de transición, situación que se corrobora con el texto del artículo 288 de la Ley 100 de 1993, para quien quiera acogerse al nuevo régimen.

No obstante lo dicho, a renglón seguido, el mismo artículo 36 de la Ley 100 de 1993 afirma que el ingreso base para la liquidación de la pensión, será el promedio allí establecido considerando años anteriores, resultando evidente la diversificación del régimen aplicable al caso, por cuanto aplicaría disposiciones anteriores, mezcladas con normas del nuevo régimen. De paso se expone al trabajador al desmejoramiento de un derecho irrenunciable, teniendo en cuenta que ya no podría percibir el 75 % del promedio de todos los factores salariales devengados en el último año consagrado en el régimen anterior (Ley 33 de 1985) sino un promedio respecto de determinados factores devengados en años anteriores y no de todos.

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 el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y no así el 3º de la misma.

²⁸ Sentencia C 198 de 1995. Magistrado Ponente CARLOS GAVIRIA DÍAZ

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**²⁹.

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.

²⁹ Ob. Cit. Sentencia C – 168 de 1995

Lo anteriormente expuesto, igualmente significa que una nueva ley o norma no produce efectos en situaciones ocurridas antes de su entrada en vigencia, salvo en casos excepcionales en que se disponga lo contrario, pero nunca pueden afectar derechos adquiridos ni hechos cumplidos. 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”³⁰.

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.

Retornando al tema de los factores salariales aplicables, advierte el Consejo de Estado en su sentencia de unificación que los factores especificados en la Ley 33 de 1985, no deben entenderse en forma taxativa, sino que los mismos están plasmados a título enunciativo, y que en tal sentido, no se impide la inclusión de otros factores que constituyan salario – sumas que habitual y periódicamente recibe el trabajador como contraprestación de sus servicios -, devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, aun cuando no estén contenidos en la Ley 33 de 1985; incluso, algunas prestaciones sociales como la prima de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esta naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar cesantías y pensiones, por expresa disposición del legislador.

Para los empleados públicos del orden territorial, el Decreto 1919 de 2002, estableció en su artículo 1 que a partir de la vigencia del mismo, gozarán del régimen de

³⁰ Confrontar nuevamente la sentencia C-168 de 1995. Magistrado Ponente CARLOS GAVIRIA DÍAZ

prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional, de manera tal que las prestaciones sociales contempladas a su favor, serán liquidadas con base en los factores para ellas establecidas. En tal sentido, el artículo 45 del Decreto ley 1045 de 1978, es aplicable a empleados del orden territorial y regula como factores salariales para la liquidación de cesantía y pensiones, los que a continuación se enuncian y servirán de soporte para la decisión a asumir:

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

7. DEFINICIÓN DEL CASO CONCRETO

En el caso que nos ocupa, del aparte jurisprudencial transcrito así como de la sentencia de unificación del Consejo de Estado, claramente se deduce que se debe reliquidar la pensión de jubilación del señor Julio Cesar Rojas Libreros, teniendo en cuenta todos los factores salariales percibidos por éste durante el último año de labores ejecutadas y que aparezcan debidamente certificados por las respectivas entidades donde prestó sus servicios.

Así las cosas, se resalta que el demandante, al ser beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se le aplica en su integridad el régimen pensional establecido en la Ley 33 de 1985, que exige 20 años de servicio y 55 años de edad para tener derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación allí consagrada.

Según ese parámetro jurídico y el material probatorio descrito en el acápite de “Hechos Probados”, el demandante adquirió el status jurídico de pensionado, pues se reitera, en octubre 16 de 2001 cumplió 55 años de edad, en tanto nació en la misma fecha pero de 1946, y laboró por más de 20 años como empleado público en diferentes entidades

(Unidad Ejecutora de Saneamiento del Valle del Cauca y Departamento del Valle del Cauca)³¹.

En esa medida, acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado arriba citada, la pensión de jubilación del demandante, debió liquidarse sobre el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de todos los factores salariales devengados por aquel durante el último año de servicio, contado entre junio 01 de 2009 y junio 30 de 2010³², se aclara que la prima de vacaciones y la prima de navidad, que no obstante su naturaleza de prestación social, por disposición legal constituyen factor de salario para efectos de liquidar cesantías y pensiones.

Dentro del acervo probatorio observamos copia de certificado de salarios del demandante, del último año de servicio, comprendido de junio 01 de 2009 a junio 30 de 2010, de donde se desprende que durante dicho lapso devengó:

- Sueldo básico;
- Prima de vacaciones;
- Prima semestral;
- Prima de navidad; y
- Prima extra semestral

Al analizar el acto administrativo de reconocimiento pensional y el que lo modificó, se puede inferir que Colpensiones liquidó la pensión del demandante bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, y tomando en cuenta el artículo 1º del Decreto 1158 de junio 3 de 1994, que establece los siguientes factores para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, y por ende, los factores a tener en cuenta en el IBL de las pensiones de vejez reconocidas conforme a dicho Sistema:

“ARTICULO 1º. El artículo 6º del Decreto 691 de 1994, quedará así: “Base de Cotización”.

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

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

³¹ Ver cédula de ciudadanía del demandante a folio 4 y tiempo servicio, folios 5 a 32 cuaderno 1.

³² Folio 26.

g) *La bonificación por servicios prestados*".

Aunque en los actos administrativos en comento no se señala claramente cuáles de los factores antes señalados se tomaron en cuenta para obtener el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación del demandante, se infiere que sólo se incluyó la **asignación básica**, porque de los factores que fueron devengados por el demandante durante el último año de servicio³³, éste es el que se encuentra enlistado en dicho Decreto.

Ahora, la prima extra semestral³⁴ devengada por el señor Rojas Libreros no constituye factor salarial y por ello no puede incluirse en la correspondiente liquidación pensional; lo anterior por cuanto no representaba un pago como contraprestación directa al servicio laboral prestado por dicho señor en favor del Departamento del Valle del Cauca.

Así las cosas, se colige que Colpensiones omitió incluir factores llamados a ser considerados en la liquidación tales como: **prima de vacaciones, prima de semestral y prima de navidad**, que según el lineamiento jurisprudencial del Consejo de Estado arriba resaltado, también deben incorporarse en el monto de la liquidación pensional del servidor público cobijado por la Ley 33 de 1985.

En punto al tema, si consideramos que según el artículo 45 del Decreto ley 1045 de 1978, las primas de vacaciones y de navidad no propiamente son factores salariales, sino prestaciones sociales, se debe aclarar que fue el legislador el que decidió consagrarlos como factores salariales para efectos de liquidar la pensión; de manera tal que al haber sido devengados por el demandante, debían haber sido considerados para efectos de la liquidación de su asignación pensional.

Consecuentes con lo anterior, resulta viable declarar la nulidad parcial o total de los siguientes actos administrativos:

Nulidad parcial de la Resolución No. 2876 de marzo 30 de 2010, por medio de la cual el Instituto de Seguros Sociales reconoció una pensión de vejez a favor del señor Julio Cesar Rojas Libreros.

³³ Folio 26

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, sentencia del 04 de agosto de 2010, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

Nulidad parcial de la Resolución No. 10752 de octubre 09 de 2010, a través de cual el Instituto de Seguros Sociales modificó la Resolución No. 2876 de marzo 30 de 2010.

Nulidad total de la Resolución No. GNR 18649 de enero 21 de 2016, mediante la cual la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones negó la petición de reliquidación de la pensión de vejez impetrada por el demandante.

Nulidad de la Resolución No. GNR 52582 de febrero 18 de 2016, mediante la cual la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones resolvió un recurso de reposición de forma negativa interpuesto en contra de la Resolución No. GNR 18649 de enero 21 de 2016.

Nulidad parcial de la Resolución No. VPB 18157 de abril 20 de 2016, por medio de la cual la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones de Colpensiones, resolvió el recurso de apelación formulado contra la Resolución No. GNR 18649 de enero 21 de 2016, procediendo a revocarla en todas sus partes, dando aplicación integralmente a las disposiciones del Decreto 758 de 1990 y Decreto 1158 de 1994.

A título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la entidad demandada que reliquide la **pensión de vejez**³⁵ del señor Julio Cesar Rojas Libreros, en cuantía equivalente al 75% del ingreso base de liquidación constituido por: *asignación básica, prima de vacaciones, prima de servicios semestral y prima de navidad*, percibidos por el demandante durante el último año de servicio contabilizado desde junio 01 de 2009 a junio 30 de 2010.

De otro lado, es importante mencionar que la entidad demandada podrá realizar los descuentos de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena y

35 En sentencia C-1255 de noviembre 28 de 2001, la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado RODRIGO UPRIMNY YEPEL, señaló que la Ley 100 de 1993 utiliza el término genérico de “pensión de vejez”, el cual incorpora lo que antes de la vigencia de esta Ley se denominaba también pensión de vejez y la llamada pensión de jubilación prevista para los empleados públicos o trabajadores cuyas pensiones eran reconocidas por cajas especiales o por las propias empresas. De manera textual la alta Corporación expresó:

“En tal contexto, la ley 100 de 1993, en la medida en que buscó establecer un sistema general de seguridad social, no sólo derogó las disposiciones legales que regulaban las pensiones para los empleados públicos y los trabajadores oficiales sino que unificó el lenguaje en la materia. A partir de su entrada en vigor, la contingencia de vejez sería cubierta con una pensión que en todos los casos se llamaría “de vejez”, sin importar si se trata de trabajadores privados o de servidores públicos.

(...)

“Lo que sucede es que su situación quedó englobada en el sistema general de seguridad social previsto por la Ley 100 de 1993 bajo el término genérico de “pensión de vejez”, la cual, como ya se indicó, incorpora no sólo lo que anteriormente se denominaba también pensión de vejez sino también la llamada jubilación prevista para empleados públicos o trabajadores cuyas pensiones eran reconocidas por cajas especiales o por las propias empresas”.

sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, pues así lo ha indicado el Consejo de Estado, al explicar que:

“(...) la referida omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional (...)”³⁶.

Al liquidar las sumas dinerarias en favor de la actora, los valores serán ajustados en los términos del inciso final del artículo 187 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente ® se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social dejada de percibir por la actora, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió efectuarse el pago de la obligación).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes respecto de cada obligación (v. gr. Mesada pensional o su diferencia), teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Los intereses, si los hubiere, serán reconocidos en la forma señalada en el inciso 3º del artículo 192 y el numeral 4º del artículo 195 del CPACA.

8. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Con relación a la prescripción, se tiene que el artículo 41 del Decreto Ley 3135 de 1968, prevé que las acciones derivadas de los derechos consagrados en el mismo prescriben en tres años, contados desde que la obligación se haya hecho exigible, término que se interrumpe por lapso igual con el simple reclamo escrito que haga el empleado o trabajador del derecho respectivo. Esta disposición fue reiterada en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

El consejo de Estado se refirió frente a las normas en comento en los siguientes términos:³⁷

³⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 4 de agosto de 2010, Exp. Rad. 0112-09, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.”

³⁷ Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda –Sala de Conjueces, Sentencia de Unificación de 18 de mayo de 2016, Exp. Rad. 25000-23-25-000-2010-00246-02 (0845-15), C.P: JORGE IVÁN ACUÑA ARRIETA (Conjuez).

“(…) Respecto al análisis de la prescripción trienal, es menester hacer alusión al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968³⁸ y 102 del Decreto 1848 de 1969³⁹ que disponen: “Las acciones estipuladas en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible (…).”

“Contempla el mismo artículo que el simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

“Retomando las normas citadas en el párrafo anterior en relación con la prescripción de los derechos laborales, se debe partir del presupuesto de que el derecho sobre el cual se solicita el reconocimiento administrativo y/o judicial debe encontrarse en su momento de exigibilidad, para que a partir de allí, se empiece a contabilizar el término de su prescripción. Es decir, el prerrequisito de la aplicación de la prescripción del derecho, es que éste se encuentre en el estado jurídico de la exigibilidad (…).”

Surge de lo anterior que las prestaciones laborales de los empleados públicos y trabajadores oficiales prescriben en el término de tres años, y que cuando el trabajador o empleado formula petición reclamando el derecho respectivo ese término se interrumpe por un lapso igual.

Igualmente precisa el Consejo de Estado que la prescripción debe contabilizarse a partir del momento en que el derecho reclamado verdaderamente se haga exigible.

De otra parte, de cara al derecho a la pensión la jurisprudencia del Consejo de Estado reiteradamente ha afirmado que si bien el derecho es imprescriptible, el cobro de las mesadas debe ser oportuno, por cuanto estas o sus diferencias si son susceptibles de la prescripción extintiva⁴⁰.

Bajo las anteriores consideraciones, se observa que en el caso concreto el derecho pensional del demandante se hizo exigible desde julio 01 de 2010, de suerte que, aplicando la prescripción trienal indicada en las normas transcritas, se encuentran prescritas las diferencias pensionales causadas con anterioridad a noviembre 02 de 2012, teniendo en cuenta que la petición a la entidad fue radicada en noviembre 03 de 2015⁴¹,

³⁸Artículo 41, Decreto 3135 de 1968: “Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción pero solo por un lapso igual”.

³⁹Artículo 102, Decreto 1848 de 1969: “1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, Sentencia de 2 de agosto de 2007, Exp. Rad. 4710-05, C. P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez, Actor: Luz Marina Manonegra de Montaña; Demandado: Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital -FAVIDI-. **“(…) REAJUSTE DE LA PENSION DE JUBILACION – El derecho no prescribe sino las diferencias que surgen luego de aplicarlo.**

No es posible declarar la prescripción del derecho al reajuste contemplado en la Ley 6ª de 1992, pues el mismo no prescribe por estar reconocido en ésta norma, lo que prescribe son las diferencias que surgen, cuando se aplica el reajuste a la mesada pensional y ésta incide en el valor de las futuras.

(…)”.

⁴¹ Según folio 43 del cuaderno1.

Consecuentes con lo anterior, se **declarará probada parcialmente excepción de prescripción** propuesta por la entidad demandada.

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.⁴², 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 interpretación⁴³:

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

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

⁴² Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

⁴³ 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.**

Así las cosas, 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.

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR infundadas las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada, excepto la de prescripción que prospera parcialmente, según se dispondrá en el numeral correspondiente.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No. 2876 de marzo 30 de 2010, por medio de la cual el Instituto de Seguros Sociales reconoció una pensión de vejez a favor del señor Julio Cesar Rojas Libreros.

TERCERO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No. 10752 de octubre 09 de 2010, a través de cual el extinto Instituto de Seguros Sociales modificó la Resolución No. 2876 de marzo 30 de 2010.

CUARTO: DECLARAR la nulidad total de la Resolución No. GNR 18649 de enero 21 de 2016, mediante la cual la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, negó la petición de reliquidación de la pensión de vejez impetrada por el demandante.

QUINTO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No. GNR 52582 de febrero 18 de 2016, mediante la cual la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones resolvió un recurso de reposición de forma negativa interpuesto en contra de la Resolución No. GNR 18649 de enero 21 de 2016.

SEXTO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No. VPB 18157 de abril 20 de 2016, por medio de la cual la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones de Colpensiones, resolvió el recurso de apelación formulado contra la Resolución No. GNR 18649 de enero 21 de 2016, según lo expuesto.

SÉPTIMO: En consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, a que reliquide la **pensión de mensual de vejez** del señor JULIO CESAR ROJAS LIBREROS, en cuantía equivalente al 75% del ingreso base de liquidación constituido

por: *asignación básica, prima de vacaciones, prima de servicios semestral y prima de navidad*, percibidos por el demandante durante el último año de servicio contabilizado desde junio 01 de 2009 a junio 30 de 2010.

OCTAVO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar al demandante las diferencias pensionales dejadas de percibir, resultantes entre lo que se pagó como consecuencia del reconocimiento pensional realizado y lo que debió pagar tras realizar la respectiva reliquidación de conformidad con la parte motiva de esta providencia, a partir de julio 01 de 2010. Dichas sumas se ajustarán dando aplicación a la fórmula indicada hasta la ejecutoria de la sentencia y devengarán intereses moratorios a partir de dicho momento, siguiendo las indicaciones del artículo 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA.

NOVENO: De acuerdo con lo ordenado en los numerales que anteceden, COLPENSIONES está facultada para efectuar los descuentos de los aportes correspondientes a los factores sobre los cuales la actora no haya efectuado la cotización correspondiente.

DECIMO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción; en consecuencia se declaran prescritas las **diferencias de las mesadas pensionales causadas** con anterioridad a noviembre 02 de 2012, según se expuso en la parte considerativa de este fallo.

DÉCIMO PRIMERO: NO CONDENAR en costas en esta instancia.

DÉCIMO SEGUNDO: ORDENAR a la entidad demandada cumplir este fallo en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Los intereses moratorios se devengarán a partir de la ejecutoria de esta providencia en los términos previstos en el inciso 3 del artículo 192 y el numeral 4° del artículo 195 ibídem.

DÉCIMO TERCERO: En firme la presente sentencia, comunicar a la entidad demandada, adjuntándole copia íntegra, para su ejecución y cumplimiento, conforme lo señala el inciso último del artículo 203 del C.P.A.C.A.

DÉCIMO CUARTO: 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