

RELIQUIDACION PENSION- Los factores salariales a tener en cuenta para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación con fundamento en la ley 33 de 1985 son los taxativamente señalados en el artículo 1º de la Ley 6 de 1985

*“De las anteriores citas normativas se tiene que la pensión que en derecho corresponde a la actora debió calcularse teniendo en cuenta el 75% de los distintos factores salariales consagrados en la Ley 62 de 1985 y devengados en el último año de servicio, es decir, del 31 de octubre de 1992 al 30 de octubre de 1993. Ahora bien, afirma la actora en su escrito de apelación que la demandada debió liquidar su pensión sobre todos los factores salariales por ella devengados, pues el salario incluye todo lo retribuido por los servicios, según lo han señalado el H. Consejo de Estado y el propio Tribunal. Sobre el tema, esta Corporación había sostenido en pronunciamientos anteriores, que el régimen pensional de la ley 33 de 1985 incluía la totalidad de factores salariales sobre los cuales se hubieran realizado los respectivos aportes, sin condicionarlos a los expresamente expuestos en la ley 62 de 1985. Sin embargo, dicha posición fue recogida por el Tribunal en sentencias más recientes en obediencia a la unificación de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado sobre la materia. Al respecto, el Máximo Tribunal Contencioso manifestó en sentencia del año 2008: **“En estas condiciones la pensión de jubilación de la peticionaria debía ser liquidada con los factores establecidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, tal como lo hizo la entidad demandada al incluir la asignación básica, la prima de antigüedad y la bonificación por servicios (fls. 7 — 9 del expediente), excluyendo lo devengado por vacaciones y primas de servicios y navidad (fl. 15) por no aparecer en la lista del artículo 1 ibidem.** “No es aplicable al sub lite lo dispuesto en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, pues la pensión del actor fue reconocida con base en lo preceptuado en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 que limitó el valor de la pensión al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes, constituido por los factores descritos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985. “Como en el sub lite se encuentra acreditado que al demandante se le reconoció la pensión ordinaria de jubilación conforme a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 es necesario tener en cuenta para su liquidación los factores enlistados en la Ley 62 del mismo año, en razón a que no podría escindir-se la norma para tomar lo que fuera más favorable de la otra ley.”. (Negrilla fuera del texto). (Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección A, Bogotá, D.C., catorce (14) de agosto de dos mil ocho (2008), CONSEJERO PONENTE: DR. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, Referencia Nº: 25000 23 25 000 2005 10201 01 (2569-07), ACTOR: AIDA EDITT MARIÑO PORRAS., DEMANDADA: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL. La Sección Segunda de la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 18 de febrero de 2010, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 0836-08, respecto a los factores salariales aplicables a las pensiones regidas por el régimen de las Leyes 33 y 62 de 1985, sostuvo: **“Lo primero que advierte al respecto la Sala es que por expresa disposición legal componen la base de liquidación pensional los factores salariales definidos en la Ley,** lo que descarta en principio la inclusión de conceptos prestacionales salvo aquellos casos en los que el mismo Legislador lo ha habilitado, como se evidencia en algunos regímenes especiales en los que se incluyen en la liquidación pensional la totalidad de sumas percibidas por el empleado en el último año de servicios. “Lo anterior, impone además distinguir el concepto de “factor salarial” del concepto amplio y general de “elemento salarial”. Para tal efecto, se observará el planteamiento expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-279 de 1996, bajo el análisis de constitucionalidad del numeral 3º del artículo 2º de la Ley 60 de 1990, mediante el cual el Legislativo le concedió facultades extraordinarias al Ejecutivo para fijar el procedimiento, requisitos y criterios para la asignación de la prima técnica, “sin que constituya factor salarial”. “Uno de los fundamentos de la demanda de inconstitucionalidad que se cita, refería que la norma demandada al no consagrar esa prima técnica como un factor salarial, transgredía los Convenios Internacionales ratificados por el Congreso, específicamente el Convenio 95 aprobado por la Ley 54 de 1962, en los que se define “salario” como toda la retribución que se recibe por el trabajo. **“Así, la distinción entre elementos salariales y factores***

Expediente No. 2006-00031-01
Actor: MARÍA OFELIA FERNÁNDEZ VELASCO
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
SEGUNDA INSTANCIA

salariales implica, que la sumatoria de los primeros corresponde al salario y que los segundos concretan por disposición expresa del Legislador, los elementos salariales que deben tenerse en cuenta para calcular una determinada prestación social de conformidad con cada régimen prestacional aplicable. (...) En efecto, quienes bajo el presupuesto esencial de la aplicación integral del régimen de transición, resulten gobernados por el régimen general anterior a la Ley 100 de 1993, esto es, por el contenido del artículo 1° (inc. 1°) de la Ley 33 de 1985, se aplican en cuanto al ingreso base de liquidación de su derecho los factores salariales enlistados taxativamente en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33, que establece que:(...) “Para la Sala es claro que si los factores que deben ser considerados para efectos pensionales son los expresamente definidos por el Legislador, sobre los cuales es imperativo el descuento de aportes, como quedó establecido, ningún factor diferente puede entonces válidamente ser incluido en la liquidación de la pensión, de manera que lo dispuesto en el inciso 3° de la Ley 62 de 1985 no tiene otro alcance distinto al de imponer a las Entidades la obligación de cancelar los respectivos aportes sobre los rubros constitutivos de factor pensional. (...) “En cuanto a la liquidación en concreto del derecho pensional, es decir, en cuanto a los factores que deben tenerse en cuenta para el cálculo de la base de liquidación de dicha prestación, debe observarse el contenido expreso del artículo 1° de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985. En consecuencia, serán los factores salariales enlistados en la Ley 62 de 1985 los que se utilizarán para promediar la base y aplicar el porcentaje establecido, es decir, la asignación básica, los gastos de representación, las primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y festivos, hora extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio, que haya devengado la actora en el último año de servicios.” (Se resalta). Con base en los anteriores precedentes, el Tribunal ha modificado la postura frente a los factores salariales a tener en cuenta para los empleados públicos pensionados con base en la ley 33 de 1985 y demás disposiciones complementarias y ha determinado que únicamente deben tenerse en cuenta aquellos factores expresamente enunciados en el artículo 1 de la ley 62 de 1985, motivo por el cual la Sala desestimará el argumento expuesto por la demandante en su recurso de apelación, pues considera que la liquidación de la pensión aplicable a la actora corresponde al 75% del salario promedio, teniendo en cuenta todos los factores salariales señalados en la Ley 62 de 1985, tal como atinadamente lo señaló el a quo”.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA PENSIONAL- Diferencias entre liquidar una pensión con fundamento en la Ley 33 de 1985 y la Ley 100 de 1993.

“En relación con el principio de favorabilidad en materia pensional, la sección segunda del H. Consejo de Estado, en sentencia del 15 de febrero de 2007, Consejero Ponente Jaime Moreno García, expediente 3110-05, señaló: “También ha dicho la Sala que en aras de la efectividad de este beneficio, se atiende el principio mínimo de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Carta Política, es decir se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa para su destinatario. En este sentido se ha acogido el criterio expuesto por la Corte Constitucional en algunos fallos proferidos en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Sobre el particular, ha dicho: De otra parte, considera la Corte que la “condición más beneficiosa” para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto, cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro ordenamiento superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”, precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva,

Expediente No. 2006-00031-01
Actor: MARÍA OFELIA FERNÁNDEZ VELASCO
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
SEGUNDA INSTANCIA

etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas, acoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones, la norma así acogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso o crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.” (Se resalta). Ahora bien, teniendo en claro que en materia pensional se debe aplicar la normatividad más beneficiosa, resulta pertinente remitirse a las disposiciones de los regímenes pensionales –tanto de las Leyes 33 y 62 de 1985 como de la Ley 100 de 1993- que se relacionan con el caso bajo estudio. Ya se reseñó que las Leyes 33 y 62 de 1985, aplicables a la actora por efectos de régimen de transición, consagran una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes, según los factores salariales señalados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985. De las normas transcritas encuentra el Tribunal que los factores salariales tenidos en cuenta para la liquidación de las pensiones en el régimen de las Leyes 33 y 62 de 1985, son los mismos que resultan aplicables en el régimen de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, aparecen diferencias en los dos regímenes, como son específicamente las siguientes: - La base de liquidación en el régimen de las Leyes 33 y 62 de 1985 es del 75%, mientras que en la Ley 100 de 1993 puede llegar a ser de 85%, dependiendo del tiempo cotizado por la actora. - La liquidación de la pensión, según lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985, se hace sobre el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año, teniendo en cuenta todos los factores salariales establecidos en la Ley 62 de 1985. La liquidación de la pensión, según lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, se hace sobre el promedio de los salarios sobre los cuales se ha cotizado durante los últimos diez años anteriores al reconocimiento de la pensión, o de toda la vida laboral ajustado por inflación, cuando resulte ser superior y se haya cotizado mínimo 1250 semanas. En consecuencia, son varias las posibilidades de reliquidación de pensión que pueden presentarse para la actora, quien en su demanda bien puede aludir a una o varias de ellas, estando obligada, en caso de invocar la aplicación del principio de favorabilidad, a probar la que le resulte más conveniente, y que por tal condición deba ser reconocida por el Juez Contencioso Administrativo. Contrario a esto, si bien la actora alude al principio de favorabilidad, lo cierto es que revisados los documentos allegados al proceso se encuentra que no demostró que el régimen general, aplicado íntegramente y sin injerencia de las Leyes 33 y 62 de 1985, le resultara más favorable. Dicha inactividad probatoria faltó a uno de los deberes esenciales en este tipo de procesos como es la carga de la prueba, que en este caso estaba radicada en cabeza de la actora, en tanto era ella quien pretendía desvirtuar la presunción de legalidad de un acto administrativo y por tanto era su obligación el asumir una actitud activa allegando al proceso los documentos que demostraran que en efecto el régimen de la Ley 100 le resultaba más favorable. Igual razonamiento puede hacerse si lo pretendido por la actora fuera la liquidación de su pensión bajo alguna de las dos posibilidades establecidas en el tercer inciso del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues en todo caso correspondía a ella haberlo alegado y probado...”



Libertad y Orden

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Expediente No. 2006-00031-01
Actor: MARÍA OFELIA FERNÁNDEZ VELASCO
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
SEGUNDA INSTANCIA

Magistrado Ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Expediente No: 2006-00031-01
Demandante: MARÍA OFELIA FERNÁNDEZ VELASCO
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL-CAJANAL-
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-
SEGUNDA INSTANCIA

Popayán, veinticinco (25) de mayo de dos mil diez (2010)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 16 de junio de 2009, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Popayán, mediante la cual negó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

1. La demanda.

MARÍA OFELIA FERNÁNDEZ VELASCO a nombre propio, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó la declaratoria de nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Nulidad parcial de la Resolución 11595 del 9 de marzo de 1993, por la cual CAJANAL reconoció y ordenó pagar pensión de jubilación a la actora sin tener en cuenta todos los factores salariales devengados.
- Nulidad parcial de la Resolución 011876 del 18 de octubre de 1995, por la cual CAJANAL reliquidó de manera incorrecta la pensión de jubilación de la actora, pues no tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados.
- Nulidad del Auto 103583 del 20 de marzo de 2003, por el cual CAJANAL concedió el recurso de apelación interpuesto contra el acto ficto emanado del silencio administrativo negativo de la solicitud de reliquidación presentada por la actora.
- Nulidad de la Resolución 5702 del 26 de julio de 2004, por la cual CAJANAL resolvió el recurso de apelación, declaró la configuración del silencio administrativo negativo y terminó la vía gubernativa.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la demandada a proferir una Resolución que liquide nuevamente, reconozca y pague la pensión de jubilación de la actora a partir del 31 de octubre de 1993, con inclusión de todos los factores salariales devengados, los reajustes anuales de Ley, IPC, indexada y con los correspondientes intereses –incluidos los del artículo 141 de la Ley 100 de 1993– por haber cumplido con los requisitos exigidos por el ordenamiento; así mismo, la aplicación de los artículos 176 a 178 del C.C.A.

Como hechos en que fundamenta sus pretensiones, señaló:

Que laboró durante más de 20 años al servicio del Estado colombiano y cumplió con los requisitos para la pensión de vejez el día 8 de septiembre de 1991, por lo cual solicitó a la demandada el reconocimiento de su jubilación.

Expediente No. 2006-00031-01
Actor: MARÍA OFELIA FERNÁNDEZ VELASCO
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
SEGUNDA INSTANCIA

Que CAJANAL reconoció su derecho pensional mediante Resolución 11595 del 9 de marzo de 1993, sin incluir la totalidad de los factores salariales devengados.

Que CAJANAL, mediante Resolución 011876 del 18 de octubre de 1995, reliquidó la pensión, sin tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados.

Que mediante petición del 19 de julio de 2002, solicitó a CAJANAL la revisión y reliquidación de la pensión de jubilación que le fue reconocida por esa entidad, con inclusión de todos y cada uno de los factores salariales que devengó.

Que pasaron más de seis meses sin que CAJANAL diera respuesta a su petición, por lo que el 31 de enero de 2003 interpuso el recurso de reposición en subsidio del de apelación contra el acto ficto emanado del silencio administrativo negativo, el cual fue concedido mediante auto 103583 del 20 de marzo de 2003 y resuelto negativamente a través de la Resolución 5702 del 26 de julio de 2004.

2. La sentencia apelada

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Popayán, mediante sentencia del 16 de junio de 2009, negó las pretensiones de la demanda, al considerar que los actos administrativos demandados se sujetaron a lo dispuesto en la normatividad pensional aplicable a la actora.

Para sustentar su decisión, luego de reseñar abundante jurisprudencia del H. Consejo de Estado, indicó que en virtud del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, la normatividad aplicable a la actora era la contenida en las Leyes 33 y 62 de 1985, por lo cual su pensión debía liquidarse con el 75% del salario promedio, pero teniendo en cuenta los factores salariales consignados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, tal como lo hizo CAJANAL.

Igualmente sostuvo que si bien la demandada, en las Resoluciones 11595 del 9 de marzo de 1993 y 011876 del 18 de octubre de 1995, omitió incluir como factor salarial la prima de antigüedad, en todo caso ello fue corregido a través de la Resolución 018494 del 7 de octubre de 1997, por lo cual no hay lugar a declarar la nulidad de las primeras.

3. El recurso de apelación.

La actora, inconforme con la anterior decisión, apeló la sentencia en tiempo oportuno, sustentando el recurso debidamente el día 14 de julio de 2009, tal y como obra a folio 20 del cuaderno principal No. 2. Sostuvo que el a quo no tuvo en cuenta que los factores salariales establecidos en la Ley 62 de 1985 son enunciativos y no taxativos, así como tampoco las copias de fallos allegadas, en las cuales consta que en casos similares se ordenó reliquidar pensiones de la forma solicitada en la demanda. De igual forma, adujo que se desconoció el principio constitucional de favorabilidad y condición más beneficiosa para el trabajador y con ello la cosa juzgada constitucional, por lo cual se vulneró los derechos fundamentales de la actora y se configuró una vía de hecho.

Adicionalmente, indicó que por salario debe entenderse todo lo que percibe el trabajador como retribución de sus labores, tal como lo ha reconocido el H. Consejo de Estado y la H. Corte Constitucional.

Expediente No. 2006-00031-01
Actor: MARÍA OFELIA FERNÁNDEZ VELASCO
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
SEGUNDA INSTANCIA

Alegó que según lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, el principio de favorabilidad y la aplicación integral del régimen pensional ajustable al caso, la pensión debe equivaler al 75% del salario promedio, es decir, de todo lo que la actora recibió por su trabajo durante el último año de servicios así no se hayan realizado aportes sobre algunos factores salariales, lo que no fue atendido por el a quo, con lo cual desconoció postulados constitucionales -entre ellos los que consagran los derechos fundamentales de igualdad, petición, debido proceso- y pronunciamientos de la H. Corte Constitucional, del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo y de esta Corporación.

Con base en lo anterior, solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia y se accediera a reliquidar la pensión con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, así como reconocer las sumas actualizadas que resulten procedentes desde la base de liquidación.

4. Los alegatos de segunda instancia de la demandada.

Dentro del término de traslado concedido por el Despacho para presentar alegatos en la segunda instancia, la entidad demandada presentó el correspondiente escrito. No obstante, la abogada que suscribió el referido escrito carecía de legitimación para actuar ya que con aquel no remitió el poder que la acreditara como mandataria judicial de la demandada, sin que sea suficiente indicar en el documento la escritura pública por la cual el representante legal de la entidad le confirió poder general, pues su obligación era acompañar copia del poder otorgado. En consecuencia, el escrito de alegatos de CAJANAL se tendrá por no presentado.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Se tiene que el A-quo, después de hacer el respectivo análisis normativo, consideró que la pensión de la actora debía liquidarse con fundamento en lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985, tal como lo hizo CAJANAL en la Resolución 018494 del 7 de octubre de 1997, la cual corrigió los defectos que al respecto contenían las Resoluciones 11595 del 9 de marzo de 1993 y 011876 del 18 de octubre de 1995. En consecuencia, encontró que no había lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos demandados.

Por su parte, sostiene la apelante que la sentencia debe revocarse habida cuenta que, en virtud del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y la aplicación de las normas pensionales contenidas en las Leyes 33 y 62 de 1985, su pensión debe liquidarse teniendo en cuenta todas las retribuciones que recibió por sus servicios durante el último año y no sólo los factores salariales establecidos en la Ley 62 de 1985.

De lo anterior, corresponde a la Sala determinar cuál es el régimen pensional aplicable a la actora, para lo cual se tiene probado que la demandante nació el 15 de junio de 1930 y laboró durante más de 22 años al servicio del Estado –Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desde el 8 de septiembre de 1971 hasta el 30 de octubre de 1993-. (Folios 59 y 62 del cuaderno principal).

De igual forma, se tiene que el artículo 36 de la ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición, donde dispuso la aplicación de los regímenes anteriores para las mujeres que al momento de entrar en vigencia dicha ley tuvieran 35 o más años de edad, o 15 o más años de servicio cotizados, requisitos cumplidos a cabalidad por la actora.

En consecuencia, se tiene que el régimen pensional aplicable a la demandante es efectivamente el consagrado en las Leyes 33 y 62 de 1985, tal como lo señaló el a quo

Expediente No. 2006-00031-01
Actor: MARÍA OFELIA FERNÁNDEZ VELASCO
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
SEGUNDA INSTANCIA

en la sentencia apelada, el cual deberá aplicarse de manera integral, según lo prohiado por el H. Consejo de Estado, quien ha señalado:

"La aplicación del régimen anterior se hace en forma integral y no parcial, por lo cual no es aplicable en este asunto, y referente a la materia objeto de discusión, la Ley 100 de 1993." (Consejo de Estado Sentencia de 7 de Junio de 2007. Cons Ponente. Alejandro Ordoñez Maldonado. Exp.5852-05)¹

Aclarado esto, encuentra la Sala que las Leyes antes referidas contienen las siguientes disposiciones que resultan pertinentes para el presente caso:

Ley 33 de 1985:

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

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." (Se resalta).

Ley 62 de 1985:

"ARTÍCULO 1o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

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

De las anteriores citas normativas se tiene que la pensión que en derecho corresponde a la actora debió calcularse teniendo en cuenta el 75% de los distintos factores salariales consagrados en la Ley 62 de 1985 y devengados en el último año de servicio, es decir, del 31 de octubre de 1992 al 30 de octubre de 1993.

Ahora bien, afirma la actora en su escrito de apelación que la demandada debió liquidar su pensión sobre todos los factores salariales por ella devengados, pues el salario incluye todo lo retribuido por los servicios, según lo han señalado el H. Consejo de

¹

Al respecto se pueden consultar también las sentencias: Exp 1042 de 11/12/1997; Exp 1857 de 22/11/2007 del Consejo de Estado Sala de consulta y servicio civil y C-598 de 1997; C-080 de 1999; C-890 de 1999; T-348 de 1997; C-956 de 2001 de la Corte Constitucional.

Expediente No. 2006-00031-01
Actor: MARÍA OFELIA FERNÁNDEZ VELASCO
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
SEGUNDA INSTANCIA

Estado y el propio Tribunal.

Sobre el tema, esta Corporación había sostenido en pronunciamientos anteriores, que el régimen pensional de la ley 33 de 1985 incluía la totalidad de factores salariales sobre los cuales se hubieran realizado los respectivos aportes, sin condicionarlos a los expresamente expuestos en la ley 62 de 1985. Sin embargo, dicha posición fue recogida por el Tribunal en sentencias más recientes en obediencia a la unificación de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado sobre la materia. Al respecto, el Máximo Tribunal Contencioso manifestó en sentencia del año 2008:

"En estas condiciones la pensión de jubilación de la peticionaria debía ser liquidada con los factores establecidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, tal como lo hizo la entidad demandada al incluir la asignación básica, la prima de antigüedad y la bonificación por servicios (fls. 7 — 9 del expediente), excluyendo lo devengado por vacaciones y primas de servicios y navidad (fl. 15) por no aparecer en la lista del artículo 1 ibidem.

"No es aplicable al sub lite lo dispuesto en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, pues la pensión del actor fue reconocida con base en lo preceptuado en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 que limitó el valor de la pensión al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes, constituido por los factores descritos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

"Como en el sub lite se encuentra acreditado que al demandante se le reconoció la pensión ordinaria de jubilación conforme a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 es necesario tener en cuenta para su liquidación los factores enlistados en la Ley 62 del mismo año, en razón a que no podría escindirse la norma para tomar lo que fuera más favorable de la otra ley." (Negrilla fuera del texto). (Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección A, Bogotá, D.C., catorce (14) de agosto de dos mil ocho (2008), CONSEJERO PONENTE: DR. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, Referencia N°: 25000 23 25 000 2005 10201 01 (2569-07), ACTOR: AIDA EDITT MARIÑO PORRAS., DEMANDADA: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL.

En sentencia de la misma época, sostuvo²:

"En relación con el argumento del actor, 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.

"Para la Sala es claro que si los factores que deben ser considerados para efectos pensionales son los señalados por la ley, sobre los cuales es imperativo el descuento por aportes, como quedó establecido, ningún factor diferente puede entonces válidamente ser incluido en la liquidación de la pensión. Lo dispuesto en las Leyes 33

² Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección B, Bogotá, D.C., seis (6) de agosto de dos mil ocho (2008), CONSEJERO PONENTE: GERARDO ARENAS MONSALVE, Ref.: 250002325000200212846 01, N° Interno 0640-08, EMILIO PÁEZ CRISTANCHO contra la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL - AUTORIDADES NACIONALES

Expediente No. 2006-00031-01
Actor: MARÍA OFELIA FERNÁNDEZ VELASCO
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
SEGUNDA INSTANCIA

y 62 de 1985 no tiene otro alcance -distinto al de imponer a las entidades la obligación de cancelar los respectivos aportes sobre los rubros constitutivos de factor pensional y no abrir la posibilidad de incluir diferentes factores a los que taxativamente la norma señaló.

"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."(Se resalta).

La Sección Segunda de la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 18 de febrero de 2010, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 0836-08, respecto a los factores salariales aplicables a las pensiones regidas por el régimen de las Leyes 33 y 62 de 1985, sostuvo:

*"Lo primero que advierte al respecto la Sala es que **por expresa disposición legal componen la base de liquidación pensional los factores salariales definidos en la Ley**, lo que descarta en principio la inclusión de conceptos prestacionales salvo aquellos casos en los que el mismo Legislador lo ha habilitado, como se evidencia en algunos regímenes especiales en los que se incluyen en la liquidación pensional la totalidad de sumas percibidas por el empleado en el último año de servicios.*

"Lo anterior, impone además distinguir el concepto de "factor salarial" del concepto amplio y general de "elemento salarial". Para tal efecto, se observará el planteamiento expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-279 de 1996, bajo el análisis de constitucionalidad del numeral 3º del artículo 2º de la Ley 60 de 1990, mediante el cual el Legislativo le concedió facultades extraordinarias al Ejecutivo para fijar el procedimiento, requisitos y criterios para la asignación de la prima técnica, "sin que constituya factor salarial".

"Uno de los fundamentos de la demanda de inconstitucionalidad que se cita, refería que la norma demandada al no consagrar esa prima técnica como un factor salarial, transgredía los Convenios Internacionales ratificados por el Congreso, específicamente el Convenio 95 aprobado por la Ley 54 de 1962, en los que se define "salario" como toda la retribución que se recibe por el trabajo.

"La Corte Constitucional, trajo primero a colación lo dicho por la Corte Suprema de Justicia y sostuvo lo siguiente:

"La Corte Suprema de Justicia, en uno de sus recientes fallos sobre las modificaciones que en materia salarial en el sector privado introdujo la Ley 50 de 1990, y en relación con la naturaleza jurídica de las primas, afirmó que:

"En efecto, ni siquiera al legislador le está permitido contrariar la naturaleza de las cosas, y por lo mismo no podría disponer que un pago que retribuye la actividad del trabajador ya no sea salario. Lo que verdaderamente quiere decir la última parte del artículo 15 de la Ley 50 de 1990, aunque debe reconocerse que su redacción no es la más afortunada, es que a partir de su vigencia pagos que son "salario" pueden no obstante excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales (prestaciones sociales, indemnizaciones, etc.).

Expediente No. 2006-00031-01
Actor: MARÍA OFELIA FERNÁNDEZ VELASCO
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
SEGUNDA INSTANCIA

Este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer, ya que aún cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador, no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter."

Igualmente, la Corte Constitucional, ha sostenido que "el legislador conserva una cierta libertad para establecer, que componentes constituyen, o no salario, así como la de definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución.

Las definiciones de convenios internacionales que transcribe la actora no significan que el legislador nacional haya perdido la facultad de tomar o no en cuenta una parte de la remuneración que perciben los trabajadores para definir las bases sobre las cuales han de hacerse otros pagos.

Así pues, el considerar que los pagos por primas técnicas y especiales no sean factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado Colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo, ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido ante la comunidad internacional." (Subraya la Corte)

"De acuerdo con lo expuesto por las dos altas Cortes, considera la Sala que no existe ningún precepto constitucional que impida al Legislador disponer que determinada prestación social se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, es decir, sólo con algunos elementos salariales, o lo que es mejor, corresponde al Legislador definir los elementos salariales que constituirán factor de liquidación de una prestación determinada, facultad que le compete legítimamente en desarrollo de la Constitución.

"Así, la distinción entre elementos salariales y factores salariales implica, que la sumatoria de los primeros corresponde al salario y que los segundos concretan por disposición expresa del Legislador, los elementos salariales que deben tenerse en cuenta para calcular una determinada prestación social de conformidad con cada régimen prestacional aplicable.

"(...) En efecto, quienes bajo el presupuesto esencial de la aplicación integral del régimen de transición, resulten gobernados por el régimen general anterior a la Ley 100 de 1993, esto es, por el contenido del artículo 1° (inc. 1°) de la Ley 33 de 1985,³ se aplican en cuanto al ingreso base de liquidación de su derecho los factores salariales enlistados taxativamente en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33, que establece que:

(...)

"Para la Sala es claro que si los factores que deben ser considerados para efectos pensionales son los expresamente definidos por el Legislador, sobre los cuales es imperativo el descuento de aportes, como quedó establecido, ningún

³ ARTÍCULO 1o. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Expediente No. 2006-00031-01
Actor: MARÍA OFELIA FERNÁNDEZ VELASCO
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
SEGUNDA INSTANCIA

factor diferente puede entonces válidamente ser incluido en la liquidación de la pensión, de manera que lo dispuesto en el inciso 3º de la Ley 62 de 1985 no tiene otro alcance distinto al de imponer a las Entidades la obligación de cancelar los respectivos aportes sobre los rubros constitutivos de factor pensional.⁴

(...)

"En cuanto a la liquidación en concreto del derecho pensional, es decir, en cuanto a los factores que deben tenerse en cuenta para el cálculo de la base de liquidación de dicha prestación, debe observarse el contenido expreso del artículo 1º de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985. En consecuencia, serán los factores salariales enlistados en la Ley 62 de 1985 los que se utilizarán para promediar la base y aplicar el porcentaje establecido, es decir, la asignación básica, los gastos de representación, las primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y festivos, hora extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio, que haya devengado la actora en el último año de servicios." (Se resalta).

Con base en los anteriores precedentes, el Tribunal ha modificado la postura frente a los factores salariales a tener en cuenta para los empleados públicos pensionados con base en la ley 33 de 1985 y demás disposiciones complementarias y ha determinado que únicamente deben tenerse en cuenta aquellos factores expresamente enunciados en el artículo 1 de la ley 62 de 1985, motivo por el cual la Sala desestimaré el argumento expuesto por la demandante en su recurso de apelación, pues considera que la liquidación de la pensión aplicable a la actora corresponde al 75% del salario promedio, teniendo en cuenta todos los factores salariales señalados en la Ley 62 de 1985, tal como atinadamente lo señaló el a quo.

Si bien lo anterior sería suficiente para confirmar la sentencia apelada, no puede soslayarse el hecho que la actora en su apelación alude al principio de favorabilidad, por lo cual debe la Sala entrar a analizar cuál de los regímenes pensionales resulta más favorable para ella, si el general de la Ley 100 de 1993 o el de las Leyes 33 y 62 de 1985, vigente en virtud del régimen de transición, los que en todo caso deben aplicarse de manera integral e inescindible, es decir, sin combinar disposiciones de un régimen con las del otro.

En relación con el principio de favorabilidad en materia pensional, la sección segunda del H. Consejo de Estado, en sentencia del 15 de febrero de 2007, Consejero Ponente Jaime Moreno García, expediente 3110-05, señaló:

"También ha dicho la Sala que en aras de la efectividad de este beneficio, se atiende el principio mínimo de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Carta Política, es decir se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa para su destinatario. En este sentido se ha acogido el criterio expuesto por la Corte Constitucional en algunos fallos proferidos en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Sobre el particular, ha dicho:

De otra parte, considera la Corte que la "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto, cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro ordenamiento superior el principio de favorabilidad se halla

⁴ Sentencia del 7 de junio de 2007. Rad. No. 5852-05. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. CP. Alejandro Ordóñez Maldonado

Expediente No. 2006-00031-01
Actor: MARÍA OFELIA FERNÁNDEZ VELASCO
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
SEGUNDA INSTANCIA

regulado en los siguientes términos: "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho", precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso.

De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas, acoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones, la norma así acogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso o crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador. (Se resalta).

Ahora bien, teniendo en claro que en materia pensional se debe aplicar la normatividad más beneficiosa, resulta pertinente remitirse a las disposiciones de los regímenes pensionales –tanto de las Leyes 33 y 62 de 1985 como de la Ley 100 de 1993- que se relacionan con el caso bajo estudio.

Ya se reseñó que las Leyes 33 y 62 de 1985, aplicables a la actora por efectos de régimen de transición, consagran una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes, según los factores salariales señalados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

Por su parte la Ley 100 de 1993, entre muchas otras disposiciones, consagra las siguientes que resultan útiles para el caso debatido,

"ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo. (Se subraya).

"ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Expediente No. 2006-00031-01
Actor: MARÍA OFELIA FERNÁNDEZ VELASCO
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
SEGUNDA INSTANCIA

(...)"(Se subraya).

"ARTÍCULO 34. MONTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

(...)"(Se subraya).

En complemento de las anteriores disposiciones, el Decreto 1158 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1994 y modificatorio del Decreto 691 de 1994, en cuanto al salario base de liquidación, establece:

"ARTICULO 1o. El artículo [60](#) del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización".

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

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

De las normas transcritas encuentra el Tribunal que los factores salariales tenidos en cuenta para la liquidación de las pensiones en el régimen de las Leyes 33 y 62 de 1985, son los mismos que resultan aplicables en el régimen de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, aparecen diferencias en los dos regímenes, como son específicamente las siguientes:

- La base de liquidación en el régimen de las Leyes 33 y 62 de 1985 es del 75%, mientras que en la Ley 100 de 1993 puede llegar a ser de 85%, dependiendo del tiempo cotizado por la actora.
- La liquidación de la pensión, según lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985, se hace sobre el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año, teniendo en cuenta todos los factores salariales establecidos en la Ley 62 de 1985. La liquidación de la pensión, según lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, se hace sobre el promedio de los salarios sobre los cuales se ha cotizado durante los últimos diez años anteriores al reconocimiento de la pensión, o de toda la vida laboral ajustado por inflación, cuando resulte ser superior y se haya cotizado mínimo 1250 semanas.

Expediente No. 2006-00031-01
Actor: MARÍA OFELIA FERNÁNDEZ VELASCO
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
SEGUNDA INSTANCIA

En consecuencia, son varias las posibilidades de reliquidación de pensión que pueden presentarse para la actora, quien en su demanda bien puede aludir a una o varias de ellas, estando obligada, en caso de invocar la aplicación del principio de favorabilidad, a probar la que le resulte más conveniente, y que por tal condición deba ser reconocida por el Juez Contencioso Administrativo.

Contrario a esto, si bien la actora alude al principio de favorabilidad, lo cierto es que revisados los documentos allegados al proceso se encuentra que no demostró que el régimen general, aplicado íntegramente y sin injerencia de las Leyes 33 y 62 de 1985, le resultara más favorable.

Dicha inactividad probatoria faltó a uno de los deberes esenciales en este tipo de procesos como es la carga de la prueba, que en este caso estaba radicada en cabeza de la actora, en tanto era ella quien pretendía desvirtuar la presunción de legalidad de un acto administrativo y por tanto era su obligación el asumir una actitud activa allegando al proceso los documentos que demostraran que en efecto el régimen de la Ley 100 le resultaba más favorable.

Sobre tal aspecto ha explicado el Consejo de Estado:

*"Una condena debe estar soportada, no solo en las normas que asignan derechos a una de las partes, sino fundamentalmente en la prueba de los hechos pertinentes y específicos que sean el supuesto fáctico de las normas. **Ello es particularmente relevante cuando se trata del control de legalidad de los actos de la administración, que están revestidos de una presunción de legalidad que los ampara y que debe ser desvirtuada por quien pretenda desconocerla.**"⁵*

Más recientemente, la misma Corporación ha señalado:

*"En términos legales y de acuerdo con el régimen probatorio colombiano, le **incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen**" (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil). De suerte que dicha norma, atribuye a las partes el deber de probar **"actio incumbit probarum"**; **lo que conduce a concluir, que el acto acusado se considera ajustado a derecho, mientras que no se demuestre lo contrario, como eficazmente lo prescribe el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo.**"⁶*

Igual razonamiento puede hacerse si lo pretendido por la actora fuera la liquidación de su pensión bajo alguna de las dos posibilidades establecidas en el tercer inciso del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues en todo caso correspondía a ella haberlo alegado y probado, tal como lo ha señalado el H. Consejo de Estado, quien sobre el particular, en sentencia de este año indicó:

"De acuerdo con lo anterior se tiene, que el contenido real del régimen de transición se encuentra expresado en el inciso 2º 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 3º del artículo en mención, que:

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 19 de octubre de 2006, expediente 9785-05, Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 31 de enero de 2008, expediente 1490-06, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Expediente No. 2006-00031-01
Actor: MARÍA OFELIA FERNÁNDEZ VELASCO
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
SEGUNDA INSTANCIA

*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 (...)*⁷

"Lo dispuesto en el aparte transcrito, en criterio de la Sala desnaturaliza la esencia y finalidad del régimen de transición previsto en el inciso 2º 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 3º 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 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."*⁸

"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 3º), 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 3º ibídem, esto es, con el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hiciere 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 3º 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.

⁷ 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.

⁸ C-168 de 1995. Corte Constitucional.

Expediente No. 2006-00031-01
Actor: MARÍA OFELIA FERNÁNDEZ VELASCO
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
SEGUNDA INSTANCIA

*"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.**"⁹ (Se resalta).*

Por lo anterior, al no existir elementos probatorios que desvirtúen la legalidad de los actos demandados, considera la Sala que aquellos permanecen incólumes, razón por la cual la sentencia apelada deberá confirmarse.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1. **CONFIRMAR** la sentencia del 16 de junio de 2009, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Popayán, por las razones expuestas en la presente providencia.
2. **REMITIR** el proceso al Despacho de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por el Tribunal en sesión de la fecha, según consta en Acta No.

Los Magistrados,

HERNÁN ANDRADE RINCÓN
PRESIDENTE.

HILDA CALVACHE ROJAS

NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ
Impedido

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 18 de febrero de 2010, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 0836-08.