

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÓRDOBA
Montería, veintiuno (21) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Medio de Control: Ejecutivo

Radicación N° 23-001-33-33-000-2014-00314
Demandante: Georgina Mass Montiel y Otros
Demandado: ESE Hospital San Jorge de Ayapel

Corresponde en el presente asunto dar aplicación a lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 443 del C.G.P., y fijar fecha y hora para celebrar la audiencia inicial, y de trámite y juzgamiento de que tratan los artículos 372 y 373 ibídem.

De otro lado, se advierte que la parte ejecutada no ejerció derecho de defensa y contradicción. Y se

DISPONE

PRIMERO: Fijese el día veinticuatro (24) de noviembre de 2016, hora 03:00 p.m., para celebrar la audiencia inicial, y de trámite y juzgamiento de que tratan los artículos 372 y 373 del C.G.P., la cual se realizará en la sala de audiencias, ubicada en el primer piso del Palacio de Justicia, calle 27 con carrera 2da esquina, de esta ciudad. Cítense a las partes y al Agente del Ministerio Público.

SEGUNDO: Hágasele saber a las partes y a sus apoderados que su asistencia a la audiencia inicial es obligatoria, so pena de las consecuencias establecidas en el numeral 4° del artículo 372 del C.G.P.

TERCERO: Téngase por no contestada la demanda por parte de la ESE Hospital San Jorge de Ayapel.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS EDUARDO MESA NIEVES
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



Libertad y Orden
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÓRDOBA
Sala Cuarta de Decisión

Montería, dieciocho (18) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación N° 23-001-23-33-000-2014-00200
Demandante: Antonio José Ruiz Ruiz
Demandado: Municipio de Montelibano

Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Nieves

En uso de las facultades conferidas por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, y por el parágrafo 1 del artículo 16 de la Ley 1285 de 2009¹, los cuales establecen que se podrá determinar un orden de carácter temático para la elaboración y estudio de los proyectos de sentencia; en atención a la naturaleza del asunto bajo estudio, y alterando el turno de los procesos que se encuentran para fallo, por cuanto esta Corporación ya ha proferido decisiones sobre el tema objeto de debate, se procede a dictar sentencia, sobre las pretensiones de la demanda presentada por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho formulado mediante apoderado por el señor Antonio José Ruiz Ruiz contra la Municipio de Montelibano.

I. ANTECEDENTES

a) Hechos

Se expresa en la demanda que el señor Antonio José Ruiz Ruiz, prestó sus servicios en el sector público, por un periodo superior a los veinte años.

Agrega que el demandante nació el día 19 de septiembre de 1951, por lo que, mediante escrito de 02 de julio de 2013, solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez al ente territorial demandado.

Por medio de acto administrativo sin número, de fecha 5 de agosto de 2013 se negó lo solicitado, por considerar que desde la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, el municipio no es competente para reconocer derechos pensionales a sus

¹Apruébese como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente:
Artículo 63A. Del orden y prelación de turnos. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Cuando existan razones de seguridad nacional o para prevenir la afectación grave del patrimonio nacional, o en el caso de graves violaciones de los derechos humanos, o de crímenes de lesa humanidad, o de asuntos de especial trascendencia social, las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia, las Salas, Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado, la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura o la Corte Constitucional, señalarán la clase de procesos que deberán ser tramitados y fallados preferentemente. Dicha actuación también podrá ser solicitada por el Procurador General de la Nación. (...)
PARÁGRAFO 1o. Lo dispuesto en el presente artículo en relación con la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se entenderá sin perjuicio de lo previsto por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998...."

trabajadores, sino que dicha facultad su subrogada al Instituto de seguros sociales o el fondo privado al cual se encuentre afiliado el demandante.

Contra el acto administrativo anterior, se interpuso recurso de reposición, resuelto mediante la resolución N° 5006 de 10 de septiembre de 2013 que confirmó la decisión inicial en todas sus partes.

Considera el demandante que se encuentra cobijado por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que le resulta aplicable lo dispuesto en la Ley 33 de 1985.

b) Pretensiones

- Que se declare la nulidad de la Resoluciones sin número de 5 de agosto de 2013 y N° 5006 de 10 de septiembre de 2013, expedidas por el municipio de Montelibano, por medio de las cuales se negó el reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de vejez al señor Antonio José Ruiz Ruiz, y se resolvió el recurso de reposición, confirmando la decisión anterior, respectivamente.
- Que como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se condene al Municipio de Montelibano a reconocer y pagar, una pensión de vejez a favor del señor Antonio José Ruiz Ruiz, a partir del 19 de septiembre de 2006, con fundamento en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.
- Se condene al MUNICIPIO DE MONTELIBANO a reconocer y pagar a favor del actor los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
- Que la entidad demandada pague los intereses moratorios comerciales o corrientes que se generen a partir de la ejecutoria de la respectiva providencia.
- Que la entidad demandada sea condenada en costas y agencias en derecho.

c) Fundamentos de derecho y Concepto de la violación

De orden constitucional: Preámbulo, artículos 1, 2, 4, 13, 25, 48 y 53; de orden legal: artículos 1, 31, 33, 36, 141 y 288 de la Ley 100 de 1993, Ley 33 de 1985, artículo 1°.

En síntesis, en el **concepto de la violación** se indica que teniendo en cuenta las pruebas allegadas al expediente y la normativa en cita, se lucida que cumple el actor a cabalidad con los requisitos de edad y tiempo de servicio exigidos en las normas cuya aplicación se invoca, para el otorgamiento de la pensión de vejez. Destaca que el demandante acreditó más de 20 años de servicio como empleado público y además cumplió 55 años de edad, por lo cual se hace acreedor a la pensión de jubilación establecida en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

Sobre la falta de competencia que alega el municipio para fundamentar la negativa al reconocimiento prestacional, señala que tal situación jurídica ha sido dirimida por la jurisprudencia del Consejo de Estado, para lo cual citó apartes de providencias dictadas por esa Corporación, que disponen que existen normas que permiten definir a quien le corresponde asumir el pago de la contingencia de vejez, y que prevén como una de las opciones diferentes a la caja de previsión, el pago por parte del último empleador, que para el caso concreto sería el municipio de Montelíbano.

Resaltó que la pensión de jubilación no es una simple caridad, sino una contraprestación a la contribución hecha por el trabajador durante el tiempo de servicio activo.

II. TRAMITACIÓN PROCESAL

1. Admisión de la demanda.

Por auto de 6 de junio de 2014 se avocó el conocimiento del presente asunto, remitido por competencia en virtud del artículo 152.2 del C.P.A.C.A. (fl. 78).

Posteriormente, a través de auto de 08 de julio de 2014 fue admitida la demanda (fl. 80); se ordenó notificar personalmente el auto admisorio de la demanda a las partes, y al señor Agente del Ministerio Público.

2. Contestación de la demanda

El apoderado del Municipio de Montelíbano a través del escrito de fecha 18 de febrero de 2015 (fls. 92-93) manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, indicó que algunos son ciertos y otros no le consta.

Propuso la excepción previa de ineptitud de la demanda al considerar que en el libelo demandatorio no está señalada en forma clara las disposiciones presuntamente violadas, conforme lo exige la norma procesal vigente.

3. Traslado de las excepciones.

El demandante no se pronunció respecto de las excepciones invocadas por la entidad demandada, en el término concedido por ley (fl. 99).

4. Audiencia Inicial (artículo 180 del C.P.A.C.A.)

A través de auto de fecha 7 de abril de 2015 (fl. 101) se fijó como fecha para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. el 05 de mayo de 2015 a las 9.30 a.m.

Así, en audiencia celebrada en la fecha indicada y luego de agotadas cada una de las etapas establecidas en el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se tomaron, entre otras, las siguientes decisiones:

- Declarar no probada la excepción previa denominada ineptitud de la demanda propuesta por la entidad demandada.

- Declarar fallida la posibilidad de conciliación en razón a que en asuntos como el presente, por tratarse de solicitud pensional, no es posible conciliar tales derechos, pues son irrenunciables.

Audiencia de Pruebas

En fecha 26 de mayo, 9 y 17 de junio, de 2015, se llevó a cabo la audiencia de pruebas, requiriendo a las entidades respectivas para que allegaran la documentación solicitada. Se hizo necesario requerir a los entes para que remitieran al proceso algunas de las pruebas documentales faltantes, para lo cual se informó que se realizaría el traslado de las pruebas allegadas conforme lo dispuesto en el artículo 110 del CGP. (fls. 134-136); vencido el término probatorio, se dio por terminada la etapa; y se prescindió de la audiencia de alegatos y juzgamiento.

5.- Alegatos de conclusión

Alegatos de conclusión

-Parte Demandante: En síntesis, reiteró los argumentos expuestos en la demanda, indicando que el demandante cumple con los requisitos establecidos en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, al haber trabajado como empleado oficial durante 23 años, 7 meses y 28 días. Sobre la competencia del demandado para el reconocimiento de la prestación citó apartes de la sentencia de 22 de marzo de 2012, expediente 2005-00748-01, proferida por el H. Consejo de Estado.

Sobre la fecha de terminación de funciones como Secretario general, lo cual no fue certificado por la Alcaldía de Montelíbano destacó que los artículos 8 y 9 de la Ley 50 de 1886 y el artículo 264 del Código Sustantivo del Trabajo, admiten la procedencia de la prueba supletoria cuando se trate de reemplazar la certificación del tiempo laborado, a efectos de obtener el reconocimiento del derecho pensional.

- La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal

No observando causal que invalide lo actuado, se procede a proferir sentencia de fondo, previas las siguientes;

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1 Problema Jurídico

Conforme el litigio fijado en la audiencia inicial, se procede a determinar el problema jurídico a resolver, Así entonces, indicó que el litigio se contrae a: Determinar si son nulos los actos administrativos contenidos en el oficio de 5 de agosto de 2013, mediante el cual se denegó el reconocimiento pensional al actor; y la Resolución N° 5006 de 10 de septiembre de 2013, que resolvió un recurso de reposición

confirmando en todas sus partes el oficio de 5 de agosto de 2013; actos que fueron proferidos por el Alcalde Municipal de Montelibano.

En caso que se demostrare la nulidad de los actos acusados, se deberá determinar si el actor tiene derecho a que se le ordene el reconocimiento y pago de la pensión de vejez; y que a su vez se condene a la parte demandada a pagar costas y agencias en derecho.

Para resolver el litigio, planteado se deberán despejar los siguientes interrogantes:

¿Es beneficiario el actor del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993? En caso afirmativo, ¿es posible el reconocimiento de la pensión de vejez, bajo la égida de la Ley 33 de 1985?

¿Cumple el actor con los requisitos legales para que le sea reconocida la pensión de vejez?

En caso de que el actor tenga derecho al reconocimiento de la pensión en comento, ¿le corresponde al municipio de Montelibano el reconocimiento y pago pensional solicitado?

Tendría derecho el señor Ruiz Ruiz al reconocimiento de intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993?

En caso de que resulten avante las pretensiones de la demanda, ¿debe condenarse en costas a la parte demandada, al ser eventualmente la parte vencida en el asunto?

3.2 Sobre el derecho al reconocimiento de la pensión de vejez

3.2.1 Del acervo probatorio y su valoración.

De la actuación administrativa que originó la presente demanda, la Sala advierte que el Municipio de Montelibano mediante acto administrativo sin número de fecha 5 de agosto de 2013 (fls 147-148) negó la solicitud de reconocimiento y pago de una pensión de vejez al actor, al considerar que *“consideramos que el Municipio de Montelibano desde la expedición de la Ley 100 de 1993 no es competente para pensionar a sus servidores, sino que dicha responsabilidad se subrogó al Instituto de Seguros Sociales o en el Fondo de pensiones al cual se halle vinculado su poderdante como trabajador público. Consideramos que la entidad idónea para la radicación de ésta solicitud y correspondiente documentación es el fondo de pensiones al que se encuentre afiliado”*; que contra esa decisión se interpuso recurso de reposición, el cual se sustentó en que conforme la jurisprudencia aplicable el ente territorial puede asumir a su cargo el reconocimiento y pago del derecho pensional reclamado (fl 11-14); y que dicho recurso fue resuelto a través de la Resolución N° 5006 de 10 de septiembre de 2013, de manera negativa, reiterando los argumentos del acto recurrido, para negar tal prestación, y agregó que *“el señor Antonio José Ruiz Ruiz no se encuentra afiliado al sistema de pensiones actualmente, pero examinando, encontramos que el señor se encuentra con aportes realizados al Seguro Social pero sin afiliación, lo que contraría a lo*

expresado por su apoderado (...) el señor nunca ha estado afiliado a un fondo privado" (fls 64-65).

Así mismo, se encuentra acreditado que el demandante nació el 19 de septiembre de 1951 (fl 25), por lo que a la fecha de presentación de la solicitud pensional (02 de julio de 2013) contaba con 61 años de edad.

Sobre los tiempos acreditados se tiene:

Entidad	Ingreso	Egreso	Total	Días	Cargo	Prueba	folios
Gobernación de Córdoba (Colegio departamental de bachillerato de Chimá)	Febrero 28 de 1975	Marzo 05 de 1982	7 años, 5 días	2562	Profesor de Tiempo Completo	Certificado 000216	26,27
Ministerio del Interior	Diciembre 1° de 1981	Enero 27 de 1992	10 años, 1 mes, 26 días	3709	Técnico Administrativo, Código 4065, Grado 07.	Constancia	35
Municipio de Montelíbano	Agosto 21 de 1992	Abril 06 de 1993	7 meses, 16 días	228	Tesorero de la EPPMM	Certificado	43
	Enero 02 de 1995	Octubre 23 de 1997	2 años, 9 meses, 21 días	1025	Secretario General de las EPPMM	Certificado, orden de pago prestaciones definitivas	43, 44, 193
	Agosto 3 de 1993	Octubre 15 de 1993	2 meses, 12 días	73	Inspector de Tránsito	Certificado	43,44
	Enero 1° de 2001	Diciembre 31 de 2003	3 años	1094			

TIEMPO SIMULTANEO LABORADO: Del 01 de diciembre de 1981 al 05 de marzo de 1982

TOTAL DÍAS (descontando tiempo simultáneo): **8597**

Total tiempo de servicio: **23 años, 10 meses, 17 días.**

Régimen de Transición (a 22 de julio de 2005) = **1.228** semanas

3.2.2 Régimen de Transición

La Ley 100 de 1993, "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", estableció el régimen de transición pensional, identificando quienes serían los beneficiarios de este tratamiento especial; al respecto el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispuso:

"ARTICULO 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 años 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 mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. ~~Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.~~

<Inciso CONDICIONALMENTE exequible> Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

<Inciso CONDICIONALMENTE exequible> Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

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.

PARÁGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio.

PARÁGRAFO 2o. <Parágrafo INEXEQUIBLE>”

De la norma en cita se colige que aquellas personas que para el 1º de abril de 1994², tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, tendrían derecho a que se les aplique el régimen anterior al cual se hallaban afiliados, es decir, en cuanto a la edad para acceder a la pensión de jubilación, al tiempo de servicio y al monto de la prestación a reconocer.

Una vez establecido lo anterior, y teniendo en cuenta las pruebas allegadas al expediente, se constata en el caso concreto que el demandante al momento de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 (para el caso de los trabajadores territoriales

² Fecha de entrada en vigencia de la dicha ley. Ver artículo 151.

lo fue el 30 de junio de 1995 – artículo 151³ Ley 100 de 1993), contaba con 44 años de edad (toda vez que nació el 19 de septiembre de 1951), por lo que se concluye que efectivamente se encuentra dentro de las previsiones del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien el Acto Legislativo 01 de 2005, *“por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política”* en el párrafo 4º estableció un límite temporal a la aplicación del régimen de transición, a su tenor señala:

"Párrafo transitorio 4º. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

En el caso concreto, a la fecha de entrada en vigencia del citado acto legislativo, esto es, al 22 de julio de 2005, el señor Ruiz Ruiz acredita un tiempo laborado de 23 años, 10 meses, 17 días, soportados en la relación de tiempos de servicio antes descrita; razones suficientes para considerar que le resulta plenamente aplicable el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, habida consideración que el demandante laboró al servicio oficial y teniendo certeza de la vigencia del régimen de transición en el caso de autos, conforme a la Ley 100 de 1993 y al Acto Legislativo No. 1 de 2005, debe concluirse, como lo hace el texto constitucional antes transcrito, que los requisitos y beneficios de dicho régimen son los establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que a su vez se remite al régimen anterior que le era aplicable.

3.2.3 Normativa aplicable

Dentro de los regímenes pensionales que regulaban el reconocimiento de la pensión de vejez, antes de ser expedida la ley de seguridad social integral, se encuentran: (i) el Decreto 546 de 1971, que ampara las contingencias de los servidores de la Rama Judicial y del Ministerio Público, **(ii) la Ley 33 de 1985 que regulaba la pensión de los servidores públicos que cumplían el requisito de haber laborado durante veinte años o más para entidades del Estado;** (iii) la Ley 71 de 1988, que permitía la acumulación de tiempos laborados en entidades públicas así como las sufragadas al ISS por parte de empleadores privados; y (iv) el Decreto 758 de 1990, que reglaba las prestaciones sociales de los trabajadores privados, cuyos patronos trasladaron los riesgos de vejez, invalidez y muerte al Instituto de los Seguros Sociales y reconocía las prestaciones a los trabajadores que cotizaron a dicho régimen en calidad de independientes.

Así las cosas, teniendo en consideración que el demandante acredita al servicio oficial, más de veinte años continuos y discontinuos, la norma anterior que regulaba

³ 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 1994. 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 1995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental.

su situación pensional del actor y la que le resulta más favorable conforme sus circunstancias fácticas, es la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º dispuso:

“Artículo 1º de la Ley 33 de 1985. 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...” (Negrillas fuera del texto).

De modo que la Ley 33 de 1985, estableció la regla general, según la cual, 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.

Al respecto, advierte esta Sala que el señor Antonio Ruiz Ruiz cumplió 55 años de edad el 19 de septiembre de 2006, y acredita 23 años, 10 meses, 17 días de servicio oficial; lo que permite concluir que el accionante cumple con el lleno de requisitos señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, para acceder a la pensión de jubilación contemplada bajo ese régimen. Situación que fue desconocida con lo resuelto en los actos administrativos acusados, so pretexto de carecer de competencia por parte de la entidad demandada, para el reconocimiento y pago de la prestación pretendida.

- Sobre los factores de liquidación pensional y el ingreso base de liquidación de la pensión

Señaló además la citada Ley 33 de 1985 los factores que deben servir para determinar la base de liquidación de los aportes, así:

“ARTICULO 3o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de 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; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días 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.”.

Esta disposición fue modificada por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, que, a su vez, derogó el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, y en cuanto a factores salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación estableció:

“ARTÍCULO 1. 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.

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.”.

Según esta norma, la liquidación para los aportes de la pensión de jubilación estará constituida por: 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 realizado en jornada nocturna o día de descanso.

Sobre el particular, en Sentencia de Unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado de fecha 4 de agosto de 2010, se concluyó que la lista de los factores salariales incluida en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, no es taxativa, ya que se debe incluir otros factores que constituyan salario, puesto que una interpretación taxativa de la norma vulnera los principios de progresividad, igualdad y de primacía de la realidad sobre las formalidades, en dicha sentencia se dijo⁴:

“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. Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida

⁴ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA, Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - *de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945*. De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aún así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. **La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.**

(...)

(...)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.

Así las cosas, acogiendo lo dicho por la jurisprudencia del Consejo de Estado citada, en el caso concreto al actor se le debió reconocer la pensión teniendo en cuenta no sólo los factores salariales establecidos en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, sino además todos aquellos factores que constituyen salario devengado durante el último año de servicios.

En este punto, valga aclarar que respecto a lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013, esta Sala ha sido enfática en señalar en anteriores oportunidades, que se limitó a revisar la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, régimen especial a favor de los Congresistas y que se extiende a los funcionarios de las altas cortes, en virtud del artículo 28 del Decreto 104 de 1994; sentencia que resolvió declarar inexecutable las expresiones “durante el último año y por todo concepto”, “Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal”, contenidas en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, así como la expresión “por todo concepto”, contenida en su parágrafo.

Es así como la mencionada providencia de constitucionalidad de manera categórica en el acápite 4.1.1. se refiere al control constitucional rogado de las leyes y señala en forma expresa que el análisis que en ella se realiza, así como las decisiones que al respecto se adoptan, se circunscriben al régimen pensional previsto en la norma censurada, el cual es aplicable a los congresistas y magistrados de Altas Cortes, en ese sentido destacó:

*"Por tanto, en este fallo no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas, entre otros. **En consecuencia, lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados.**"*

La anterior aclaración se soporta en varias razones: En primer lugar y como indicó la Sala, la acción pública tiene un carácter rogado, por tanto, sería contrario a la configuración constitucional de la acción que este Tribunal extendiera su análisis a otros regímenes dispuestos por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4 de 1992. En segundo lugar, cada régimen especial cuenta con una filosofía, naturaleza y características específicas, sin que sea posible extender de forma general lo aquí analizado en relación con el régimen especial de Congresistas. En efecto, todos los regímenes especiales, precisamente al ser especiales, son distintos entre sí y por tanto, ameritan cada uno un análisis diverso.

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

De esa manera, considera esta Colegiatura que no es dable interpretar que lo dispuesto en la sentencia C-258 de 2013 es extensible a todos los regímenes pensionales en relación con el régimen de transición y especialmente sobre la exclusión del IBL como un elemento del mismo. Lo anterior con fundamento en las siguientes razones:

i) De conformidad con el control constitucional rogado de las leyes se infiere que la citada providencia contrajo su estudio y alcance al régimen especial que revisó, esto es el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, , por lo que al no estar la CORTE CONSTITUCIONAL estudiando la constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la interpretación que de esta norma hace la Corte no es *ratio decidendi* y por ello dicha interpretación⁵ carece de la fuerza vinculante obligatoria que poseen sus fallos⁶.

⁵ "En cuanto a la existencia de cosa juzgada constitucional indica que según el artículo 243 superior "los fallos que dicte la Corte hacen tránsito a cosa juzgada"; que el artículo 6° del Decreto 2067 de 1991 ordena rechazar "las demandas que recaigan sobre normas amparadas por una sentencia que hubiera hecho tránsito a cosa juzgada" y que el artículo 21 del mismo Decreto se refiere al carácter obligatorio de esas decisiones tanto para las autoridades como para los particulares, así como el artículo 48 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, señala que la parte resolutive de las sentencias tiene carácter obligatorio y de efecto "erga omnes"." CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1299 de 2005.

⁶ Consagra la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia: "ARTICULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

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

ii) Si bien es cierto que la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013 en un ejercicio de interpretación abstracta, señaló que **“el Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36”**, también lo es que se refirió a los principios de favorabilidad y de inescindibilidad de la norma⁷, los cuales han orientado la sostenida jurisprudencia de esa corporación y del H. Consejo de Estado, para decir que **“la interpretación más favorable del artículo 36 de la Ley 100 es aquella según la cual se deben aplicar todas las reglas de los regímenes especiales a los beneficiarios del régimen de transición”**; llegando a la conclusión que para ese caso concreto puesto a su análisis (artículo 17 de la Ley 4 de 1992), no existen argumentos para dar un tratamiento privilegiado en materia de ingreso base de liquidación, toda vez que por los sujetos a que se refiere dicha norma, un tratamiento diferencial, respecto del régimen general, podría afectar la sostenibilidad del sistema⁸.

Así entonces, la interpretación hecha por la Corte Constitucional referente a la cuantificación del ingreso Base de Liquidación de los destinatarios de la Ley 4 de 1992, beneficiarios del régimen de transición, *per se* no excluye otro tipo de interpretaciones en torno al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cuando los sujetos sean otros, pues de lo contrario se estarían desconociendo principios constitucionales, esenciales del derecho laboral, así como la independencia de la función judicial.

iii) De igual forma, advierte esta Colegiatura que la sentencia C-258 de 2013 no se separa de la interpretación vigente respecto de la aplicación supletiva del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 al momento de la determinación del IBL, y sostiene que a la luz de esa interpretación **“(…) la Administración sólo puede aplicar las reglas generales de Ley 100, especialmente en materia de IBL, topes y factores salariales, cuando expresamente el régimen pensional anterior no haya establecido alguno de ellos”**. Bajo ese supuesto interpretativo, al considerar que las normas censuradas no superaron el examen de constitucionalidad, así como tampoco justifican un tratamiento desigual por favorabilidad, la Corte resolvió excluir del ordenamiento jurídico lo que en el régimen especial de los congresistas se refirió a la determinación del IBL, para que en ausencia de dicho elemento, surja la necesidad de suplir ese vacío a través del régimen general contenido en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993⁹, tal como lo dispuso en la parte resolutive de la plurimencionada providencia.

iv) Aplicar de manera extensiva lo dispuesto por la Corte Constitucional sobre un régimen especial particular, sería tanto como colocar en un mismo escenario las distintas realidades propias de cada régimen especial y de los beneficiarios de los mismos, dejando de lado la labor interpretativa inherente al juez, y particularmente el deber constitucional que el artículo 53 –principio de favorabilidad– le impone al operador judicial, cual es el de elegir la interpretación de un precepto –de orden

⁷ Sentencia C-258-2013 “(…) Por otra parte, la Corporación ha sostenido que las disposiciones que regulan los regímenes pensionales, específicamente las reglas sobre edad, tiempo, tasa de reemplazo, IBL, topes y factores salariales, forman una unidad inescindible y, por tanto, deben aplicarse en su totalidad a los beneficiarios del régimen.”

⁸ Sentencia C-258 de 2013 “(…) 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.”

⁹ Sentencia C-258 de 2013 “(…) la Sala considera que en este caso el vacío que dejará la declaración de inexistencia de la expresión “durante el último año” debe ser llenado acudiendo a las reglas generales previstas en las dos disposiciones de la Ley 100 referidas.”

legal o constitucional- más favorable para los intereses del trabajador, en este caso, pensionado; facultad a la que innumerables veces se ha referido la jurisprudencia constitucional, y que no fue desestimada por lo dispuesto en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

v) Bajo ese entendido, el operador judicial no puede perder de vista los principios mínimos constitucionales del derecho laboral que actúan como mandatos de optimización frente a la interpretación de las leyes y que en su esencia señalan que en caso de que la norma genere duda en su interpretación, la misma debe solventarse a favor del trabajador, en aplicación del principio del *in dubio pro operario*, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política; Con fundamento en el mismo principio, toda interpretación que se haga de las fuentes formales del derecho, y la jurisprudencia lo es conforme lo consagra el C.P.A.C.A. y lo ha interpretado de forma unánime la Corte Constitucional¹⁰, debe realizarse a favor del trabajador, por lo que existiendo posiciones jurisprudenciales que soportan las dos interpretaciones estudiadas (el monto no incluye el IBL por lo que este se encuentra regido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 – el monto incluye porcentaje e IBL por lo que este se encuentra regulado por la normativa anterior) debe aplicarse la que favorece el derecho en discusión del trabajador, es decir, para el caso concreto la segunda de las interpretaciones del alcance del IBL.

vi) No es dable desconocer el principio de la inescindibilidad del régimen o la normativa aplicable¹¹, que desarrolla la seguridad jurídica y la confianza legítima, y que solo está llamado a ceder en los casos en que se enfrente jurídicamente con la favorabilidad y en un ejercicio de ponderación ésta deba primar.

vii) Esta colegiatura ha adoptado la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, especialmente la **sentencia de unificación de fecha 4 de agosto de 2010** que se refirió a los principios de progresividad, favorabilidad e inescindibilidad de la norma en materia pensional, y sobre la determinación del IBL de los beneficiarios del régimen de transición, dispuso:

"(...) 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.

(...)

Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse."

(...)

¹⁰ Ver, entre otras, sentencias C-836 DE 2001 y relacionada con la obligatoriedad de las sentencias de unificación del CONSEJO DE ESTADO, la sentencia C-634 DE 2011.

¹¹ Sobre este punto, ha dicho la doctrina: "*Ahora bien, como se trata de diferentes regímenes pensionales, debe tenerse presente que la selección de uno u otro comporta la aceptación de todas sus condiciones, sin que sea jurídicamente posible acoger solamente lo favorable de uno y de otro, en razón del principio de inescindibilidad que rige la interpretación de la ley. Código Civil. Art. 31. "Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes".*" CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. Concepto del 9 de marzo de 2006. Radicación 1718.

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 14 Magistrado Ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce. 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."

viii) **El Consejo de Estado, en sentencia de unificación, de fecha 12 de septiembre de 2014**, limitó de forma clara la aplicabilidad de la sentencia C-258 de 2013, al referirse a su alcance respecto del régimen de transición de que trata el Decreto 546 de 1971, diferenció entre los Magistrados de Altas Cortes regidos por el Decreto Reglamentario 104 de 1994 y el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, y aquellos beneficiarios del régimen especial contenido en el Decreto 546 de 1971, en virtud del régimen de transición, para concluir, sobre la determinación del IBL, en cada caso, que: *"ante la ausencia de elementos jurídicos que permitan liquidar el monto de la mesada pensional del Magistrado de Alta Corte gobernado por el Decreto 104 de 1994, se debe entonces acudir a lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, que al fijar el régimen de transición impone su límite al promedio de lo devengado en los últimos 10 años, o a la integración normativa que legalmente corresponda al titular de acuerdo a la historia laboral que acredite.*

Diferente al caso del Magistrado de Alta Corporación que encuentre regulada su situación por el Decreto 546 de 1971, que expresamente determina el reconocimiento de la pensión, con el 75% de la asignación más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio, tal como lo señala explícitamente su artículo 6°. (Subrayas de la Sala)

ix) La mencionada sentencia de unificación del órgano de cierre de esta jurisdicción se refirió también al ejercicio interpretativo del juez frente a lo dispuesto sobre el régimen de transición en la sentencia C-258 de 2013, a su tenor dispuso:

"(…) esta Corporación jurisprudencialmente ha determinado en la aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como regla invariable, la indemnidad de los regímenes de transición, es decir, que un régimen de transición debe ser aplicado en forma integral; de manera, que los topes fijados en la Sentencia C-258 de 2013, en los casos de quienes encuentran regida su situación pensional por el Decreto 546 de 1971, no son aplicables, porque en efecto, son contrarios a la jurisprudencia estable y vinculante del Consejo de Estado (artículos 228 y 230 de la Carta Política¹² y 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011¹³) y evidentemente a la propia Sentencia C-258 de 2013 de la

¹² Constitución Política. Artículo 228. "La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo".

Constitución Política. Artículo 230. "Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial".

Corte Constitucional, que valga la pena resaltar, como regla jurídica de obligado acatamiento en materia de constitucionalidad, contiene en sí misma una circunstancia antinómica, que amerita un ejercicio interpretativo para facilitar su aplicación, en orden al principio de coherencia de todo el sistema jurídico sobre el que expande sus efectos.

En efecto se tiene, que por orden del Constituyente -artículo 241 numeral 4° de la Carta Política- las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional producen un efecto vinculante en función con las normas legales sobre las que se pronuncien, lo que implica, que en la interpretación y aplicación del precepto que corresponda, su entendimiento se circunscriba al sentido de la decisión del juez de constitucionalidad, cuestión que habilita para reconocer, que dichas sentencias constituyen en sí mismas una regla jurídica. Pero, en razón de la dinámica inherente a los sistemas normativos que contienen en sí mismos hipótesis que han de regular la vida de relación de los asociados, es lógicamente posible, que ocurran inconsistencias, contradicciones o espacios abiertos, cuyo efecto supondría dificultades ostensibles para su eficacia; **ahí justamente, es necesaria la labor del juez para disipar eventuales discordancias, que recobren para el ordenamiento el estándar de racionalidad exigible a fin de garantizar la eficacia o indemnidad de los derechos.**

De manera, que la forma como la Sentencia C-258 de 2013 ya citada, en la *ratio decidendi* del pronunciamiento, excluyó de su objeto a los regímenes especiales, entre ellos, el contemplado por el Decreto 546 de 1971, para luego en forma discordante, cobijarlo en el *decisum*, respecto a un elemento sustancial del mismo régimen; configura una contradicción, que debe ser interpretada por el fallador, en este caso, el Consejo de Estado, pues no es posible que el propio fallo guardián de constitucionalidad, en su *ratio* exprese una esfera de afectación de la decisión y al mismo tiempo, al consumir esa decisión, se contradiga desbordando la *ratio* expresada. Con este argumento, la Sala entiende, que el acatamiento de la Sentencia C-258 de 2013, supone reconocer su relevancia e interpretar sus efectos en el mundo de lo jurídico, indicando un juicio de interpretación, que se procederá a discernir.

Es así como, **en la búsqueda del respeto por los regímenes de transición, al igual que en aras de la protección de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, quien laboró en calidad de Magistrado de una Alta Corporación habiendo consolidado su *status* pensional al amparo del Decreto 546 de 1971, le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión jubilaria, sin sujeción a las restricciones establecidas por la Sentencia C-258 de 2013**”

Ahora bien, **como la demandante encuentra regulada su situación por el Decreto 546 de 1971 -que no por el Decreto 104 de 1994-, ello implica, que en esta oportunidad al reconocimiento pensional, no se aplican las restricciones determinadas por la Sentencia C-258 de 2013, pero sí, los condicionamientos a los que hace referencia el Acto Legislativo 1 de 2005, a partir de su vigencia -25 de julio de 2005-, en aras de la salvaguarda de la sostenibilidad del sistema pensional.**” (Subrayas propias)

x) Así las cosas, **el Consejo de Estado ha unificado la interpretación en torno a la aplicación de la sentencia C-258 de 2013, y ha dispuesto que las limitaciones e interpretaciones en ella contenidas, solo serían aplicables a aquellas personas que gozando del régimen de transición, se les aplica el régimen especial de pensiones (revisado en dicha providencia) y que a su vez adquieran su derecho a la pensión**

¹³ Ley 1437 de 2011. Artículo 102. “Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismo supuestos fácticos y jurídicos. (...)”.

Ley 1437 de 2011. Artículo 269. “Si se niega la extensión de los efectos de una sentencia de unificación o la autoridad hubiere guardado silencio en los términos del artículo 102 de este Código, el interesado podrá acudir ante el Consejo de Estado mediante escrito razonado, al que acompañará la copia de la actuación surtida ante la autoridad competente. (...)”.

(estatus pensional, lo que se adquiere con edad y tiempo de servicios) con posterioridad al 5 de julio de 2005 o 31 de julio de 2010, según el caso.

xi) **El Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala Plena**, por medio de **sentencia de unificación de fecha 25 de febrero de 2016**, fijó y unificó posición respecto de la providencia **SU-230 de 2015** y precisó que:

“(…) 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”*.

Quiere insistir el Consejo de Estado en las razones que sustentan su postura tradicional con respecto al ingreso base de las pensiones del régimen de transición, y que ahora reitera:

- 1) La complejidad de los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición, hace altamente razonable la interpretación que tradicionalmente ha tenido esta Corporación respecto de la expresión “monto” contenida como criterio general en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
- 2) Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencia de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica. La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional. El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como lo son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico, que en todo caso ya se asumió para la generalidad de los pensionados, quedando muy pocos pendientes de esa decisión. Debe recordarse que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, además de introducir el concepto de sostenibilidad financiera al sistema pensional, dispuso que el Estado “asumirá la deuda pensional que esté a su cargo”.

- 3) Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas.
- 4) La Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa, en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le sería aplicable, dado que como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a defender su posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos aquí expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema.
- 5) Los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que la misma Corte Constitucional ha estimado incorporados a la Constitución Política colombiana en virtud del llamado “bloque de constitucionalidad”, no se predicán exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales. Si la interpretación tradicional del Consejo de Estado sobre el concepto de “monto” en las pensiones del régimen de transición del sector público se ha aplicado a la generalidad de los pensionados de dicho sector, tanto en sede administrativa como en las decisiones judiciales, y esa interpretación ha sido compartida por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y de tutela, no parece acorde con los referidos principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que se pretende introducir con la sentencia SU-230 de 2015. En efecto, si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional y queda pendiente, en consecuencia, un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el asunto conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera que imponga el cambio jurisprudencial que plantea la sentencia SU-230 de 2015, y en cambio sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los principios de igualdad y de progresividad.”

xii) Sobre la obligatoriedad del precedente:

A efectos de justificar la inaplicación de la sentencia de Unificación de la Corte Constitucional SU-230 de 2015, y continuar aplicando el precedente de unificación trazado por el Consejo de Estado en las sentencias de 4 de agosto de 2010 y 12 de septiembre de 2014, es importante traer a colación el artículo 10 del C.P.A.C.A., que dispone que *“Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, **al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.**”* (Subrayas de la Sala)

De igual forma, en materia de precedente la Corte Constitucional en sentencia C-836 de 2001, señaló:

“(…) la fuerza normativa de la doctrina probable proviene (1) de la **autoridad** otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla, unificando la jurisprudencia ordinaria nacional; (2) del carácter decantado de la interpretación que dicha autoridad viene haciendo del ordenamiento positivo, mediante una **continua**

confrontación y adecuación a la realidad social y; (3) del deber de los jueces respecto de a) la igualdad frente a la ley y b) la igualdad de trato por parte de las autoridades y; (4) del principio de buena fe que obliga también a la rama jurisdiccional, prohibiéndole actuar contra sus propios actos. (...)

Si se aceptara la plena autonomía de los jueces para interpretar y aplicar la ley a partir –únicamente- de su entendimiento individual del texto, se estaría reduciendo la garantía de la igualdad ante la ley a una mera igualdad formal, ignorando del todo que la Constitución consagra –además- las garantías de la igualdad de trato y protección por parte de todas las autoridades del Estado, incluidos los jueces. Por el contrario, una interpretación de la autonomía judicial que resulte armónica con la igualdad frente a la ley y con la igualdad de trato por parte de las autoridades, la concibe como una prerrogativa constitucional que les permite a los jueces realizar la igualdad material mediante la ponderación de un amplio espectro de elementos tanto fácticos como jurídicos.

Respecto de la obligatoriedad del precedente vertical el órgano supremo constitucional ha sido enfático en señalar que **los jueces deben seguir el precedente proferido por el superior funcional de su respectiva jurisdicción.** Sobre el particular, en sentencia T-446 de 2013, con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, destacó:

“4.9 Específicamente respecto al precedente vertical, la Corte ha señalado que las autoridades judiciales que se apartan de la jurisprudencia sentada por órganos jurisdiccionales de superior rango sin aducir razones fundadas para hacerlo, incurren necesariamente en violación del derecho a la igualdad, susceptible de protección a través de la acción de tutela.

(...) **En esta perspectiva ha concluido la Corte que ningún juez debería fallar un caso sin determinar cuáles son las disposiciones de ley aplicables para solucionarlo y sin determinar si él mismo o el tribunal del cual hace parte (en el caso de las salas de un mismo tribunal) ha establecido una regla en relación con casos similares, o si existen reglas interpretativas fijadas por autoridades judiciales de superior jerarquía, o por órganos tales como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o la Corte Constitucional, ubicados en la cúspide de las respectivas jurisdicciones y dotados de competencias destinadas a unificar la jurisprudencia.**

En consecuencia, cuando las altas corporaciones se han pronunciado sobre un asunto particular, **el juez debe aplicar la subregla sentada por ellas.** En estos casos, la autonomía judicial se restringe a los criterios unificadores de dichos jueces colegiados. En caso de que el cambio de postura no se justifique expresamente, la consecuencia no puede ser otra que la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso.

4.11 En síntesis, la autonomía judicial en el proceso de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico no es absoluta, pues las autoridades judiciales deben procurar respeto al derecho fundamental a la igualdad y a los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y buena fe. La observancia del derecho a la igualdad en el ámbito judicial implica que los jueces deben resolver los casos nuevos de la misma manera en que han resuelto los casos anteriores.” (Subrayas propias)

Así entonces, si la función de unificar los criterios e interpretaciones del ordenamiento jurídico está confiada a los órganos de cierre de las instancias en las distintas especialidades de la jurisdicción, son estos criterios los que deben prevalecer ante las distintas interpretaciones de la ley que otros jueces de todo orden puedan tener en garantía de principios como la igualdad ante la ley y la

seguridad jurídica, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 del C.P.A.C.A., precitado.

El Consejo de Estado, en pronunciamiento de 10 de diciembre de 2013, Radicado Interno: 2177, se refirió a la importancia de las sentencias de unificación como precedente jurisprudencial y su obligatoriedad al tratarse del órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa, a cargo del cual se encuentran las sentencias de unificación y efectos, a la luz de lo dispuesto en el artículo 270 del CPACA, que desarrolló lo dicho en el artículo 103 de la Constitución Política. En lo pertinente, la jurisprudencia en cita preceptuó:

“ Se ha señalado hasta el momento (i) que la función de unificación de la jurisprudencia en cabeza del Consejo de Estado deriva de su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y que, en tal sentido, es anterior a la ley 1437 de 2011; y (ii) que la Administración tiene el deber general de tener en cuenta las sentencias de los órganos de cierre en que se han interpretado las normas aplicables al asunto que debe resolver en sede administrativa, lo cual reduce la litigiosidad, promueve la seguridad jurídica y asegura el principio de legalidad y la igualdad de trato a los ciudadanos. En este contexto, la ley 1437 de 2011 reforzó el valor de las sentencias de unificación a través varios mecanismos de activación judicial y administrativa de sus efectos, así: 1. Deben ser tenidas en cuenta por la Administración al resolver las actuaciones administrativas, con el fin de garantizar la aplicación uniforme de las normas constitucionales y legales aplicables al caso (artículo 10); 2. Cuando reconocen derechos permiten que las personas soliciten la extensión de su efectos a casos con los mismos supuestos fácticos y jurídicos de la sentencia de unificación (artículo 102); y si la Administración niega esa extensión o guarda silencio, facultan al ciudadano para acudir directamente al Consejo de Estado con el fin de solicitarla (artículo 269) 3. Su desconocimiento por los Tribunales Administrativos en sentencias de segunda o única instancia es causal del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia (art.256 y ss) 4. Su desconocimiento por los Tribunales Administrativos también es causal para solicitar la revisión de acciones populares o de grupo (art.272 y ss) 5. La necesidad de expedir una sentencia de unificación jurisprudencial permite que la Sala Plena del Consejo de Estado asuma competencia de asuntos pendientes de fallo en las Secciones que la componen y a estas últimas que lo hagan en relación con los asuntos pendientes de fallo en sus subsecciones o en los tribunales administrativos (artículo 271). 6. Deben ser tenidas en cuenta por las autoridades administrativas para las conciliaciones y así lo debe advertir a ellas el Ministerio Público (artículo 302, parágrafo). De esta manera, las sentencias de unificación producen efectos en el interior de la propia jurisdicción (...)”
(Subrayas de la Sala)

3.2.3. Conclusión

Por los argumentos esgrimidos esta Corporación seguirá acogiendo la línea jurisprudencial del H. Consejo de Estado, descrita “in extenso” en las sentencias de unificación del 4 de agosto de 2010 y 25 de febrero de 2016, según la cual, a la luz de los principios de favorabilidad e inescindibilidad de la Ley, a los beneficiarios del régimen de transición se les debe aplicar de manera integral el régimen especial anterior a la Ley 100 de 1993; puesto que una interpretación en contrario desnaturaliza el régimen de transición, y afecta de forma desfavorable el monto de la pensión de los beneficiarios de dicho régimen.

Con base en los anteriores pronunciamientos, teniendo en cuenta la norma aplicable (Ley 33 de 1985) y la postura jurisprudencial, se ordenará la liquidación de la pensión a favor del señor Antonio Ruiz Ruiz, con el 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicios -salario base de liquidación- esto es, del 1º de enero al 31 de diciembre de 2003, y con inclusión de todos los factores salariales devengados durante ese periodo, efectiva a partir del 19 de septiembre de 2006 (fecha adquirió el status pensional por el requisito de la edad).

La pensión que se reconoce tendrá los reajustes de ley. Así mismo, el monto de la condena que resulte se ajustará, mes por mes, acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la actora por concepto de mesada pensional con inclusión de los reajustes de ley, por el guarismo que resulte 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 debieron efectuarse cada uno de los pagos.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, empezando por la primera mesada pensional que se dejó de devengar, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas. Los intereses se reconocerán en los términos previstos inciso tercero del artículo 192 del C.P.A.C.A., y el artículo 195 de la misma codificación.

De otro lado, en relación con la *prescripción trienal de las mesadas pensionales*, esta colegiatura manifiesta que pese a que el derecho pensional no prescribe las mesadas pensionales si se encuentran afectadas por esta figura jurídica¹⁴, por lo que, de acuerdo con los artículos 41¹⁵ y 102 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 respectivamente, las acciones prescriben en tres años contados a partir de que la obligación se hace exigible, que para el caso concreto lo fue a partir del 19 de septiembre de 2006, fecha en la que el demandante adquirió el estatus pensional por acreditar 55 años de edad y más 20 años de servicio oficial. Ahora bien, como quiera que la solicitud de reconocimiento pensional fue radicada el 02 de julio de 2013¹⁶ se tiene que en el presente caso se configuró la prescripción trienal respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 02 de julio de 2010, por lo que de oficio se declarará probada la excepción en forma parcial.

Finalmente, decantado el tema sobre la procedencia del derecho pensional que se reclama, procede la Sala a pronunciarse sobre la solicitud de intereses moratorios,

¹⁴ Sobre el tema, el Consejo de Estado, Sección 4ª, Sentencia del 26 de marzo de 2008, rad. 25000232700020020042201, dijo que, el derecho a solicitar el reconocimiento del derecho a la pensión es imprescriptible, pues se deriva del derecho al trabajo y a la seguridad social, las mesadas pensionales sí pueden prescribir en caso de no reclamación oportuna, por cuanto se trata de obligaciones crediticias de expiración periódica que no afectan la existencia misma de derechos irrenunciables.

¹⁵ Artículo 41: "Las acciones que emanan de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual".

¹⁶ Folio 20

y la legitimidad del municipio demandado frente al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación del señor Antonio Ruiz Ruiz.

3.3 Sobre la responsabilidad del municipio en el reconocimiento y pago de la pensión

Arguye el ente demandado que a partir de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, esto es, el 30 de junio de 1995¹⁷, el municipio no es competente para el reconocimiento y pago de las pensiones a sus servidores, “*sino que dicha responsabilidad se subrogó al Instituto de Seguros Sociales o al fondo de pensiones al cual se halle vinculado*”¹⁸ como trabajador público.

Del acervo probatorio se tiene que el demandante solo cotizó como empleado a la extinta Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL-, por el periodo laborado en el Ministerio del Interior, del 1º de diciembre de 1981 al 27 de enero de 1992, sin embargo respecto del tiempo restante al servicio oficial, esto es más de trece (13) años, no existe prueba de su afiliación al sistema general de pensiones, por lo que se infiere que el municipio de Montelíbano, siendo el último empleador no cotizó al sistema los aportes correspondiente al trabajador para cubrir la contingencia de vejez. Sobre la obligatoriedad de la afiliación al sistema general de pensiones y la responsabilidad de empleador, los artículos 13 y 22 de la Ley 100 de 1993, señalan:

“ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. *El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:*

- a. *Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente: La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes; (...).”.*

“ARTÍCULO 22. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. *El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.*

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.”(Subraya la Sala)

Así las cosas, en este punto, el asunto se circunscribe a determinar si el Municipio de Montelíbano al omitir el cumplimiento de la obligación legal de afiliar al demandante al sistema general de pensiones, así como el pago de los respectivos aportes, es el responsable de responder económicamente por el reconocimiento de la prestación a la que tiene derecho el señor Ruiz Ruiz.

Para resolver lo anterior, teniendo en cuenta que el accionante es beneficiario del régimen de transición, es dable recordar primeramente que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no señaló cual era la entidad responsable del reconocimiento de las pensiones de las personas que se encontraban en dicho régimen, por lo que la

¹⁷ Conforme lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1068 de 1995, para el caso de los servidores públicos del orden territorial.

¹⁸ Fl. 48

jurisprudencia al pronunciarse sobre ese tópico ha establecido que la entidad que aplica el régimen de transición, sea la misma que reconozca la pensión. En lo pertinente, prescribió:

“(...) si se trata del régimen pensional del Seguro Social la pensión debe ser reconocida por el Instituto de Seguros Sociales y **si se trata del régimen pensional del sector público, la pensión del régimen de transición debe ser reconocida por la entidad de previsión a la que estaba afiliado el servidor público o en su defecto a la última entidad empleadora**, según lo dispone el Decreto 1848 de 1969, norma que regulaba el tema en el régimen pensional oficial antes de expedirse la Ley 100 de 1993, que a la letra dice:

“Artículo 75°.- Efectividad de la pensión.

1. La pensión de jubilación correspondiente se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de cumplir el tiempo de servicios requerido por la ley, si para entonces se hubiere retirado del servicio oficial sin tener la edad exigida para tal fin, o por la entidad de previsión a que esté afiliado al tiempo del retiro, si entonces cumple los requisitos de tiempo de servicios y edad señalados para el goce de la pensión.

2. Si el empleado oficial no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión social al tiempo de retirarse del servicio oficial, el reconocimiento y pago se hará directamente por la última entidad o empresa oficial empleadora.

(...)

Las directrices que se acaban de trazar para efectos de determinar el responsable del pago de la pensión de jubilación en régimen de transición parecieran cobijar a todos los empleados, tanto del sector público como del privado, que se encuentren en esa mutación. (...)

Ahora, si se llegare a considerar que el régimen de transición aplicable es el establecido para el sector público, procedería a darse aplicación a la Ley 33 de 1985, ó como en este caso a la 6ª de 1945, en cuyo evento debería concederse la pensión a los 50 años de edad y 20 de servicio.

(...)

Si el actor tenía derecho a pensionarse con 50 años de servicio y 20 de edad, es desproporcionado que a estas alturas no exista solución respecto de su reconocimiento, quedando en el aire el derecho pensional con grave violación de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital.

En ese orden, la entidad encargada de aplicar ese régimen favorable - Sector Público- debió ser la “última caja de previsión” o en su defecto la “última entidad pública empleadora”, según lo previsto en el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995¹⁹, en armonía con lo dispuesto por el artículo 5º del Decreto 813 de 1994 modificado

¹⁹ ARTICULO 45. EMPLEADORES DEL SECTOR PÚBLICO AFILIADOS AL ISS.

Los empleadores del sector público afiliados al ISS se asimilan a empleadores del sector privado. Por tanto, les será aplicable el Artículo 5o. del Decreto 813 de 1994 y no habrá lugar a la expedición de bono tipo B.

por el artículo 2° del Decreto 1160 de 1994²⁰, **conforme a los cuales el empleador asume la pensión en las condiciones previstas en el régimen al cual pertenece el trabajador.**

En consecuencia, correspondía al Municipio de Santiago de Cali – Contraloría Municipal- por ser la última entidad empleadora del actor, reconocerle la pensión de jubilación una vez acreditara 20 años de servicio y cumpliera 50 años de edad. Es del caso anotar de que a pesar de que el actor haya cotizado durante su vida laboral al ISS no puede entenderse como un afiliado a una “Caja de Previsión”, con la connotación que esta expresión tiene en la seguridad social y en el artículo 13 de la Ley 33 de 1985.”²¹ (Destaca la Sala)

En ese orden, conforme los parámetros jurisprudenciales y especialmente, de acuerdo con lo dicho en el numeral 2 del artículo 75 del Decreto 1848 de 1969, como quiera que el ente municipal fue el último empleador del demandante y se abstuvo de afiliarlo a un fondo de pensiones, se genera a su cargo el deber de responder por los derechos prestacionales del trabajador.

Sobre el particular el H. Consejo de Estado ha sido enfático en señalar que las consecuencias derivadas de la omisión en que incurrió en su momento el empleador, al abstenerse de afiliar al trabajador a una administradora de pensiones, y de efectuar los aportes por ese concepto, no pueden ser trasladados al beneficiario del derecho pensional, al respecto, en sentencia de 2 de octubre de 2014, dijo:

“Así las cosas, debe decirse que, la omisión en que incurrió la Contraloría Municipal de Juan de Acosta, al no haber afiliado al señor Fredys Antonio Coronell González al Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones, impedía realizar las cotizaciones de las semanas exigidas para el reconocimiento de una prestación pensional por sobrevivencia. Empero, como ya quedó dicho, las consecuencias de la referida conducta omisiva no pueden ser trasladadas hoy los beneficiarios del causante máxime, si se tiene en cuenta, que las relaciones entre el empleador y el trabajador, dentro del Sistema, se gobiernan bajo la égida del principio constitucional de la eficiencia en las que el primero actúa como agente retenedor de las cotizaciones, recurso parafiscales, que el segundo efectúa por concepto de pensión.

(...)

Así las cosas, el hecho de que el señor Fredys Antonio Coronell González no ostentara la condición de afiliado al sistema de pensiones, durante el tiempo que

²⁰ ARTÍCULO 2o. El artículo 5o del Decreto 813 de 1994, quedará así:

"Transición de las pensiones de jubilación a cargo de los empleadores del sector privado. Tratándose de trabajadores vinculados con empleadores o empresas del sector privado que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, para efectos de la aplicación del régimen de transición, se seguirán las siguientes reglas:

a) Cuando el trabajador cumpla con los requisitos del régimen que se le venía aplicando, tendrá derecho al reconocimiento y pago de la pensión a cargo de dicho empleador. Reconocida la pensión de jubilación por el empleador, éste continuará cotizando al Instituto de Seguros Sociales hasta que el trabajador cumpla con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. En ese momento el ISS procederá a cubrir dicha pensión siendo de cuenta el empleador únicamente el mayor valor, si lo hubiera, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado.

El tiempo de servicios al empleador se tendrá en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo del ISS. Dicho empleador trasladará al Instituto el valor correspondiente al cálculo actuarial previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, resultante a 1o de abril de 1994, o un título representativo del mismo emitido por el empleador en las condiciones y con las garantías que señale la Junta Directiva del Instituto del Seguro Social. El valor de dicho cálculo se sujetará al reglamento respectivo. En el evento que no se traslade al Instituto de Seguros Sociales el valor correspondiente, el empleador o la empresa continuará con la totalidad de la pensión a su cargo; b) Cuando a 1o de abril de 1994, el trabajador tuviera 20 o más años de servicios continuos o discontinuos, al servicio de un mismo empleador o tenga adquirido el derecho a la pensión de jubilación a cargo de éste, la pensión de jubilación será asumida por dicho empleador. c) Las pensiones de jubilación causadas o reconocidas por el empleador con anterioridad al 1o de abril de 1994 que vayan a ser compartidas con el Instituto de Seguros Sociales, continuarán rigiéndose por las disposiciones que se venían aplicando para dichas pensiones".

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia de 10 de noviembre de dos mil diez (2010).

laboró al servicio de la Contraloría municipal de Juan de Acosta, Atlántico, no impide que sus beneficiarias puedan disfrutar de la prestación pensional solicitada, dado que como ya se indicó, tal circunstancia obedeció a la omisión inexcusable del referido ente de control, cuyas consecuencia hoy no pueden ser trasladadas a quienes acuden en sede judicial en búsqueda del restableciendo de sus derechos vulnerados.

(...)

Estando acreditados cada uno de los supuestos exigidos por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 no hay duda de que la demandante, junto con sus hijas, tienen derecho al reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente, con ocasión de la muerte de su compañero permanente y padre el señor Fredys Antonio Coronell González. Obligación que, tal y como lo estimó el Tribunal, deberá ser asumida²² por el municipio de Juan de Acosta, Atlántico, dado que a partir de la supresión de la Contraloría municipal, en la cual laboró el causante, el referido ente territorial asumió el pasivo prestacional a esa fecha insoluto y que, con posterioridad, pudiera originarse en la relaciones laborales que existían en el referido ente de control.”

En este mismo sentido la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, ha sostenido que: “(...) *Los artículos 17 y 22 [de la Ley 100 de 1993] señalan el derrotero inicial de ese deber [efectuar cotizaciones] y ubican en cabeza del empleador la mayor responsabilidad frente a su incumplimiento en los casos de relaciones laborales subordinadas*”. De esta idea dedujo la Corte que: “(...) *No puede concebirse la pérdida del derecho pensional reclamado por la incuria de la empleadora responsable del pago de las cotizaciones*” concluyendo, en esa oportunidad, que: “(...) *Le corresponde al empleador incumplido la obligación de responder por la pensión de sobreviviente que se llegare a causar (...)*.”²³

Las consideraciones expuestas resultan suficientes para endilgar en cabeza de municipio de Montelibano la responsabilidad frente al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación del señor Antonio José Ruiz Ruiz, quedando desvirtuado el argumento consignado en el acto acusado, según el cual el ente territorial carece de competencia para reconocer el derecho reclamado.

Lo anterior no es óbice para que la entidad demandada adelante las gestiones administrativas procedentes para reclamar el pago de las cuotas partes y/o bonos pensionales correspondientes a los demás empleadores del demandante, y a la caja de previsión –Hoy UGPP- en la cual se encuentran consignados algunos aportes para pensión del señor Ruiz Ruiz.

3.4 Intereses Moratorios

En cuanto a la solicitud destinada a lograr el reconocimiento y pago de los intereses moratorios conforme a lo prescrito en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; es del caso traer a colación el criterio del H. Consejo de Estado al respecto²⁴, al cual se acoge esta Colegiatura:

“(...) esta Corporación ha venido sosteniendo desde tiempo atrás que **recibir la indexación de las sumas adeudadas y además los intereses moratorios**

²² En virtud a lo dispuesto por el Concejo municipal de Juan de Acosta, Atlántico, mediante Acuerdo No. 015 de 9 de diciembre de 2000. Visible a folio 40 del expediente.

²³ Cita original de la sentencia de 2 de octubre de 2014, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B” C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. 080012331000200102315 01 (0964-2012) Cita jurisprudencial tomada de: El Derecho Colombiano de la Seguridad Social, Arenas Monsalve, Gerardo. Legis, Bogotá, Tercera Edición 2011, p. 351

²⁴ Sentencia de 18 de febrero de 2010- Radicación número: 08001-23-31-000-2007-00732-01(2734-08) C.P. Gerardo Arenas Monsalve

constituye un doble pago, puesto que ambas sanciones tienen la misma virtualidad, vale decir, la de **recuperar el valor perdido por las sumas adeudadas**, en este caso, el correspondiente a los reajustes del I.B.L., como efecto de la inflación. Sobre el particular, se ha dicho lo siguiente:

*[...], las cantidades líquidas de dinero reconocidas en las sentencias devengan intereses corrientes y moratorios en las condiciones previstas por el artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998. Así entonces, ordenar el reconocimiento de los intereses moratorios sería reconocer doble interés por la misma razón*²⁵ (negrilla y subrayado propios del texto).

Por consiguiente, el reconocimiento de la indexación y de intereses moratorios por el mismo concepto no se compadece con el principio de derecho que censura el enriquecimiento sin justa causa y que daría lugar a la procedencia de la *actio in rem verso*, como hizo notar el recurrente demandado."

Tal como se dispuso en el acápite que precede, se ordenará a la entidad demandada que el derecho pensional sea reconocido desde la fecha de adquisición del status de pensionado, y el monto se actualizará conforme la fórmula adoptada por la jurisprudencia, razón por la cual no hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios.

Aunado a lo anterior, se tiene que los intereses previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 se constituyen en virtud de la mora en el pago de las mesadas pensionales, lo cual no se predica en el caso concreto, pues solo a partir de este pronunciamiento, que reconoce el derecho prestacional, surge respecto de la entidad accionada la obligación en el pago de la pensión.

- **Costas**

Se condenará en costas a la parte demandada –Municipio de Montelibano–, conforme el artículo 188 del C.P.A.C.A. En consecuencia, se ordenará por Secretaría que se realice la liquidación de conformidad con el artículo 366 del C.G.P.; Igualmente, fíjense como agencias en derecho el 3% del valor resultante de las pretensiones concedidas al demandante en esta sentencia de conformidad con el Acuerdo N° 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003).

En mérito de lo expuesto, el Tribunal administrativo de Córdoba, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO: Declárese de oficio probada parcialmente la excepción de "prescripción trienal de las mesadas".

SEGUNDO: **Declárese** la nulidad de la resolución sin número de 5 de agosto de 2013 y la Resolución N° 5006 de 10 de septiembre de 2013, expedidas por el municipio de Montelibano, por medio de las cuales se negó el reconocimiento y pago

²⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", sent. del 22 de octubre de 1999. C.P. Alberto Arango Mantilla, Radicado No. 949/99.

de la pensión vitalicia de vejez al señor Antonio José Ruiz Ruiz, y se resolvió el recurso de reposición, confirmando la decisión inicial, respectivamente, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, **Ordénase** al municipio de Montelibano reconocer y pagar al señor Antonio José Ruiz Ruiz una pensión de jubilación, en la forma establecida en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, esto es, tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios, es decir, desde el 1° de enero hasta el 31 de diciembre de 2003 y con inclusión de todos los factores salariales devengados, atendiendo los parámetros jurisprudenciales expuestos en este proveído, efectiva a partir del 19 de septiembre de 2006 (fecha en que adquirió el estatus pensional), con efectos fiscales desde 02 de julio de 2010, por prescripción trienal, conforme se señaló en la parte considerativa de la presente providencia.

Lo anterior, actualizado de conformidad con la fórmula y términos señalados en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: **Ordénase** a la entidad demandada, dar cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en los Artículos 192, 194 y 195 del C.P.A.C.A.

QUINTO: **Condénase** en costas al Municipio de Montelibano, conforme el artículo 188 del C.P.A.C.A. En consecuencia, por Secretaría realícese la liquidación de conformidad con el artículo 366 del C.G.C.; Igualmente, fijense como agencias en derecho el 3% del valor resultante de las pretensiones concedidas al demandante en esta sentencia, de conformidad con el Acuerdo N° 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003).

QUINTO: **Deniéguense** las demás pretensiones de la demanda.

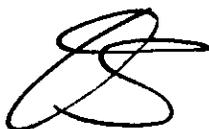
Se deja constancia de que la anterior sentencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



LUIS EDUARDO MESA NIEVES



PEDRO OLIVELLA SOLANO

AUSENTE CON PERMISO

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÓRDOBA

Montería, veintiuno (21) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicación N° 23-001-23-33-004-2016-00058

Demandante: Irma Inés Díaz Suarez

Demandado: Municipio de San Andrés de Sotavento

Vista la nota Secretarial, y dado que la parte demandada no contestó la demanda; se dará aplicación a lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se fijará fecha y hora para celebrar la audiencia inicial a que alude dicha norma.

DISPONE

PRIMERO: Fíjese el día 16 de noviembre de 2016, hora 3:30 p.m., para celebrar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A, la cual se realizará en la sala de audiencias, ubicada en el primer piso del Palacio de Justicia, calle 27 con carrera 2da esquina, de esta ciudad. Citense a las partes y al Agente del Ministerio Público.

SEGUNDO: Hágasele saber a los apoderados de las partes que su asistencia a la audiencia inicial es obligatoria, so pena de las consecuencias establecidas en el numeral 4° del artículo 180 del C.P.A.C.A.

CUARTO: Téngase por no contestada la demanda, por parte del Municipio de San Andrés de Sotavento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS EDUARDO MESA NIEVES
Magistrado