

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 093

Santiago de Cali, mayo treinta y uno (31) de dos mil dieciséis (2016)

Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho -Laboral
Radicación 76-001-33 33-005-2014-00328-00
Demandante ALBA GRACIELA SANTIBAÑEZ CASTILLO
Demandado ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES

Juez CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, instaurado a través de apoderado judicial, por la señora ALBA GRACIELA SANTIBAÑEZ CASTILLO, en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

1. HECHOS

- 1.1. La demandante fue pensionada por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - Seccional Valle del Cauca, a través de la Resolución No. 25216 de diciembre 2 de 2008, en su calidad de funcionaria de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali.
- 1.2. La demandante nació el 14 de mayo de 1951. Es decir para abril 1 de 1994, contaba con más de 35 años de edad (momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993) y por ende la cobija el régimen de transición previsto en el artículo 36 ibídem.
- 1.3. La pensión le fue liquidada erróneamente por un 78,26 % del ingreso base de liquidación establecido según el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, cuando de acuerdo con la Ley 33 de 1985, artículos 1 y 34 de la Ley 100 de 1993, tenía derecho a que se le liquidara con el 85 % del salario que sirvió de promedio para sus aportes dentro del último año de servicios y por cuanto tiene cotizadas 1845 semanas, tal y como se reconoce en el acto administrativo cuestionado.

- 1.4. La demandante solicitó que se le reliquidara la pensión; petición que le fue negada a través de la Resolución No. 7058 de abril 24 de 2009, con el argumento de haber adquirido el derecho a la pensión desde mayo 14 de 2006, en armonía con los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, cuyo contenido fue modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003.
- 1.5. Nuevamente con fecha marzo 18 de 2011 se radicó solicitud de reliquidación de la pensión ante el SEGURO SOCIAL SECCIONAL VALLE, sin que a la fecha de la presentación de la demanda se hubiera dado respuesta frente al tema.
- 1.6. La negativa a reliquidar la pensión por parte de la entidad demandada, desconoce los parámetros legales y para el efecto considera agotada la vía gubernativa.
- 1.7. Hasta la fecha COLPENSIONES no ha dado respuesta a la solicitud de reliquidación de pensión formulada por la demandante, lo cual contraría lo dicho a través de sentencia No. 0112 – 09, proferida por el Consejo de Estado y la Circular No. 054 de 2010 emanada de la Procuraduría General de la Nación.
- 1.8. Ante la negativa a la respuesta citada, la accionante instauró acción de tutela que correspondió al Juzgado 9 Laboral del Circuito de Cali.
- 1.9. Mediante sentencia de marzo 1 de 2012, el juzgado tuteló el derecho de petición que le asistía a la accionante y le dio plazo de 10 días para responder a COLPENSIONES.
- 1.10. A la fecha de presentación de la demanda, COLPENSIONES insiste en no dar respuesta a la solicitud del demandante.

2. DECLARACIONES Y CONDENAS

- 2.1. Declarar la nulidad de las Resoluciones Números 25216 de diciembre 2 de 2008 y 7058 de abril 24 de 2009, proferidas por el Departamento de Atención al Pensionado del Seguro Social – Seccional Valle, mediante las cuales reconoció pensión de vejez de la seora ALBA GRACIELA SANTIBAÑEZ CASTILLO a partir de diciembre 1 de 2008.
- 2.2. Liquidar la pensión de la demandante conforme al artículo 1 de la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta lo devengado a noviembre 30 de 2008.

- 2.3.** Reajustar el valor correspondiente de acuerdo con el IBL que resulte del numeral anterior.
- 2.4.** Ordenar reliquidar la pensión de la demandante con el promedio de lo devengado en el último año de servicios, es decir a noviembre 30 de 2008, más el incremento con los respectivos factores salariales y un porcentaje del 85 % toda vez que cotizó durante 1400 semanas y no con base en lo devengado o cotizado durante los últimos 10 años.
- 2.5.** Reconocer y pagar las diferencias con retroactividad desde la fecha de causación del derecho (diciembre 1 de 2008), hasta la fecha en la cual se realice el pago con la corrección en la nómina de pensionados.
- 2.6.** Condenar en costas a la entidad demandada.

3. NORMAS VIOLADAS

Invoca como tales los artículos 13, 29, 48 y 53 de la Carta Política; 1 de la Ley 33 de 1985 y 62 de 1985; 11, 34, 36 y 288 de la Ley 100 de 1993.

4. CONCEPTO DE VIOLACION

La demanda precisa que la entidad demandada infringió el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, es decir desconoció que la empleada oficial mujer que haya trabajado durante 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, tiene derecho a pensión vitalicia de jubilación por el valor equivalente al 75 % del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio; situación que a su parecer se reiteró con ocasión de la expedición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siempre, por cuanto al momento de entrar en vigencia la norma, contaba con 43 años de edad (es decir 35 o más años de edad) y más de 15 años de servicio cotizados allí exigidos.

Adicionalmente el libelo precisa que por virtud del artículo 1 de la Ley 62 de 1985, los factores salariales son asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnicas, ascensional y de capacitación, dominicales, horas extras, bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Además precisa la demanda, que de conformidad con los artículos 11, 34 y 288 de la Ley 100 de 1993, la sentencia C – 198 de 1995 de la Corte Constitucional, la Consulta No. 937 de diciembre 11 de 1997 del Consejo de Estado, las sentencias de junio 8 y septiembre 21 de 2000 de ésta última corporación (Sección Segunda) y la sentencia de octubre 21 de 2004, proferida por el Tribunal Superior de Medellín; por el hecho de haber cotizado durante 1845 semanas, tiene derecho a que se le apliquen incrementos porcentuales hasta en un 85 %, con soporte en el principio de favorabilidad en armonía con los artículos 48 y 53 de la Carta Política, que regulan el tema de los derechos adquiridos y su característica de irrenunciabilidad.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada contestó la demanda en escrito mediante el cual se opone a las pretensiones de la misma, sobre la base de considerar que la entidad de previsión – Instituto de Seguros Sociales - liquidó la pensión a la accionante mediante Resolución No. 25216 de diciembre 2 de 2008 confirmada en reposición según Resolución No. 7058 de 2009, dejando en suspenso el pago de la prestación hasta tanto se acreditara el retiro definitivo del servicio por parte de la beneficiaria; con sustento en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, porque le resultaba más favorable a la accionante, con base en la siguiente argumentación:

- El promedio de los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión (artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003);
- Los factores salariales definidos por el Decreto 1158 de 1994, que arrojó ingreso base de liquidación \$2.063.271, que al aplicarle el 78,26 % permitió liquidar la pensión en la suma de \$1.614.716 a partir de diciembre 1 de 2008 de acuerdo al Decreto 813 de 1994, artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003.
- Si bien las leyes 33 y 62 de 1985, las pensiones se deben liquidar sobre los factores que han servido de base para calcular los aportes, a partir del Acto Legislativo No. 1 de 2005, las liquidaciones de pensiones se deben liquidar con base en los factores sobre los cuales la persona hubiere efectuado las cotizaciones.

- La liquidación de factores salariales se realiza acorde con capacidad del trabajador y solo si se tuvieron en cuenta como base de cotización que beneficia a los sectores más pobres. De lo contrario se atenta contra el principio de solidaridad que regula la Ley 100 de 1993.
- La jurisdicción contenciosa administrativa concede pensiones con base en interpretaciones discutibles, según cálculo que realiza sobre los aportes efectuados del Ingreso Base de Liquidación – IBL, sin importar si realizaron aportes con base en los factores salariales¹.

6. EXCEPCIONES

6.1. Inexistencia de la obligación:

Reitera el escrito de contestación de la demanda, que para establecer el ingreso base de liquidación se deben tomar los factores salariales de que trata el decreto 1158 de 1994, teniendo en cuenta lo cotizado durante los últimos 10 años por ser más favorable según los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

6.2. Prescripción:

Los derechos emanados de acciones laborales prescriben en tres (3) años desde el momento en el que la obligación se haga exigible, de conformidad con los artículos 488 del C. S. T. y 151 del C. P. L.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante escrito presentado por la parte demandante², se afirma que están probados los hechos de la demanda, a quien le liquidaron el IBL de la pensión con un 78,26 % de \$2.063.271, una vez se retiró de la DIAN desde julio 30 de 2009, cuya cuantía se fijó por la suma de \$1.614.716, cuando ha debido ser el 85 % por tener más de 1400 semanas cotizadas; aclarando que en el decurso del proceso judicial que nos ocupa, se produjo el fallecimiento de la señora ALBA GRACIELA SANTIBAÑEZ CASTILLO, con fecha octubre 23 de 2015³.

La parte demandada, se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de demanda con sustento en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, que regulan el Ingreso Base de

¹ Folios 56 al 61

² Folios 103 al 105

³ Folios 103 al 106 y 107 al 110

Liquidación IBL y el régimen de transición que le asiste a la demandante, se conforma con la sentencia de marzo 15 de 2011, proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia SU 230 de 2015 proferida por la Corte Constitucional, que transcribe parcialmente.

El Agente del Ministerio Público no conceptuó.

8. CONSIDERACIONES

8.1. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al acontecer procesal, el problema jurídico a resolver se contrae a determinar, si procede el reajuste de la pensión de vejez devengada por la demandante, teniendo en cuenta como Ingreso Base de Liquidación IBL, todos los factores salariales devengados por la señora ALBA GRACIELA SANTIBAÑEZ CASTILLO durante su último año de labores y hasta el momento de su retiro de la DIAN, para cuyos efectos invoca el régimen de transición, que según su parecer, por el hecho de haber cotizado más de 1400 semanas a dicho IBL se le debe aplicar el 85 %, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

8.2. HECHOS DEBIDAMENTE PROBADOS

Con ocasión del material probatorio allegado al proceso, se ha podido establecer lo siguiente:

- Mediante Resolución No. 25216 de diciembre 2 de 2008⁴, el Instituto de Seguros Sociales reconoció que el tiempo total laborado por la demandante, que nació el 14 de mayo de 1951 es decir contaba con 56 años de edad, fue de 6648 días ante otras entidades del Estado de 6273 ante el ISS, es decir 1845 semanas;
- También explica la decisión que para liquidar la pensión se aplica el promedio de lo devengado en los últimos 10 años anteriores al reconocimiento, esto es un 78,26 % del IBL obtenido en la suma de \$2.063.271 actualizado con el IPC, para un total de \$1.614.716 a partir de diciembre 1 de 2008, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por los artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003, aunque no haya sido emitido el bono pensional en su totalidad; a

⁴ Folios 2 al 5

cuyo pago se procederá, una vez se acredite el retiro del servicio público, previa reliquidación actualizada;

- Mediante Resolución No. 7058 de abril 24 de 2009⁵, se confirma la decisión anteriormente descrita, en cumplimiento de trámite de recurso de reposición a través de la cual la ahora demandante había solicitado reliquidar el valor de la pensión en un 85 %, de acuerdo con el tiempo cotizado;
- Mediante solicitud radicada con fecha marzo 18 de 2011⁶, se solicita reliquidar la pensión, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados y con fundamento en la Sentencia No. 112 de 2009 proferida por el Consejo de Estado y la Circular No. 054 de noviembre 3 de 2010; tema frente al cual el Juzgado 9º Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia de marzo 1 de 2012, ordenó reliquidar la pensión con base en la totalidad de factores salariales devengados, sin especificar el porcentaje a aplicar⁷; al paso que la contestación de la demanda no hace referencia a la ausencia de respuesta a dicha comunicación, sino que se limita a decir que se atiene a lo probado en el proceso y a ratificar lo dicho a través de las Resoluciones Números 25216 de diciembre 2 de 2008 y 7058 de abril 24 de 2009, para cuyos efectos aporta como prueba y en medio electrónico (CD) los antecedentes administrativos que reposan sobre el particular al interior de la entidad⁸.

8.3. DECISIÓN ACERCA DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, se procederá a:

- Realizar un breve estudio sobre el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993;
- Determinar cómo se debe efectuar la liquidación de las pensiones de los servidores cobijados por la transición;
- Señalar el régimen pensional aplicable a la demandante;

⁵ Folios 7 al 10

⁶ Folios 13 al 19

⁷ Folios 20 al 27

⁸ Folios 56 al 61 y 62 al 70

- Identificar los factores salariales que hacen parte del ingreso base de liquidación pensional en el caso concreto.

8.4. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN CONTENIDO 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 el régimen de transición, como sigue:

“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”.

De la transcripción de la norma se colige que se benefician del régimen de transición allí previsto, a partir de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones (abril 1 de 1994 en términos generales o junio 30 de 1995 para empleados territoriales), quienes hayan cumplido 35 años para las mujeres, 40 años en el caso de los hombres o 15 años o más de servicios cotizados, tienen la posibilidad de acceder a la pensión con base en los requisitos de tiempo, edad y monto de la pensión establecidos en normas anteriores a la Ley 100 de 1993, según el caso, ya sea por regímenes especiales o por las normas generales pensionales.

Por ello, para efectos de determinar el régimen aplicable respecto de quienes cumplen los requisitos antes mencionados, es necesario determinar si la ahora demandante, es beneficiaria de un régimen especial, pues de lo contrario, le será aplicable el contenido

en las Leyes 33 y 62 de 1985 o el de la Ley 6 de 1945, que son las normas aplicables a los empleados públicos del orden nacional, con anterioridad en materia pensional.

Al respecto, la Ley 33 de 1985 señala en su artículo 1:

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

“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 (...)

“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 (50) años 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.

“Parágrafo 3º. En todo caso, los empleados oficiales que a la vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley (...)”

Por su parte el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978, definió enunciativamente los factores salariales que deben aplicarse, al momento de liquidar la pensión de las personas sujetas al régimen pensional contenido en la Ley 33 de 1985, así:

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

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;*
- c) Los dominicales y feriados;*
- d) Las horas extras;*
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;*
- f) La prima de navidad;*
- g) La bonificación por servicios prestados;*
- h) La prima de servicios;*
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;*
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;*

RADICACIÓN 76001-33-33-005-2014-00328-00
DEMANDANTE ALBA GRACIELA SANTIBAÑEZ CASTILLO
DEMANDADO COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL

k) La prima de vacaciones;

l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;

*ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. **Modificado posteriormente.***

Lo anterior significa que para el caso que nos ocupa, en principio es aplicable el régimen de transición señalado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que ampara el régimen anteriormente vigente para los empleados públicos del orden nacional. Dicha disposición nos remite tácitamente entonces, a aplicar en su integridad la Ley 33 de 1985, que ordena pagar la pensión en un 75 % del total de los factores salariales devengados en el último año de servicio, según se ha reconocido a nivel jurisprudencial, conforme el análisis que a continuación se expone.

8.4.1. INTEGRALIDAD EN LA LIQUIDACIÓN DE LAS PENSIONES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DEL ORDEN NACIONAL PERTENECIENTES AL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PROTEGIDO POR LA LEY 100 DE 1993 – ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

La Ley 33 de 1985 regula el régimen de transición que ampara el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dispuesto a favor de quienes se deban pensionar en su condición de empleados públicos del orden nacional.

Sobre su aplicación ya se ha pronunciado ampliamente el Consejo de Estado, precisando que cuando una persona se encuentra amparada por dicho régimen de transición, éste le debe ser aplicado en su totalidad, es decir, la determinación del valor de la pensión es de carácter integral en cuanto a la edad, al tiempo de servicio y al monto de la pensión; entendiendo como tal, la tasa de reemplazo o nuevo ingreso que se debe liquidar a favor del sujeto pendiente de pensionar. No se deben asumir los conceptos de manera parcial de los regímenes regulados por cada una de las disposiciones enunciadas.

El Despacho acoge y se permite citar in extenso, una de las posiciones más relevantes de la referida Corporación sobre el particular⁹:

⁹ 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).

RADICACIÓN 76001-33-33-005-2014-00328-00
DEMANDANTE ALBA GRACIELA SANTIBAÑEZ CASTILLO
DEMANDADO COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL

*“(…) **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 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 regirán 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 éste

RADICACIÓN 76001-33-33-005-2014-00328-00
DEMANDANTE ALBA GRACIELA SANTIBAÑEZ CASTILLO
DEMANDADO COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL

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 (...)”

Respecto al mismo tema y adoptando idéntica posición, la referida Corporación en sentencia de unificación de agosto 4 de 2010 manifestó¹⁰:

*“(...) 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**”¹¹ (...)*”.

De acuerdo con el anterior referente jurisprudencial, 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 aplicado 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 base en el régimen vigente con anterioridad a la expedición de dicha Ley. Por lo tanto, debe interpretarse en lo relacionado con el monto de la pensión que éste contiene el porcentaje o tasa de reemplazo y el ingreso base de liquidación contenido en la disposición aplicable anterior a la Ley 100 de 1993.

De otra parte, el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación de 25 de febrero de 2016¹², 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:

¹⁰ 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).

¹¹ 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.

¹² 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.

RADICACIÓN 76001-33-33-005-2014-00328-00
DEMANDANTE ALBA GRACIELA SANTIBAÑEZ CASTILLO
DEMANDADO COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL

*(...) 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 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 4° de 1992 y no a la interpretación de múltiples normas jurídicas en que se ha sustentado la liquidación de las pensiones del régimen de transición de los regímenes especiales del sector público (...)

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

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

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

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

RADICACIÓN 76001-33-33-005-2014-00328-00
DEMANDANTE ALBA GRACIELA SANTIBAÑEZ CASTILLO
DEMANDADO COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL

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 29 de abril del 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 el caso concreto que nos ocupa, tal posición no contraría lo dispuesto por la Honorable Corte Constitucional en la sentencia C - 258 de 2013, por cuanto en criterio del Despacho, aquí no se debate el derecho pensional de una persona privilegiada por el régimen especial establecido en el artículo 17 de la Ley 4° de 1992.

No obstante lo dicho, es de aclarar que la jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido pacífica en señalar que en virtud de los principios de favorabilidad y de inescindibilidad de la ley, **se debe aplicar en su integralidad el régimen de transición**. Respecto a este tópico la alta Corporación señaló¹³:

“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

¹³ Sentencia de 3 de febrero de 2011, consejo ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, radicación número: 25000-23-25-000-2007-01044-01(0670-201).

RADICACIÓN 76001-33-33-005-2014-00328-00
DEMANDANTE ALBA GRACIELA SANTIBAÑEZ CASTILLO
DEMANDADO COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL

de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación y así lo solicitó en la demanda¹⁴.”

“Sin embargo, teniendo en cuenta que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contiene una contradicción, en lo que tiene que ver con la forma en que debe establecerse el monto de la pensión de las personas cobijadas por el régimen de transición, el Consejo de Estado ha manifestado que en este evento se debe dar prevalencia al principio de favorabilidad. En efecto, sobre este tópico el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa plasmó las siguientes consideraciones y soluciones¹⁵:

“Para la Sala es claro -como se expuso en párrafos precedentes-, que **el alcance del régimen de transición respecto de estas personas es integral e implica que los diferentes elementos que definen el reconocimiento y pago del derecho pensional sean gobernados sin discriminación alguna por la normatividad anterior**, posición que ha constituido una constante en el tratamiento jurisprudencial del tema y que se adopta una vez más por la Sala, de manera pues que se descarta en principio o al menos en cuanto al contenido y alcance del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 una escisión en cuanto al manejo normativo y aplicación de los elementos que componen y determinan el derecho pensional de los beneficiarios de dicho régimen.

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

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

“De acuerdo con lo anterior se tiene, que el contenido real del régimen de transición se encuentra expresado en el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues allí se describe con suficiencia la naturaleza misma de dicho beneficio.

“Sin embargo, luego de la prescripción del régimen de transición, el Legislador dispuso en el inciso 3° del artículo en mención, que:

“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 le hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE (...)”¹⁶

“Lo dispuesto en el aparte transcrito, en criterio de la Sala desnaturaliza la esencia y finalidad del régimen de transición previsto en el inciso 2° ibídem, al consagrar una liquidación y cálculo del Ingreso Base de Liquidación por fuera del régimen que ampara en cada caso el sistema de transición, lo que en muchos casos milita en detrimento del derecho pensional de sus beneficiarios concretamente en cuanto al monto pensional.

“No obstante, en sede judicial, la disyuntiva creada con la desafortunada redacción de dicho artículo ha permitido en casos particulares la aplicación de la liquidación pensional contenida en el inciso 3° pero **únicamente en función del principio de favorabilidad**, de manera que la situación de contradicción se resuelva siempre en beneficio del pensionado según el caso, pues de conformidad con este principio

¹⁴ Al respecto ver la sentencia de 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.

¹⁵ Sentencia de 18 de febrero de 2010, consejo ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ, radicación número: 25000-23-25-000- 2003-07987-01(0836-08).

¹⁶ El párrafo siguiente de este inciso -que contemplaba la regulación en caso de que el tiempo faltante para la pensión fuera igual o inferior a dos años y determinaba liquidación diferencial para los trabajadores del sector privado y servidores públicos- fue **declarado inexecutable** en Sentencia C-168 de 1995 por la Corte Constitucional.

RADICACIÓN 76001-33-33-005-2014-00328-00
DEMANDANTE ALBA GRACIELA SANTIBAÑEZ CASTILLO
DEMANDADO COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL

consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera entonces en casos como éste, 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.¹⁷

“Si bien la aplicación de la favorabilidad implica la adopción integral de la norma escogida por virtud del principio de inescindibilidad de la Ley que le es inherente, debe anotarse que el régimen de transición se constituye en la excepción a dicha regla hermenéutica, pues la redacción misma del precepto legal habilita la aplicación simultánea de los dos ordenamientos (el amparado por el régimen de transición y en cuanto a la liquidación del derecho el contenido en el inciso 3°), y en éste caso la conclusión obligada es la escindibilidad de la norma en función de la favorabilidad.

Así, la liquidación del derecho pensional de los empleados cobijados por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo expuesto admite tres eventos:

1. La aplicación integral de la normatividad anterior en todos los aspectos que conforman el derecho pensional, que como se mencionó al principio corresponde a la esencia misma del sistema de transición.
2. La aplicación del régimen anterior salvo en el cálculo del **Ingreso Base de Liquidación**, el cual se establecería por favorabilidad de conformidad con la primera regla del inciso 3° ibidem, esto es, **con el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hiciera falta al empleado para acceder a la pensión a partir de la vigencia de la Ley 100**, cuando éste fuere inferior a 10 años; y
3. La aplicación del régimen anterior estableciendo el **ingreso base de liquidación** de conformidad con la segunda regla contenida en el inciso 3° en mención, es decir, **con el promedio de lo cotizado durante todo el tiempo**, cuando el que faltare para acceder a la pensión fuera superior a 10 años.

“Al respecto debe entenderse que **por ser de la esencia del régimen de transición la aplicación integral del régimen anterior, el primer supuesto opera de pleno derecho para quienes se encuentran inmersos en el mismo y consolidan su status pensional**, así para efectos del cálculo del quantum pensional y la determinación del ingreso base de liquidación se observarán igualmente las normas que gobernaron la concesión del derecho; no sucede así para quienes consideran les beneficia la liquidación establecida en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues si bien corresponde al Juez aplicar el principio de favorabilidad, incumbe en estos casos a la parte interesada no sólo alegarla sino probar y aportar los elementos que permitan establecerla, pues bajo los tres supuestos anteriormente enlistados **la favorabilidad de la norma sólo puede determinarse luego de la liquidación aritmética del derecho**, por lo que se torna necesario para quien pretende la aplicación del inciso 3° en mención, probar que en efecto le beneficia y en tal sentido aportar los certificados salariales que respalden su pretensión.

“De acuerdo con lo anterior se tiene, que la liquidación del derecho pensional de los beneficiarios del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, no impone una regla jurídica homogénea en la resolución judicial de los conflictos que al respecto se presentan, sino que admite tres hipótesis que dependerán básicamente en cada caso del contenido del petitum y del acervo probatorio que lo respalde, pues si bien en la mayoría de casos resulta benéfica la aplicación integral del contenido del régimen de transición -tratándose de regímenes generales la liquidación aritmética ordenada en las Leyes 33 y 62 de 1985-, en otros resulta favorable el cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas contenidas en el inciso 3° del artículo 36 ibidem, como en aquellos casos en los que el empleado obtuvo mayores ingresos salariales precisamente en los años que precedieron el último año de servicios, situación que teniendo en cuenta el régimen general anterior referido arrojaría un Ingreso Base de liquidación pensional inferior al que podría obtener el pensionado aplicando el inciso 3° en mención, que ordena su cálculo con el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hiciera falta al empleado para acceder a la pensión con la actualización año tras año conforme al IPC, caso en el que corresponde al interesado alegar y probar la favorabilidad de dicha norma, por lo expuesto en el párrafo anterior.”

Del anterior referente jurisprudencial, se infiere que ante la disyuntiva derivada del contenido y alcance de los incisos 2° y 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según

¹⁷ C-168 de 1995. Corte Constitucional.

los cuales el monto de la pensión (porcentaje) es el previsto en el régimen anterior y el ingreso base de liquidación de la misma es el señalado en el inciso 3º ibídem, es factible que en lo referente a la liquidación del derecho pensional de los empleados arrojados por la transición prevista en esa norma, opere cualquiera de los tres supuestos planteados en la jurisprudencia transcrita, en función del principio de favorabilidad, esto es, (i) aplicación integral del régimen anterior, y (ii) dando aplicación al régimen anterior salvo en lo atinente al cálculo del ingreso base de liquidación, que se establecería conforme a cualquiera de las dos reglas contenidas en el prementado inciso 3º.

No obstante, conforme a la cita jurisprudencial, resulta necesario aclarar que tal excepción a la regla de la inescindibilidad de la ley se predica única y exclusivamente para lo consagrado en el inciso 3º de del artículo 36 ibídem, en virtud de su manifiesta contradicción con el contenido del inciso 2º del mismo canon y dando prevalencia al principio de favorabilidad plasmado en el artículo 53 superior. Es decir, que sólo se aplica para el régimen de transición señalado en el artículo 36 en comento, por ende, no es viable que se extienda a otras disposiciones de la Ley 100 de 1993, como por ejemplo el artículo 34 que regula lo atinente al monto de la pensión de vejez de las personas que no son beneficiarias de aquel.

Se hace imperativa la anterior precisión, en razón a que una de las pretensiones de la demanda está encaminada a que se disponga la reliquidación de la pensión de vejez sobre el 85% del promedio de lo devengado durante los últimos diez (10) años de servicio. Esto equivale a aplicar el monto de la pensión señalado en artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

Igualmente solicita dar aplicación al régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que tácitamente nos remite al cálculo del ingreso base de liquidación fijado en el régimen pensional de la Ley 33 de 1985. Dicho de otra manera, se pretende que se aplique de manera simultánea el régimen pensional general de la Ley 100 de 1993 y el régimen de transición que la misma norma ampara a quienes estaban cobijados por el régimen anterior, lo cual no está permitido por cuanto viola el principio de inescindibilidad de la Ley.

De acuerdo con este principio, el régimen que se escoja debe aplicarse en su integralidad y no de manera fraccionada. Se insiste, la excepción a la inescindibilidad de la ley opera en el caso específico del artículo 36 de la Ley 100 en comento –régimen de

transición-, circunstancia que no fue invocada por el demandante, sino que, como se dijo, pretende la aplicación simultánea de los dos regímenes.

Ahora, pese a que el porcentaje indicado en el régimen pensional general de la Ley 100 de 1993 es superior al porcentaje señalado en la Ley 33 de 1985, lo que, en principio, induciría a pensar que es más favorable, lo cierto es que en la práctica esto no ocurre, por aquello que el ingreso base de liquidación con este último régimen es más elevado debido a que se calcula sobre el promedio de lo devengado durante el último año de servicio y con ingresos superiores, mientras que el ingreso base de liquidación con el primer régimen mencionado se extrae tomando el promedio de lo percibido en los diez años previos al reconocimiento de la pensión, lo cual arroja un IBC más bajo, excepto en aquellos eventos en que el empleado haya obtenido mayores ingresos salariales durante los nueve (9) años que precedieron el último año de servicios, lo cual no ocurre con el demandante, si en cuenta se tiene en las certificaciones salariales visibles a folios 2 al 9 del cuaderno No. 2.

Otro aspecto que marca diferencia en el cálculo del ingreso base de liquidación de la pensión en uno y otro régimen, son los factores salariales que lo integran. En el régimen ordinario deben observarse los factores salariales contenidos y que hayan sido cotizados según el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994. En el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dependiendo del principio de favorabilidad, se aplican los factores salariales enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 y otros factores devengados por el servidor público durante el último año de prestación de servicios, según lo ha determinado la jurisprudencia del Consejo de Estado. Sin perjuicio de optar por lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 mencionado, antes descrito que a su vez nos remite a los factores salariales señalados en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994. Respecto de este último supuesto el Consejo de Estado puntualizó¹⁸:

“(...) Ahora, para quienes en aplicación del principio de favorabilidad deba liquidárseles su derecho pensional teniendo en cuenta el contenido del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993,¹⁹ deberán observarse los factores salariales previstos en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994 (...).”

¹⁸ Sentencia de 18 de febrero de 2010, consejo ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ, radicación número: 25000-23-25-000- 2003-07987-01(0836-08).

¹⁹ *“(...)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 le hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. (...)” (Se resalta).*

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 sobre el régimen de transición ha trazado el Consejo de Estado a lo largo del tiempo, en materia de pensiones de quienes en su momento se desempeñaron como empleados públicos del orden nacional, amén de ser la que se acompasa con los principios de igualdad, favorabilidad y progresividad laborales, amparados constitucionalmente.

Lo anteriormente dicho implicaría en principio, imposibilidad de dar aplicación a liquidar la pensión con base en el 85 % promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años de servicios conforme a lo previsto en la Ley 797 de 2003 artículo 10, toda vez que ese mecanismo de liquidación es el que se debe emplear para las personas a quienes no beneficia el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 igualmente invocado en la demanda.

Después de realizar el anterior enunciado, corresponde al Despacho, de conformidad con el material probatorio allegado, determinar cuál es el régimen pensional aplicable en particular a la demandante.

8.4.2. LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN CONFORME AL RÉGIMEN CONTENIDO EN LA LEY 33 DE 1985 PARA LOS EMPLEADOS DEL ORDEN NACIONAL

El régimen pensional general de los servidores públicos del orden nacional que antecedió y protege la Ley 100 de 1993, artículo 36, era el establecido en la Ley 33 de 1985, cuyo artículo 1° reza:

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

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

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

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

“Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta años (50) de edad, si son

mujeres, o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro (...)" (Se resalta).

Esta disposición contiene un régimen de transición o excepciones para los 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, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
2. Que a la entrada en vigencia de la misma, hubieran cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio; evento en el cual se les continúa aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad.
3. Que a la fecha de la vigencia de la Ley en comento, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

El régimen de transición de que trata la Ley 100 de 1993 artículo 36, extiende la aplicación de la Ley 33 de 1985 a aquellos empleados incluyendo los servidores públicos del orden nacional, que a la fecha de entrada en vigencia de la norma (abril 1 de 1994), hubieran cumplido más de treinta y cinco (35) años de edad o cotizado durante más de quince (15) años.

Para el caso concreto, se tiene que la demandante nació en mayo 14 de 1951. Ello significa que para abril 1º de 1994 – fecha límite para que entrara a regir el Sistema General de Pensiones desarrollado en la Ley 100 de 1993²⁰-, tenía cuarenta y dos (42) años once (11) meses de edad; es decir superaba los treinta y cinco (35) años señalados en la disposición antes citada y por tanto la demandante es beneficiaria del régimen de transición que brinda la posibilidad de aplicar al caso concreto, la Ley 33 de 1985.

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".

En lo que respecta al tiempo de servicios cotizados, se encuentra por su parte probado que la señora ALBA GRACIELA SANTIBAÑEZ CASTILLO, cotizó entre octubre 2 de 1969 y octubre 31 de 2008, de la siguiente forma²¹:

ENTIDAD	DESDE	HASTA	TOTAL DÍAS
ANGELINO ROJAS	Octubre 2 / 1969	Noviembre 13 / 1969	43
JUAN ZAMARRIEGO	Mayo 19 / 1970	Julio 19 / 1972	793
JUAN ZAMARRIEGO	Diciembre 31 / 1974	Enero 8 / 1976	374
ANGELO LTDA.	Marzo 1 / 1976	Abril 16 /1976	47
DIAN	Abril 20 /1976	Noviembre 17 / 1994	6688
DIAN	Noviembre 18 / 1994	Diciembre 31 / 1994	44
DIAN	Enero 1 /1995	Octubre 31 / 2008	4972
		SUMAN	12961
INTERRUPCIONES	Agosto 23 / 1979	Septiembre 24 / 1979	33
	Marzo 9 / 1989	Marzo 15 / 1989	7
		SUMAN	40
COTIZADO	MENOS	INTERRUPCIONES	12921

Del enunciado planteado en el cuadro se establece que la demandante no reunía los requisitos de que trata la Ley 33 de 1985, para acceder al régimen de transición contenido en dicha norma, respecto de la posibilidad de aplicar disposiciones expedidas con anterioridad a su vigencia, ya que la demandante no alcanzaba a cotizar por un período superior a los quince (15) años, para dicho momento, si se tiene en cuenta que para la fecha de publicación de la norma citada en Diario Oficial (febrero 13 de 1985), la demandante apenas había cotizado un período de 179,57 semanas en el sector privado, esto es, cerca de cuatro (4) años y algo más de ocho (8) años en el sector público.

También se puede deducir que entre la fecha de ingreso a la DIAN (abril 20 de 1976) y la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (abril 1 de 1994), la demandante ya había cotizado un período de tiempo superior a los dieciséis (16) años y contaba con más de treinta y cinco (35) años de edad; por ende, le es aplicable el régimen de transición pensional determinado en la Ley 33 de 1985 artículo 1º y las normas que la adicionaron o modificaron.

²¹ Ver períodos de cotización a folios 2, 7 y 8 citados en las Resoluciones Números 25216 de diciembre 2 de 2008 y 7058 de abril 24 de 2009 demandadas en nulidad

Lo anterior significa que para poder acceder al derecho a la pensión, la demandante requería según el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad y veinte (20) años de servicio, caso en el cual el monto de la pensión se debe liquidar con sustento en un 75 % promedio de la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicio, para cuyos efectos a su vez, debemos remitirnos a la aplicación del artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978, en armonía con la Ley 33 de 1985, artículo 1, modificada por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

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

De conformidad con el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978 se estableció:

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

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

El artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, es decir, expedida con posterioridad al Decreto Ley 1045 de 1978, exige una especie

de aportes en proporción a lo devengado por concepto de factores salariales²², que son enunciados en la norma como 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.

El Consejo de Estado adoptó a propósito de la expedición de las normas en cita, disímiles posturas en torno a su interpretación, hasta que la Sección Segunda de dicha Corporación en Sala Plena unificó el criterio, estableciendo que se deben incluir en la base de liquidación todos los factores salariales devengados por el servidor en el último año de servicios. El fallo, por ilustrativo, se transcribe de manera parcial²³ así:

“(…) 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 2003²⁴, 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 2006²⁵, se expresó:

²² Textualmente la norma en cita señala: “Artículo 3°. 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. (...)”.

²³ 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).

²⁴ 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.

²⁵ 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.

RADICACIÓN 76001-33-33-005-2014-00328-00
DEMANDANTE ALBA GRACIELA SANTIBAÑEZ CASTILLO
DEMANDADO COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL

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

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

“En la tercera hipótesis se indicó que las pensiones únicamente podían liquidarse teniendo en cuenta los factores salariales enlistados taxativamente por la Ley 33 de 1985 y en caso de haberse realizado deducciones sobre otros conceptos no comprendidos en ella debían devolverse las sumas a que hubiere lugar. Esta decisión se encuentra sustentada en la siguiente forma²⁶:

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

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

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

“De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. (...).

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

“Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar 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

²⁶ 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.

RADICACIÓN 76001-33-33-005-2014-00328-00
DEMANDANTE ALBA GRACIELA SANTIBAÑEZ CASTILLO
DEMANDADO COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL

*legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional.*²⁷

“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 prestación”²⁸ (...) (Subraya del despacho).

Por tanto, del aparte jurisprudencial transcrito, claramente se deduce que debe liquidarse la pensión de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicios.

Es importante resaltar además la advertencia realizada por la Alta Corporación en el sentido de que tales factores no deben entenderse en forma taxativa, sino que los mismos están plasmados a título enunciativo, lo cual permite la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, aun cuando éstos no estén contenidos en la Ley 33 de 1985 (que se insiste fue modificada por la Ley 62 del mismo año); de manera tal que se pueden incluir dentro de la conceptualización para definir el ingreso al cual se le debe aplicar el porcentaje del 75 %, incluyendo lo percibido por concepto de algunas prestaciones sociales tales como la prima de navidad y de vacaciones, ya que a pesar de tener dicha naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar cesantías y pensiones, por expresa disposición del legislador.

Dentro del conjunto de emolumentos devengados por parte de la señora ALBA GRACIELA SANTIBAÑEZ CASTILLO al interior de la DIAN²⁹, encontramos el sueldo, el factor salarial por vacaciones, la prima de vacaciones, el factor nacional, la prima de navidad, la prima de servicios, la bonificación por servicios, la bonificación por recreación y el incentivo de Desempeño Grupal.

De los factores enunciados, los referidos a sueldo, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios y bonificación por servicios estarían incluidos como factor salarial para efectos de liquidar la pensión por su inclusión como tal a través del Decreto Ley 1045 de 1978, artículo 45. La asignación básica y la bonificación por servicios igualmente se encuentran autorizada su inclusión por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, modificatoria de la Ley 33 de 1985. Desde el punto de vista jurisprudencial todos los conceptos mencionados en este párrafo se admiten como factor salarial al tenor de la sentencia de unificación proferida con ponencia del doctor VÍCTOR HERNANDO

²⁷ 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.

²⁸ 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).

²⁹ Ver nuevamente certificación a folios 2 al 9 del Cuaderno No. 2

RADICACIÓN 76001-33-33-005-2014-00328-00
DEMANDANTE ALBA GRACIELA SANTIBAÑEZ CASTILLO
DEMANDADO COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL

ALVARADO ARDILA, emitida con fecha agosto 4 de 2010 – Radicación No. 25000232500020060750901(0112-09).

En cuanto al Incentivo por Desempeño Grupal, el Decreto 1268 de julio 19 de 1999 artículo 5, que lo regulaba, a su vez precisaba:

“INCENTIVO POR DESEMPEÑO GRUPAL. Los servidores de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad, que como resultado de su gestión hayan logrado las metas tributarias, aduaneras y cambiarias que se establezcan de acuerdo con los planes y objetivos trazados para la respectiva área nacional, regional, local y delegada, tendrán derecho al reconocimiento mensual de un incentivo que no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue.

“Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal y se determinará con base en la evaluación de la gestión que se realice cada seis meses.

“PARÁGRAFO. Para la vigencia de 1999 continuará rigiendo lo estipulado en el artículo 4º del Decreto 046 de 1999 en el sentido que el porcentaje allí establecido se entenderá que se refiere al incentivo por desempeño grupal de que trata el presente artículo y las demás normas que lo adicionen o modifiquen.”

La frase que definía que el incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal, mediante sentencia de febrero 14 de 2002, con ponencia de la doctora ANA MARGARITA OLAYA FORERO, Expediente No. 2824, fue declarada ajustada la ley, con fundamento en demanda de nulidad que al respecto se presentó.

Al respecto se aclara que dicha disposición fue modificada por virtud del Decreto 4050 de octubre 22 de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 47.150, artículo 8 y con anterioridad a través de los Decretos 650 de marzo 4 de 2008, con efectos a partir de enero 1 de 2008; 607 de marzo 2 de 2007, con efectos fiscales a partir de enero 1 de 2007; Decreto 618 de febrero 28 de 2006, con efectos fiscales a partir de enero 1 de 2006; en el sentido de reducir el porcentaje inicialmente fijado para liquidar el Incentivo por Desempeño Grupal del 50 % al 26 %. Señala textualmente la norma:

“INCENTIVO POR DESEMPEÑO GRUPAL. Los empleados públicos de la DIAN que ocupen cargos de la planta de personal de la Entidad, que como resultado de su gestión hayan logrado las metas tributarias, aduaneras y cambiarias que se establezcan de acuerdo con los planes y objetivos trazados para la respectiva área nacional, local y delegada, tendrán derecho al reconocimiento mensual de un incentivo que no podrá exceder del veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue.

“Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal y se determinará con base en la evaluación de gestión que se realice cada seis (6) meses.

Dicha disposición también fue acusada por violación de la Carta Política en sus artículos 13, 25, 53, 150 y 189 y al respecto es preciso hacer referencia al fallo del Consejo de Estado de fecha julio 6 de 2015, proferido dentro del Expediente No. 11001032500020110006700 (0192-11), con ponencia del doctor LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, dentro del cual se declaró la nulidad de la expresión

subrayada, sobre la base de considerar que el incentivo allí regulado, se percibía de manera habitual, directa y como retribución a su labor, es decir constituía salario, al tenor del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo.

No se consideró la posibilidad de decretar cosa juzgada con sustento en la sentencia de febrero 14 de 2002 que inicialmente decidió solicitud de nulidad del Decreto 1268 de 1999 artículo 5, por cuanto en ésta no se analizaron las disposiciones constitucionales citadas con ocasión del fallo de julio 6 de 2015.

Al respecto se destaca que se señaló textualmente en la decisión:

*“(...) Lo anteriormente transcrito permite concluir que dentro del régimen jurídico anterior a la Carta Política como en el transcurrir de esta, el concepto de prima, **entendido como tal cualquier “incentivo” que se le dé a un trabajador de manera habitual y como contraprestación de su labor**, como ocurre en este caso, debe significar ineludiblemente un fenómeno retributivo de carácter adicional a la actividad laboral cumplida por el servidor público, que no puede desconocerse ni desnaturalizarse cercenándole el carácter de factor salarial.*

“Teniendo en cuenta entonces que la naturaleza del “incentivo” en estudio es netamente salarial y que la misma la recibe el empleado público de la planta de personal de la DIAN de manera habitual, periódica y como contraprestación directa de su despliegue laboral, para la Sala resulta claro que el Ejecutivo al expedir el decreto demandado desbordó su poder, por cuanto bajo la apariencia de un “incentivo”, que como su nombre lo dice pretende estimular al empleado con una retribución económica “adicional”, desmejoró el salario de los empleados pertenecientes a la entidad aludida.

“Así las cosas el Ejecutivo al establecer que este 26%, como rubro máximo a devengar por medio de este incentivo, no constituye factor salarial, lo que en realidad hace es despojar de efectos salariales a dicho porcentaje, con lo que de contera disminuye el monto de las prestaciones sociales.

“Y es que ha sido reiterativa la postura que esta Corporación ha tenido respecto del artículo 127 del C.S.T. en el sentido de que “Constituye salario no solo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la denominación que se adopte...” . Bajo ese entendido, el mentado “incentivo” que acá se analiza no tiene causa distinta a la del servicio que presta el funcionario e indudablemente es factor salarial, lo que hace forzoso concluir que restarle esa categorización a dicho emolumento y despojar ese porcentaje del salario, sería tanto como desmejorar en sus condiciones laborales a los servidores que devengan tal suma de dinero sin que la misma haga parte del salario.

“Por ello, el “incentivo” en mención, es ni más ni menos que una parte de salario que se da por retribución del servicio y no una prestación social a título de complemento para satisfacer las necesidades del empleado o su familia, por lo que necesariamente ha de formar parte de la asignación mensual que devengan los empleados de planta de la DIAN, so pena de estar desmejorándolos en sus condiciones laborales (...)”

De conformidad con lo dicho, si bien el texto de ambas disposiciones es de contenido similar y simplemente se alteró el porcentaje al cual podían acceder los empleados adscritos a la DIAN, tenemos que sumar a los factores enunciativos expuestos por el Decreto Ley 1045 de 1978 y la Ley 62 de 1985, el factor salarial de INCENTIVO POR DESEMPEÑO GRUPAL asignado a empleados de la DIAN, que evidentemente fue devengado por la señora ALBA GRACIELA SANTIBAÑEZ CASTILLO³⁰; y en tal sentido se inaplica por inconstitucional y con fundamento en la sentencia de julio 10 de 2015,

³⁰ Ver nuevamente certificación a folios 2 al 9

proferida dentro del Expediente No. 1100103250002011 - 0006700 (0192-11), con ponencia del doctor LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, la frase contenida en el Decreto 1268 de 1999, artículo 5, conforme a la cual, el Incentivo de Desempeño Grupal no constituye para ningún efecto legal, factor salarial.

La bonificación por recreación, por no seguir los criterios normativos y jurisprudenciales enunciados, no puede ser llamada a considerar como factor salarial, en tanto además de no aparecer regulada como tal, no apunta a una retribución directa del servicio prestado por el respectivo empleado público, no obstante pueda contribuir al adecuado desarrollo de uno de los aspectos de la vida del empleado; es decir solo alcanza a considerársela como una prestación social. Tal aspecto igualmente aparece ratificado a nivel jurisprudencial del Consejo de Estado³¹, en la siguiente forma:

“(...) el ordenamiento jurídico prescribe que la bonificación por recreación no constituye factor salarial para efectos prestacionales, por lo cual no puede accederse en este aspecto a la petición del demandante.

“Adicionalmente, tampoco puede perderse de vista que el objeto de dicho reconocimiento no es remunerar directamente la prestación del servicio del empleado, sino, por el contrario, contribuir en el adecuado desarrollo de uno de los aspectos de la vida del mismo, como lo es la recreación; razón por la cual, es válido afirmar que esta es una prestación social y, en consecuencia, no puede ser incluida como factor para la liquidación de la pensión, máxime si, como se anotó anteriormente, el legislador así lo estableció expresamente (...).”

La remuneración de vacaciones tampoco se puede considerar como factor salarial para efectos de liquidar la pensión, en cuanto se trata de una remuneración salarial de descanso, es decir se trata de una prestación de ninguna forma asociada al ejercicio de las labores asignadas como empleada, de manera que el denominado factor salarial por vacaciones y el concepto sueldo de vacaciones, tampoco pueden ser considerados como factores salariales para efectos de liquidar la pensión, como si lo es y así se declara en esta sentencia, la prima de vacaciones.

En cuanto al denominado factor nacional, el artículo 7 del Decreto 1268 de 1999, señala:

“(...) INCENTIVO POR DESEMPEÑO NACIONAL. *Hasta el 31 de diciembre de 2006 a los empleados públicos de carrera de los niveles auxiliar, técnico, profesional y especialista que sean ubicados en los Grupos Internos de Trabajo de Gerencia Usuarios Expertos, Gerencia Técnica y Gerencia de Implementación, adscritos al Despacho de la Secretaría de Desarrollo Institucional de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, que desarrollen funciones técnicas, de acuerdo con su rendimiento y evaluación mensual sobre los productos entregados del Modelo Unico de Ingresos, Servicios y Control Automatizado - Muisca que realizará el Director General o su delegado, tendrán derecho a percibir mensualmente, además de su asignación básica, una suma*

³¹ Ver sentencia de agosto 4 de 2010. Consejero Ponente VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Expediente No. 25000232500020060750901(0112-09)

RADICACIÓN 76001-33-33-005-2014-00328-00
DEMANDANTE ALBA GRACIELA SANTIBAÑEZ CASTILLO
DEMANDADO COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL

equivalente a la diferencia entre el grado que corresponde al empleo del cual es titular y la asignación básica del grado de referencia, de acuerdo con la siguiente tabla, de la escala salarial de la DIAN (...)

Dicha disposición fue modificada por el artículo 9 del Decreto 4050 de octubre 22 de 2008, el cual señaló:

“Es la retribución económica que se reconoce a los empleados públicos de la DIAN, que ocupen cargos de la planta de personal de la Entidad, referida al desempeño colectivo de los empleados públicos y relacionada con el cumplimiento de las metas de recaudo nacionales. Este incentivo se causará por períodos semestrales y dará derecho al reconocimiento de un pago correspondiente a dicho periodo, el cual podrá ser hasta del doscientos por ciento (200%) del salario mensual que se devengue, previa verificación del cumplimiento de dichas metas por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

“Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal”.

Como el Decreto 1268 de 1999 artículo 5 que pretende retribuir el rendimiento y la evaluación mensual sobre los productos entregados del Modelo Único de Ingresos, Servicios y Control Automatizado - Muisca que al respecto se realice por parte del empleado público adscrito a la DIAN solo tenía vigencia hasta diciembre 31 de 2006, en principio no es posible aplicarla para el caso que nos ocupa, por lo menos hasta octubre 22 de 2008.

Con posterioridad a octubre 22 de 2008, rige el Decreto 4050 de octubre 22 de dicho año, que al modificar expresamente el contenido del Decreto 1268 de 1999 explicó que el Incentivo por Desempeño Nacional pretende retribuir el cumplimiento de las metas de recaudo nacionales por períodos semestrales, previa verificación por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual puede ser fijado hasta por un 200 % del salario mensual devengado.

Así las cosas, en aplicación de los criterios expuestos en la sentencia de julio 6 de 2015, proferido dentro del Expediente No. 11001032500020110006700 (0192-11), con ponencia del doctor LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO y sobre la base de considerar que el incentivo últimamente enunciado, se percibe de manera habitual, directa y como retribución a la labor del empleado público, se considera que igualmente constituye un factor salarial llamado a aplicar a efectos de liquidar la pensión de la señora ALBA GRACIELA SANTIBAÑEZ CASTILLO, con base en los criterios que precisa el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con los artículos 13, 25, 53, 150 y 189, constitucionales y por ello se inaplicará por inconstitucional la frase que considera que el mismo no puede constituir factor salarial, en armonía con la sentencia citada.

9. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Para este Despacho es claro que, para efectos del cuántum, a la señora ALBA GRACIELA SANTIBAÑEZ CASTILLO (Q. E. P. D.), le resulta más benéfico que su pensión se reliquide bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985, en tanto el monto de la pensión se computa sobre el setenta y cinco por ciento (75%) de lo devengado durante el último de año de servicio, mientras que si se le aplica en su integridad el régimen general establecido en la Ley 100 de 1993, por una parte, los requisitos para adquirir el estatus son más rigurosos, dado que para acceder al derecho tendría que acreditar 60 años de edad y tener 1075 semanas de cotización³², y por otra, el monto de la pensión sería el ochenta y cinco por ciento (85%) del ingreso base de liquidación sobre lo cotizado, que es el promedio de lo devengado durante los nueve (9) años anteriores al del reconocimiento de la pensión fijado por el régimen de transición³³, lo cual tampoco ocurre con los factores salariales devengados y no necesariamente cotizados de conformidad con los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos frente al régimen de transición que cubre a la ahora demandante.

Aplicando la conceptualización enunciada al caso concreto, tenemos que la demandante es beneficiaria del régimen transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En tal virtud, le son aplicables las disposiciones de la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de esa misma anualidad, que a su vez ampara el régimen general de los empleados públicos del orden nacional.

En ese orden de ideas, y acorde con el precedente jurisprudencial referido párrafos arriba, la entidad demandada debió liquidar la pensión de la señora ALBA GRACIELA SANTIBAÑEZ CASTILLO, con el setenta y cinco por ciento (75%) de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, corrido entre julio 30 de 2008 y julio 30 de 2009³⁴, frente a los cuales se consideró que debían tenerse en cuenta los considerados en la certificación citada tales como sueldo, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, bonificación por servicios y el Incentivo al Desempeño Grupal³⁵.

³² Artículo 33 Ley 100 de 1993.

³³ Artículo 34 ibídem.0

³⁴ Ver información de la afiliada, suministrada por la DIAN a folios 2 al 9 del Cuaderno No. 2, en el que se indica que el último día de cotización fue julio 27 de 2009, en el cual se pagó el último mes de sueldo entre julio 1 y 30 de ese año

³⁵ Tomados de la certificación de sueldos y demás factores salariales, lo mismo que de la Resolución No. 4143.3.21.0110 de 10 de abril de 2013, por medio de la cual el Subsecretario para la Dirección y Administración de los Recursos de la Secretaría Educación del Municipio de Santiago de Cali, reconoció y autorizó el pago de una cesantía definitiva a favor de la señor Rosaura Gonzalías Rengifo, ambos documentos visibles a folios 57-59 y 69 del expediente.

No se pueden considerar como tal la bonificación por recreación, ni el denominado sueldo por vacaciones, ni el factor salarial por vacaciones.

Frente al factor nacional, solo se debe considerar lo devengado entre octubre 22 de 2008 y junio 12 de 2009, teniendo en cuenta lo dicho en el artículo 5 del Decreto 1268 de 1999, en armonía con el artículo 9 del Decreto 4050 de octubre 22 de 2008, que lo modificó.

En torno al último año de servicios, válido es precisar que si bien es cierto que por Resolución No. 25216 de diciembre 2 de 2008, confirmada mediante Resolución No. 7058 de abril 24 de 2009, el ISS Valle del Cauca decide la asignación pensional para esta última fecha³⁶, también los es que existe prueba en el expediente que evidencia que ésta laboró y percibió salarios y otros por parte de la DIAN hasta julio 31 de 2009, tal es el caso de la certificación expedida por el jefe de Grupo Interno de Trabajo de Personal de la DIAN NESLY LEAL SAA³⁷, en la que hace constar que la demandante prestó sus servicios en esa Institución y que entre enero 1 de 2007 hasta julio 30 de 2009, devengó sueldos y otros factores salariales; aspecto que coincide con lo afirmado por COLPENSIONES con fundamento en el resumen de semanas cotizadas³⁸.

Por consiguiente, es correcto afirmar que el último año de servicios se contabiliza de julio 30 de 2008 a julio 30 de 2009, salvo las excepciones citadas.

De otra parte, como se plasmó en el acápite de pruebas de esta sentencia, la entidad demandada por Resolución No. 25216 de diciembre 2 de 2008, confirmada mediante Resolución No. 7058 de abril 24 de 2009, no liquidó la pensión de vejez de la demandante en su condición de beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir respetando su condición de empleada pública del orden nacional, que a su vez nos remite al artículo 1º de la Ley 33 de 1985, con fundamento en los factores salariales de que trata el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978 y la Ley 62 de 1985; sino que aplicó el régimen contenido en la Ley 100 de 1993, con base en los factores salariales enlistados en el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, se debe proceder a nulitar el acto administrativo presunto derivado de la ausencia de respuesta a la solicitud presentada por la accionante con fecha marzo 18 de 2011 ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES REGIONAL VALLE DEL CAUCA.

³⁶ Folios 2 al 6 y 7 al 11 Cuaderno No. 1

³⁷ Folios 2 al 9 Cuaderno No. 2

³⁸ Folios 62 al 68 Cuaderno No. 1

Aunque no es procedente decretar la nulidad de tales actos administrativos, por cuanto no se agotó el recurso de apelación precisado en el ARTÍCULO SEXTO del acto inicialmente citado³⁹, ante una nueva solicitud de reliquidación de prestación periódica se dispondrá precisamente acatar dicha solicitud.

Luego entonces, se colige que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES REGIONAL VALLE DEL CAUCA, desconoció el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado referido con anterioridad, al no incluir en el ingreso base de liquidación de la pensión todos los factores constitutivos de salario percibidos por la demandante durante el último año de prestación de servicios, sin importar si sobre ellos se realizaron o no, las respectivas cotizaciones. No obstante lo dicho, por no haberse agotado el procedimiento administrativo establecido en el sentido de agotar el recurso de apelación exigido en la norma, el Despacho se inhibirá de un pronunciamiento al respecto.

Sin embargo, por cuanto la pensión es un derecho irrenunciable y como la demandante presentó solicitud de reliquidación de pensión a través de escrito de marzo 18 de 2011 dirigida ante el mismo Instituto de Seguros Sociales y dicha entidad nunca dio respuesta y le correspondió a COLPENSIONES asumir como entidad de previsión, la responsabilidad en el trámite de tal solicitud, sin que igualmente hubiere dado respuesta a la misma; deviene lógico, en aplicación del silencio administrativo negativo, concluir que el ente demandado negó la solicitud planteada y que por tanto interpretó y aplicó en forma incorrecta la normativa que regía la situación pensional de la señora ALBA GRACIELA SANTIBAÑEZ CASTILLO.

En consecuencia se reitera, es menester declarar la nulidad del acto ficto por medio del cual se entendió denegado el derecho que le asistía a la demandante a que le reliquidaran la pensión de jubilación asignada a su favor, con base en los factores salariales correspondientes, aunque no se tratara de aquellos por virtud de los cuales hubiere cotizado ante el sistema de pensiones.

A título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, reliquidar la pensión de vejez en comento; en cuantía equivalente al 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicio (julio 30 de 2008 a julio 30 de 2009), teniendo en cuenta para el

³⁹ Folio 5

efecto la certificación obrante a folios 2 al 9 del Cuaderno No. 2 del expediente y con relación a ella la inclusión de los siguientes factores:

- Sueldo, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, bonificación por servicios e incentivo grupal. También se considerará igualmente el factor nacional, pero entre octubre 22 de 2008 y julio 30 de 2009. No se considerarán los factores de sueldo por vacaciones, ni factor salarial vacaciones, ni bonificación por recreación.

Como consecuencia de la orden precedente, la entidad demandada puede realizar los descuentos de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y 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 (...)”⁴⁰.

Ahora bien, al liquidar las sumas dinerarias en favor de la demandante, los valores resultantes 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 (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante desde la fecha en la cual se debe declarar la procedencia de la reliquidación de la pensión (agosto 1 de 2009), 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, etc.), teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 4 de agosto de 2010, Exp. Rad. 0112-09, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.”

RADICACIÓN 76001-33-33-005-2014-00328-00
DEMANDANTE ALBA GRACIELA SANTIBAÑEZ CASTILLO
DEMANDADO COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL

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.

Finalmente, con fundamento en lo previsto en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, no hay lugar a declarar prescripción de las diferencias reconocidas en esta sentencia, en virtud a que no han transcurrido más de tres (3) años desde la fecha de causación del derecho pensional (agosto 1 de 2009) y la presentación de la solicitud de reliquidación de esta prestación (marzo 18 de 2011)⁴¹.

10. DEFUNCIÓN DE LA DEMANDANTE

Como quiera que se aporta al proceso certificado de defunción de la señora **ALBA GRACIELA SANTIBAÑEZ CASTILLO**, ocurrida el 23 de octubre de 2015, las diferencias de los valores pensionales ordenados liquidar, serán cancelados a favor del proceso de Sucesión que al respecto se tramite.

11. 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 1º 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 referido 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).*

⁴¹ Folios 1, 12 al 19, 20 al 27 cuaderno 1

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.

RADICACIÓN 76001-33-33-005-2014-00328-00
DEMANDANTE ALBA GRACIELA SANTIBAÑEZ CASTILLO
DEMANDADO COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL

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 8º 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 (…)”*

Así las cosas, atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye esta 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.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad **parcial** del ACTO FICTO DERIVADO DE LA AUSENCIA DE RESPUESTA A COMUNICACIÓN RADICADA CON FECHA MARZO 18 DE 2011, ANTE EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES REGIONAL VALLE DEL CAUCA, cuya respuesta y responsabilidad sobre el particular debieron ser asumidas por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, actos a través de los cuales se entiende denegada la solicitud de reliquidación y pago de las diferencias correspondientes según asignación de pensión mensual vitalicia de vejez a favor de la demandante ALBA GRACIELA SANTIBAÑEZ CASTILLO (Q. E. P. D.).

SEGUNDO: En consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, reliquidar la

pensión de vejez de la señora ALBA GRACIELA SANTIBAÑEZ CASTILLO, identificada con C.C. No. 31.242.399, en cuantía equivalente al 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicio, teniendo en cuenta para el efecto la certificación obrante a folios 2 al 9 del Cuaderno No. 2 del expediente y por ello, la inclusión de los siguientes factores: Sueldo, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, bonificación por servicios e incentivo grupal. También se considerará igualmente el factor nacional, según lo devengado por dicho concepto entre octubre 22 de 2008 y julio 30 de 2009. No se considerarán los factores enunciados como sueldo por vacaciones y factor salarial por vacaciones, ni bonificación por recreación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a pagar a la demandante las diferencias pensionales dejadas de percibir que resulten entre lo que pagó como consecuencia del reconocimiento pensional realizado de forma errada y lo que debió pagar tras realizar la respectiva reliquidación de conformidad con la parte motiva de esta providencia. Dichas sumas se ajustarán dando aplicación a la fórmula indicada en el acápite correspondiente hasta la ejecutoria de la sentencia y devengarán intereses moratorios a partir de dicho momento, siguiendo las indicaciones del artículo 192 y 195 ibídem; tal como se expuso con anterioridad.

CUARTO: ORDENAR a la entidad demandada cumplir este fallo, cuyo pago se debe producir a favor de la sucesión de la señora ALBA GRACIELA SANTIBAÑEZ CASTILLO⁴⁴, quien en vida se identificó con la cédula de ciudadanía No. 31.242.399 y falleciera en octubre 23 de 2015; 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.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: En firme la presente sentencia se le comunicará a la entidad demandada, adjuntándole copia íntegra, para su ejecución y cumplimiento, conforme lo señala el inciso último del artículo 203 del CPACA.

SEPTIMO: NO CONDENAR en costas a la entidad demandada, acorde con lo

⁴⁴ Folio 106

RADICACIÓN 76001-33-33-005-2014-00328-00
DEMANDANTE ALBA GRACIELA SANTIBAÑEZ CASTILLO
DEMANDADO COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL

explicado en la parte considerativa de este providencia.

OCTAVO: LIQUIDAR los gastos del proceso, **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere y **ARCHIVAR** 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

Original Firmado
CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez