

Señores

JUZGADO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN (O.R.)

E. S. D.

Referencia: Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho
 Demandante: Josefina Delgado Velasco
 Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones

Johana Rojas Toledo, identificada como aparece al final de mi firma, como apoderada de la demandante de la referencia, respetuosamente me dirijo a este Honorable Despacho, para interponer demanda ordinaria, en ejercicio del Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho, conforme los siguientes términos:

**I. CAPÍTULO PRIMERO
 DESIGNACIÓN DE LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES**

1. PARTE DEMANDANTE: Josefina Delgado Velasco, identificada con C.C. No. 25.265.207 de Popayán.

2. APODERADA DE LA PARTE DEMANDANTE: La suscrita Johana Rojas Toledo, identificada con C.C. No. 36.293.901 expedida en Pitalito (Huila), abogada titulada y en ejercicio con T.P. No. 157.202 del C.S. de la J.

3. PARTE DEMANDADA: La UNIVERSIDAD DEL CAUCA, entidad de derecho público, representada legalmente por el señor Rector JUAN DIEGO CASTRILLÓN ORREGO o quien haga sus veces en cada momento procesal.

3.1. Es demandada la Caja de Previsión Social de la Universidad del Cauca –En Liquidación- (hoy FONDO DE PENSIONES DE LA UNIVERSIDAD DEL CAUCA).

La ley 1371 de 20 de diciembre de 2009, establece la concurrencia para el pago del pasivo pensional de las Universidades Estatales del Nivel Nacional y ordena constituir un Fondo para dicho pago. El Acuerdo 019 de 22 de junio de 2010 expedido por el Consejo Superior de la Universidad del Cauca, creó el FONDO DE PENSIONES DE LA UNIVERSIDAD DEL CAUCA cuyo representante legal es el Rector de la misma Universidad.

**II. CAPÍTULO SEGUNDO
 HECHOS U OMISIONES FUNDAMENTO DEL MEDIO DE CONTROL**

1. La demandante nació el 19 de marzo de 1944, razón por la cual a la fecha tiene 72 años de edad. Se anexa copia auténtica del Registro Civil de Nacimiento, expedido por la Notaría Segunda del Círculo de Popayán. (ver folio No. 3).
2. Laboró para las siguientes entidades del sector público:

Entidad	Tiempo Laborado	Sector	Total días	Total semanas	Entidad de Previsión Social - Pensiones
Banco Cafetero S.A.	15-septiembre-1971 a 1-octubre-1985	Público	5131	733	Instituto de Seguros Sociales – ISS (hoy Colpensiones)
Universidad del Cauca	8-enero-1986 a 31-julio-2001	Público	5.604	800.5714	Caja Nacional de Previsión Social de la Universidad del Cauca
Universidad del Cauca	1-agosto-2001 a 31-enero-2004	Público	901	128.7142	Instituto de Seguros Sociales – ISS (hoy Colpensiones)
Total Sector Público			11.636	1.662,2857	

Se anexa: Copia del Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones de 13 de mayo de 2009, expedido por el Instituto de Seguros Sociales. (ver folios No. 4 a 6); Se anexa copia auténtica de la Resolución No. 1531 de 10 de diciembre de 1999, expedida por la Universidad del Cauca. (ver folios No. 7 a 14); Se anexa copia auténtica de la Resolución No. R- 784 de 17 de octubre de 2006, expedida por la Universidad del Cauca. (ver folios No. 15 a 20); Se anexa copia auténtica de la Resolución No. R-051 de 4 de febrero de 2011, expedida por la Universidad del Cauca. (ver folios No. 21 a 27).

3. La actora se encuentra comprendida en el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
4. Lo anterior, por cuanto a 01 de abril de 1994, fecha en la cual entra en vigencia el subsistema de pensiones de la Ley 100 de 1993, tenía 50 años y 13 días de edad y 1156.4285 semanas laboradas al sector público.
5. Completó los requisitos para la pensión de jubilación antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.
6. Mediante Resolución No. 1531 de 10 de diciembre de 1999, “Por la cual se reconoce una pensión de jubilación”, la Universidad del Cauca le reconoció a la demandante la pensión de jubilación. Se anexa copia auténtica de la Resolución No. 1531 de 10 de diciembre de 1999, expedida por la Universidad del Cauca. (ver folios No. 7 a 14).
7. La Universidad del Cauca le reconoció la pensión de transición teniendo en cuenta el IBL del tiempo que faltare para completar los requisitos pensionales, de conformidad con el inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993.
8. El valor reconocido por la mesada pensional a 1999, fue de \$304.460
9. El 30 de enero de 2004, la demandante presentó solicitud de reliquidación pensional ante la Universidad del Cauca, para que se liquidada con la norma más favorable. Se anexa copia de la solicitud de reliquidación pensional presentada ante la Universidad del Cauca de 30 de enero de 2004. (ver folio No. 14A).
10. Por medio de Resolución No. R- 784 de 17 de octubre de 2006, la Universidad del Cauca le reliquidó la pensión a la demandante, aplicando para ello las previsiones de la ley 100 de 1993. Se anexa copia auténtica de la Resolución No. R- 784 de 17 de octubre de 2006, expedida por la Universidad del Cauca. (ver folios No. 15 a 20).
11. El valor reconocido por la mesada pensional a 2006, fue de \$484.060
12. La Universidad del Cauca no reconoció ni liquidó la pensión con base en lo devengado en el último año de servicios.
13. Contra esta decisión no se presentaron recursos.
14. El 6 de julio de 2010, la demandante radicó escrito ante la Universidad del Cauca, en el cual solicitó nuevamente la reliquidación con inclusión de los factores devengados en el último año de servicios.
15. Por medio de Resolución No. R-051 de 4 de febrero de 2011, la Universidad del Cauca negó la reliquidación pensional solicitada. Se anexa copia auténtica de la

Resolución No. R-051 de 4 de febrero de 2011, expedida por la Universidad del Cauca. (ver folios No. 21 a 27).

16. Contra la anterior decisión no procedieron los recursos.
17. El demandante es adulto mayor y se encuentra clasificado en el grupo de personas de especial protección constitucional.

III. CAPÍTULO TERCERO DECLARACIONES Y CONDENAS

Pretende la parte demandante que el Honorable Despacho, previo el rito procesal respectivo, pronuncie en sentencia definitiva las siguientes o similares declaraciones y condenas, **teniendo en cuenta los principios de indubio pro operario, favorabilidad, condición más beneficiosa e inescindibilidad de la norma**, en tanto no se le reconoció el derecho a la pensión de jubilación conforme a las normas más favorables:

DECLARATIVAS:

1. Nulidad Parcial de la Resolución No. 1531 de 10 de diciembre de 1999, expedida por la Universidad del Cauca, "Por la cual se reconoce una pensión de jubilación".
2. Nulidad parcial de la Resolución No. R- 784 de 17 de octubre de 2006, expedida por la Universidad del Cauca, "Por medio de la cual se reliquida una pensión".
3. Nulidad de la Resolución No. R-051 de 4 de febrero de 2011, expedida por la Universidad del Cauca, "Que resuelve una petición tendiente a reliquidar una Pensión de Jubilación".
4. Declarar que la demandante, está amparada por el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
5. Declarar que la demandante tiene un derecho adquirido respecto al derecho pensional anterior.
6. Declarar que a la demandante debe liquidársele la pensión de jubilación conforme al régimen de transición pensional de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993, conforme a las previsiones de la ley 33 de 1985, es decir, liquidando la pensión con el IBL de los salarios devengados en el último año de prestación de servicios, incluyendo todos los factores salariales y/o sumas devengados habitual y periódicamente con un porcentaje de 75%, de conformidad con las sentencias de unificación del Consejo de Estado.
7. Declarar que la demandante tiene derecho al reconocimiento del retroactivo pensional de las mesadas reliquidadas desde que tuvo derecho hasta la fecha de pago efectivo del derecho reconocido.
8. Declarar que a la demandante tiene derecho al reconocimiento de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, desde la fecha en que debió reconocerse el derecho pensional hasta que se haga efectivo el pago de las mesadas y el retroactivo pensional.
9. Declarar en todo caso que la orden judicial determinará un valor pensional superior al que devenga la demandante, de lo contrario, se le mantendrá el valor devengado en la actualidad.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, en que ha sido lesionado el actor, se pronuncien en sentencia definitiva las siguientes o similares declaraciones:

1. Condenar a la parte demandada a reliquidar la pensión del actor de conformidad con el régimen de transición pensional de que trata la ley 33

de 1985, equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios, incluyendo todos los factores salariales y/o sumas devengados habitual y periódicamente.

2. Condenar a la parte demandada al reconocimiento y pago del retroactivo pensional desde que tuvo derecho hasta la fecha de pago efectivo del derecho reconocido.
3. Condénese al reconocimiento y pago de los intereses moratorios conforme al artículo 141 de la ley 100 de 1993 o los más altos de conformidad con la ley, hasta que se verifique el pago efectivo de la obligación pensional.
4. Las sumas reconocidas en los numerales anteriores devengarán los intereses señalados en el C.P.A.C. A. desde la fecha de ejecutoria del fallo.
5. Las sumas reconocidas en los numerales anteriores serán indexadas de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor.
6. Condenar en costas a la entidad demandada.
7. Ordenar dar cumplimiento a la sentencia en los términos de ley.

IV. CAPÍTULO CUARTO NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE SU VIOLACIÓN

4.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con los supuestos planteados, en el acápite correspondiente y con las pruebas que se recaudarán a lo largo de la Litis se demostrará cómo y en qué condiciones la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la reliquidación pensional de conformidad con la ley 33 de 1985, al liquidar su pensión con todo lo devengado en el último año de servicios.

Históricamente, la intervención del Estado en la relación laboral y sus efectos ha permitido estructurar en el sistema jurídico principios y normas que protegen al trabajador y a su familia, de los eventuales riesgos que puedan acontecer en su trabajo y fuera de él, por razones de justicia social. Así mismo, se han creado normas que edifican el sistema de seguridad social integral, entre los cuales se destaca el subsistema de pensiones. Es así como la pensión constituye un salario diferido del trabajador, fruto del ahorro forzoso que realizó durante toda una vida de trabajo, que le debe ser devuelto cuando ya ha perdido o ve disminuida su capacidad laboral como efecto del envejecimiento natural. En otras palabras, el pago de una pensión no es una dádiva del Estado ni del empleador, sino el simple reintegro que del ahorro constante de largos años, es debido al trabajador. Con el sistema de seguridad social integral consagrado en la ley 100 de 1993, se solidificaron algunos derechos y garantías constitucionales, las personas beneficiarias que antes eran invisibles al sistema, ahora merecen protección.

El régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció algunas circunstancias donde ciertas personas podrían beneficiarse de los regímenes pensionales anteriores, siempre y cuando al 01 de abril de 1994, entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social Integral, tuvieran treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

Por otra parte, el constituyente secundario integro en el Acto Legislativo 01 de 2005, ciertas disposiciones que modificaron el artículo 48 Constitucional, en miras a limitar la posibilidad de mantener vigente el régimen de transición pensional y, solo permitió beneficiarse de dicho régimen hasta el 31 de julio del año 2010. No obstante dicha regla, se extendió hasta 31 de diciembre de 2014, para aquellos que estando en la transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, además

tuvieran a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 750 semanas de servicios o cotizaciones.

De conformidad con los supuestos planteados, como la entidad demandada ha negado el reconocimiento y pago de la reliquidación pensional a la demandante, de conformidad con el régimen de los empleados públicos y de conformidad con la ley 33 de 1985, cuya vigencia se soporta en las normas de transición de la Ley 100 de 1993, lo que comporta una violación del derecho de seguridad social en conexidad con el debido proceso y los derechos adquiridos, por lo anterior es procedente la declaración judicial, en miras a la reliquidación pensional aplicando para ello íntegramente la ley 33 de 1985, teniendo en cuenta todo lo devengado en el último año de servicios.

Es por ello que se plantea los siguientes Problemas Jurídicos.

1. ¿La actora está amparada por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993?
2. ¿Es procedente el reconocimiento y pago de la reliquidación pensional aplicando para ello íntegramente la ley 33 de 1985?

Si el primer y segundo interrogantes son afirmativos

3. ¿Cómo debe reliquidarse su pensión?

4.2. HIPÓTESIS

LA RESPUESTAS al primer y segundo interrogante son AFIRMATIVAS.

Respecto al primer y segundo interrogante tenemos que la actora si está amparada por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debido a que al 1 de abril de 1994, fecha en la cual entra en vigencia el subsistema pensional de la Ley 100 de 1993, tenía 50 años y 13 días de edad y 1.156,4285 semanas de servicios al sector público, régimen de transición que conservó toda vez que al 31 de julio de 2010, ya había completado los requisitos pensionales, según las previsiones de la ley 33 de 1985.

NORMAS DE CARÁCTER CONSTITUCIONAL VULNERADAS POR FALTA DE APLICACIÓN, FALSA MOTIVACIÓN E INFRACCIÓN DE LAS NORMAS EN QUE DEBERÍAN FUNDARSE. (ARTS. 2, 13, 25, 29, 48, 53 y 58).

“Artículo 1. Colombia es un estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista...”

“Artículo 2. Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

ARTÍCULOS 2, 13, 25, 48, 53, 58 y 93 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

El art. 2 de la Constitución Política establece los cometidos estatales que condensa la filosofía y fines de nuestro Estado Social de Derecho, cuyo principal baluarte es promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución Política, asignándole a las autoridades de la República la función de proteger los derechos y libertades públicas, asegurando la vigencia de un orden social justo, que implica que la justicia sea el sumo principio Constitucional, tal como lo indica la carta

suprema desde su Preámbulo; pues no puede concebirse el derecho sin justicia. La justicia promueve la convivencia pacífica, que de suyo implica erradicar la arbitrariedad y limitar la discrecionalidad, facultad esta que cuando está en cabeza de las autoridades del Estado no es omnímoda, está reglada y solo fue concedida por el legislador bajo el pilar fundamental del interés general, que se concreta en los fines del buen servicio, los cuales en últimas son el norte que debe orientar cualquier decisión administrativa. Esta norma en el caso del actor, se violó por la determinación de la entidad demandada DE NEGAR EL BENEFICIO AL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL, sin existir un criterio objetivo y contrario lo ordenan las normas que reconocen el beneficio del régimen de transición.

Por su parte el, artículo 13 de la Constitución Política consagra el derecho de igualdad. La expectativa compartida ante la ley debe ser real y no formal en la medida en que teniendo derecho a la pensión y sus intereses, dicho reconocimiento no se le hizo y la demandante debió acudir a la jurisdicción para que se declare su derecho pensional. La expectativa que deriva de las normas pensionales y sobre el reconocimiento y pago es la que comparte la demandante con todas aquellas personas que estén en el supuesto de hecho igual, al no reconocerle el derecho objetivo consagrado en la ley por cumplir los requisitos, se vulneró el derecho de igualdad establecido en el artículo 13 de la Constitución Política.

Los artículos 25 y 48. El artículo 25 superior ha establecido el trabajo como un valor, un derecho, un principio y un deber, que en cualquier modalidad debe ser protegido por el Estado, por supuesto en condiciones dignas y justas. La actitud desplegada por la entidad demandada contrasta con estos postulados, toda vez que a pesar de que el actor ha prestado toda su fuerza laboral al servicio del Estado, debe compartir la expectativa que deriva de las normas pertenecientes al régimen de transición pensional de los empleados del Estado. Esto, por su especial connotación y en respeto de las disposiciones especiales aplicables. A su vez el Artículo 58, establece la garantía constitucional a la propiedad privada y a los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes. Derechos que no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, de modo que los derechos adquiridos legal y convencionalmente deben ser respetados con todas las implicaciones que ello conlleva.

El artículo 48¹ de la Constitución Política de 1991, se refiere a la seguridad social como un "derecho irrenunciable" que se reconoce a todos los habitantes, y como un "servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley".

La doctrina ha definido la seguridad social como un "Sistema a través del cual el Estado garantiza a las personas comprendidas en su campo de aplicación así como a los familiares o asimilados que tuvieren a su cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en la ley."²

¹ Constitución Política, Art. 48 original de 1991: "La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley. La seguridad social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante."

²AGUIRDE MARTÍNEZ, Eduardo. "Seguridad Integral en la Organización". Primera Edición, septiembre 1986. Editorial Trillas Venezuela.

Amparada en el artículo 48 mencionado, nace la ley 100 de 1993, la cual crea el Sistema de Seguridad Social Integral, cuyo objetivo es la garantía de la calidad de vida acorde con la dignidad humana, a través de la protección de las contingencias que afecten a los individuos. Esta ley tiene como fin primordial el respeto de la dignidad humana y de la calidad de vida de los individuos. Delimitó cuatro aspectos básicos como son: i. El sistema general de pensiones, ii. El sistema general de salud, iii. El sistema general de riesgos profesionales y; iv. Los servicios sociales complementarios.

En suma, la seguridad social es un derecho que tiene la persona para satisfacer sus estados de necesidad en salud, pensiones y riesgos profesionales. Históricamente ha tenido una gran evolución en tanto se ha desarrollado el derecho del trabajo. Buscando proteger a la sociedad en general y sus postulados han sido estructurados por la Organización Internacional del Trabajo, esto porque la seguridad social tiene como fundamento proteger en especial a la clase trabajadora, no obstante, la entidad demandada, ha vulnerado los derechos del actor, ya que ha expedido las resoluciones de negativa del derecho pensional sin tener en cuenta las normas constitucionales y legales para ello en franca violación e ilegalidad, pues en vez de brindar protección, estabilidad y respeto por el acto propio, ha sido no menos que negligente al no considerar los derechos del actor, imponiendo una carga adicional al tener que acudir a la jurisdicción para obtener el reconocimiento y pago de sus derechos pensionales conforme la normatividad constitucional, legal y los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales al respecto del tema tratado.

El artículo 53 por su parte, establece los principios fundamentales que protegen a todo trabajador y pensionado en el Estado colombiano; de esta forma, se ha establecido el principio de favorabilidad, según el cual ante el cotejo de varias normas laborales aplicables, el operador debe escoger la que más favorezca al trabajador. La Corte Suprema de Justicia ha enunciado el alcance de este principio en reciente sentencia, así:

“4º) Los principios de favorabilidad e indubio pro operario difieren de la condición más beneficiosa.

El primero se presenta en caso de duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo.

Las características primordiales son: (i) la duda surge sobre la aplicación de dos o más normas, entendidas éstas como “un enunciado hipotético al cual se enlaza una determinada consecuencia jurídica”; (ii) las disposiciones deben ser válidas y estar en vigor; (iii) deben regular la misma situación fáctica, y (iv) al emplearse debe respetarse el principio de la inescindibilidad o conglobamiento, es decir, la norma escogida no solamente se utiliza íntegramente, sino como un todo, como un cuerpo o conjunto normativo.

A contrario sensu, el principio in dubio pro operario, se presenta cuando frente a una misma norma laboral surgen varias interpretaciones sensatas, la cual implica la escogencia del ejercicio hermenéutico que más le favorezca al trabajador. Además, Tiene como particularidades las siguientes: (i) su aplicación se restringe para aquellos eventos en que nazca en el juez una duda en la interpretación, es decir, si para él no existe, así la norma permita otras interpretaciones, no es obligatorio su empleo; (ii) los jueces no están obligados en todos los casos a acoger como correctas las interpretaciones que de las normas propongan las partes, tanto demandante como demandado, y (iii) no se hace extensivo a los casos en que al juzgador pueda surgirle incertidumbre respecto de la valoración de una prueba, esto es, la que resulta de defecto o insuficiencia en la prueba de los hechos, dado que el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social consagra la potestad de los jueces de formar libremente su convencimiento y no los sujeta a una tarifa legal de prueba.

Por último, la condición más beneficiosa, se distingue porque: (i) opera en el tránsito legislativo, y ante la ausencia de un régimen de transición; (ii) se debe cotejar una norma derogada con una vigente, y (iii) el destinatario posee una situación jurídica concreta, la cual es protegida, dado que con la nueva ley se le desmejora.³

De este modo, es claro que para el caso del régimen de transición pensional se aplica el principio de favorabilidad, cuestión que la demandada obvió en tanto negó el beneficio pensional al demandante, al no aplicar la norma que más favorece sus intereses legítimos.

El artículo 93, establece: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.” (Resaltado fuera del texto).

De esta forma, la parte demandada viola los artículos 1, 17, 21, 23, 24 Y 26 de la ley 16 de 1972, Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969; De los artículos 4, 9, 19, 15, de la ley 319 de 1996, Por medio de la cual se aprueba el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, POR FALTA DE APLICACIÓN.

Ley 16 de 1972. Ratifica en su totalidad e incorpora incondicionalmente en el derecho interno colombiano la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José de Costa Rica. En los términos del artículo 93 de la Constitución Nacional las disposiciones de este tratado prevalecen en el orden interno, es decir, este tratado pertenece al denominado doctrinalmente “Bloque de Constitucionalidad”. De cualquier manera, en esta ley aprobatoria se hace mención a la OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS, A LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA, A LOS DERECHOS POLÍTICOS, A LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y AL DESARROLLO PROGRESIVO de las condiciones de las personas establecidas como derechos inalienables y de respeto inmediato por parte del Estado.

Ley 319 de 1996. Ratifica el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales. Adiciona la Convención Americana de Derechos Humanos. En los términos del artículo 93 de la Constitución Nacional las disposiciones de este tratado prevalecen en el orden interno, es decir, este tratado pertenece al denominado doctrinalmente “Bloque de Constitucionalidad”. En esta ley se expresan temas sobre NO ADMISION DE RESTRICCIONES, DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL, DERECHO A LA SALUD, DERECHO A LA CONSTITUCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA FAMILIA.

Las anteriores normas se violan en tanto la entidad demandada no respetó el régimen aplicable al actor en tanto no liquidó el derecho pensional conforme el régimen más favorable, pretermitiendo la aplicación de las normas anotadas. Téngase que los derechos reclamados tienen sustento constitucional para ser considerados ciertos, indiscutibles y adquiridos legal y constitucionalmente, por lo tanto deben ser respetados y reconocidos en los términos de los artículos 2, 4, 25, 29, 48 y 53 de la Constitución Política, en concordancia con los múltiples señalamientos expresados por la Honorable Corte Constitucional, la Corte

³ SALA DE CASACIÓN LABORAL. DR. CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE. Magistrado Ponente. Radicación N° 40662. Acta N° 4. Bogotá D. C., quince (15) de febrero de dos mil once (2011).

Suprema de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos humanos relacionados con los derechos pensionales.

PRONUNCIAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS APLICABLE AL CASO CONCRETO

Téngase en cuenta los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en aplicación del artículo 93 superior, en tanto se constituyen en jurisprudencia aplicable, por tratarse de derechos humanos. Uno de los pronunciamientos en el caso de las pensiones lo tenemos en la Sentencia de 28 de febrero de 2003, proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de “Cinco Pensionistas” Vs. Perú, (Fondo, Reparaciones y Costas). Se transcribe la parte pertinente⁴:

“IX
ARTÍCULO 26
(DESARROLLO PROGRESIVO DE LOS
DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES)
Alegatos de la Comisión

142. En relación con el artículo 26 de la Convención, la Comisión alegó que:

a) el Estado violó dicho artículo al dictar el Decreto-Ley N° 25792, el cual “constituyó un retroceso no justificado respecto al grado de desarrollo del derecho a la seguridad social que habían alcanzado las víctimas conforme al Decreto Ley N° 20530 y sus normas conexas”, de manera que se impuso un tope sustancialmente inferior al monto de la pensión nivelable que percibían las presuntas víctimas. A partir de la entrada en vigencia del Decreto-Ley N° 25792, los cinco pensionistas pasaron a recibir aproximadamente una quinta parte de la pensión de cesantía que recibían;

b) la obligación establecida en el artículo 26 de la Convención implica que los Estados no pueden adoptar medidas regresivas respecto al grado de desarrollo alcanzado, sin perjuicio de que en supuestos excepcionales y por aplicación analógica del artículo 5 del Protocolo de San Salvador, pudieran justificarse leyes que impongan restricciones y limitaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, siempre que hayan sido promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, y que no contradigan el propósito y razón de tales derechos”; y c) el Estado no alegó ni probó que el retroceso que conllevó el Decreto-Ley N° 25792 fuera efectuado “con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática”, “ni alegó ni probó ninguna otra circunstancia al respecto”.

Alegatos de los representantes de las presuntas víctimas y sus familiares

143. En relación con el artículo 26 de la Convención, los representantes de las presuntas víctimas y sus familiares señalaron que:

a) de conformidad con lo dispuesto en dicho artículo, el Estado tiene el deber de encaminarse progresivamente hacia la plena efectividad del derecho a la seguridad social. Esta obligación implica la “correlativa prohibición de regresividad en materia de reconocimiento del derecho a la seguridad social, 63 salvo circunstancias absolutamente excepcionales, razonables y justificadas en el bien común”. La adopción de políticas regresivas, que tengan por objeto o efecto la disminución del estado de goce de los derechos económicos, sociales y culturales, viola el principio de progresividad;

b) la determinación del alcance de este artículo debe hacerse teniendo en cuenta la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales y de conformidad con el principio *pro homine* establecido en el artículo 29.b) de la Convención;

c) el contenido esencial del derecho a la seguridad social es asegurar a toda persona una protección contra las consecuencias de la vejez o de cualquier otra contingencia ajena a su voluntad que implique una privación de los medios de

⁴ 158 U.N. Doc. E/1991/23, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), adoptada en el Quinto Período de Sesiones, 1990, punto 9.

subsistencia imprescindibles, para que pueda llevar una vida digna y decorosa. El Perú violó el derecho a la seguridad social al privar a los cinco pensionistas de los medios de vida que, en la forma de una pensión nivelada, les correspondían en el marco del régimen pensionario al que se encontraban legalmente adscritos, y que les habían permitido atender hasta marzo de 1992 -en un caso- y hasta septiembre del mismo año -respecto de los otros cuatro-, la cobertura de sus necesidades vitales más inmediatas y las de sus familias;

d) la disminución de los montos jubilatorios de las presuntas víctimas “es una medida regresiva que no fue justificada por el Estado en el contexto del pleno aprovechamiento de los derechos económicos, sociales y culturales”. Esa medida ha vulnerado el principio de progresividad establecido en el artículo 26 de la Convención, el cual “no puede ser socavado bajo el pretexto de la falta de recursos económicos, mucho menos cuando se trata de grupos vulnerables de la población como es el de los jubilados y pensionados”;

e) desde una perspectiva integral, es claro que las acciones adoptadas por el Estado han implicado una grave violación del derecho humano a la seguridad social, puesto que “dichas acciones -aún si no lo hubieran tenido por objeto explícito- tuvieron como efecto concreto la imposición de una situación que los despojó de los medios de subsistencia que -en su condición de pensionistas y adultos mayores- les fueron indispensables para llevar una vida digna y con decoro”; y

f) solicitan al Tribunal que determine el contenido de la cláusula de desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales y que establezca parámetros y criterios que ilustren a los Estados sobre la manera de cumplir con sus obligaciones jurídicas y criterios para determinar la manera en que las medidas regresivas violan las obligaciones convencionales.

Asimismo, sería “muy útil” que la Corte fije pautas que permitan al Estado adoptar una política integral en materia de seguridad social.

Alegatos del Estado

144. Con respecto al artículo 26 de la Convención, el Estado alegó que: a) no ha vulnerado el desarrollo progresivo de la pensión de jubilación de las presuntas víctimas, ya que la pensión que están recibiendo, como consecuencia de las acciones judiciales interpuestas, “es considerablemente superior a la que les correspondería legalmente si sus pensiones se hubiesen regulado de acuerdo al régimen que les correspondía”, es decir, en función de las remuneraciones de los trabajadores del régimen laboral de la actividad pública y no al de la actividad privada; y

b) este artículo contiene una declaración genérica, que no se puede interpretar con un criterio tan extensivo que pretenda sostener que el pago de las pensiones dentro del régimen previsional y pensionario peruano sea absoluto y no pueda ser limitado por ley.

Consideraciones de la Corte

145. El artículo 26 de la Convención expresa que: Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

146. La Comisión Interamericana y los representantes de las presuntas víctimas y sus familiares alegaron el incumplimiento del artículo 26 de la Convención Americana, en cuanto el Estado, al haber reducido el monto de las pensiones de las presuntas víctimas, no cumplió el deber de dar el desarrollo progresivo de sus derechos económicos, sociales y culturales, particularmente no les garantizó el desarrollo progresivo al derecho a la pensión.

147. Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas¹⁵⁸, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el

conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.

148. Es evidente que esto último es lo que ocurre en el presente caso y por ello la Corte considera procedente desestimar la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú, en el marco de este caso."

Las anteriores disposiciones constitucionales, son vulneradas por la decisión de la entidad demandada, toda vez que desconoce la inescindibilidad de las normas, aplicando la menos beneficiosa al actor en tanto le negó el beneficio pensional. Así las cosas, los preceptos constitucionales antes mencionados resultan vulnerados por la entidad demandada, toda vez que desconoce los derechos laborales constitucionalmente adquiridos por el actor.

VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL

En desarrollo del artículo 48 superior, se expidió la Ley 100 de 1993, que crea y organiza el sistema de seguridad social integral⁵, conformado por "los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios" que define la misma ley⁶.

El legislador de 1993 al expedir la Ley 100, incluyó en el artículo 11 el reconocimiento expreso de los derechos adquiridos en la fecha de su entrada en vigencia⁷⁴, y en el artículo 36 estableció un régimen de transición para que quienes, por razón de la edad o del tiempo trabajado, pudieran encontrarse próximos a adquirir el derecho pensional, continuaran sujetos al régimen que para entonces gobernara su expectativa, en cuanto a la edad, al tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, y al monto de la pensión, pues dice textualmente el inciso segundo del artículo 36 en cita:

"La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley. "

⁵ Ley 100 de 1993, "Preámbulo. La seguridad social integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad." Art. 5°. "Creación. En desarrollo del artículo 48 de la Constitución Política, organizase el Sistema de Seguridad Social Integral cuya dirección, coordinación y control estará a cargo del Estado, en los términos de la presente ley,"

⁶ Ley 100 de 1993, Art. 8°. "Conformación del Sistema de Seguridad Social Integral. El Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley."

⁷ Ley 100 de 1993, Art. 11. (Texto original): "El Sistema General de Pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general. Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo. Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y de que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes."

De conformidad con lo anterior, es claro que bajo las premisas del artículo 36 de la misma ley, subsiste el régimen de los servidores públicos establecido en la ley 33 de 1985, ya que de conformidad con las pruebas, la demandante laboró al servicio del Estado en el sector Público por más de 20 años.

Y es que quiso el legislador mantener bajo el principio de favorabilidad, los regímenes anteriores bajo las cuales esa persona hubiera adquirido el derecho a la pensión; de lo contrario, la demandante quedaría sujeta al régimen general de la ley 100 y ello implicaría que no se podría pensionar o que, la imposibilidad de adquirir el derecho solo derivaría en el pago de una indemnización compensatoria, eventos que carecen de soporte constitucional y legal precisamente en virtud del régimen del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Como la demandada desconoció el régimen de transición pensional, violó los principios constitucionales que rigen las condiciones del trabajo⁸ en especial los referentes a la igualdad, la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales y la favorabilidad en caso de duda en la aplicación e interpretación de las normas que regulan el tema laboral o pensional, los cuales adquieren mayor relevancia para los destinatarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

No puede perderse de vista la posibilidad de adquirir el derecho a la pensión bajo el régimen de la Ley 33 de 1985 de las personas beneficiarias del régimen de transición. Así establece el inciso tercero del artículo 36:

“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior *al cual se encuentren afiliados*. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.”

Por su parte la ley 33 de 1985 establece:

“Art. 1^o –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 a setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.”

Por su parte la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de esta misma anualidad señaló:

“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 de orden nacional: asignación

⁸ Constitución Política. Art. 53. El Congreso expedirá el Estatuto del Trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.”

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 este orden de ideas, el reconocimiento de la pensión del demandante debe realizarse bajo el amparo del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, el que además debe regirlo integralmente porque el demandante tenía más de 15 años de servicios prestados al Estado y 35 años de edad que exigió el artículo 36 transcrito (de manera independiente uno u otro).

En síntesis, como la demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, tiene derecho a que su pensión se le reconozca, de conformidad con las leyes 33 y 62 de 1985, con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios e incluyendo todos los factores salariales.

Tal como lo ha expresado el H. Consejo de Estado, 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, sin que se posible aplica dos normas legales diferentes para efectos de la liquidación de una misma pensión, pues se violaría el principio de inescindibilidad, posición ratificada en las sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 proferida por la Sala Plena de la Corporación y ratificada en diferentes pronunciamientos de las salas de decisión hasta el momento, por lo que se convierte en precedente obligatorio para los jueces.⁹

FACTORES PARA LA LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LA DEMANDANTE

El H. Consejo de Estado, en relación con los factores salariales que han de tenerse en cuenta, establece los siguientes parámetros, aplicables para el caso objeto de estudio.

1. La ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, pues los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación del servicio.
2. Expresa que los factores salariales contemplados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, los cuales debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación, eran superiores a los a hora enlistados por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985; aun así, también del citado decreto se ha precitado 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. Esta interpretación se realiza en consonancia con el artículo 53 de la Constitución Política.

⁹ La sentencia de Unificación del Consejo de Estado, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA de cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), Actor: LUIS MARIO VELANDIA, Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, indicó que los factores contenidos en las leyes 33 y 62 de 1985 no son taxativos en tratándose de pensiones comprendidas por el régimen de transición pensional.

Dicha posición ha sido ratificada -entre otros- por la sentencia de la misma Corporación, de diez y siete (17) de marzo de dos mil once (2011), CONSEJERO PONENTE: GERARDO ARENAS MONSALVE, Ref.: 250002325000200800068 01, N° interno: 0234-2010, RUBÉN JARAMILLO GIRALDO contra la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL.

3. A la ley 33 de 1985 no puede darse una interpretación restrictiva, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo ha cambiado su naturaleza, a fin de hacerlos más efectivos.
4. Los factores que no han sido objeto de las deducciones de ley, no puede ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por ese concepto haya lugar. En este orden de ideas, la protección al erario público es un principio que debe armonizarse con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial importancia.

Frente a la inclusión de la prima de vacaciones y prima de navidad en el ingreso base de liquidación, se considera procedente debido a que el Decreto 1045 de 1978 se consagró como factor salarial para efectos pensionales.

A hora bien, frente al concepto de salario, el H. Consejo de Estado ha manifestado:

“Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de la pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, **tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio.** Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentado.”¹⁰

Conforme a los pronunciamientos anteriores, dado que el demandante es beneficiario del régimen anterior en su integridad, es decir, las leyes 33 y 62 de 1985 por respeto a sus derechos adquiridos, razón por la cual debía tenerse en cuenta lo devengado en el último año de servicio. Así las cosas debe reconocerse y liquidarse el monto de la pensión de jubilación en tanto corresponda al 75% de lo devengado en el último año de servicio teniendo en cuenta todos los factores salariales efectivamente devengados.

Sobre este tópico, es reiterada esta posición, ya que el H. Consejo de Estado¹¹, en reciente jurisprudencia, respecto a los factores de salario para tener en cuenta en las liquidaciones de quienes se encuentran dentro de la transición prevista en la ley 33 de 1985, señaló:

“En este caso, para el 13 de febrero de 1985, fecha en que entró en vigencia la Ley 33 de 1985, el actor tenía más de 15 años de servicio (fl. 3), **es decir que en cuanto a la edad lo regía el régimen anterior** (D.L 3135/68).

A pesar de que la Ley 33 de 1985 no señaló nada en cuanto a la liquidación, **considera la Sala que en este aspecto se debe aplicar también el régimen anterior**, porque resulta más favorable al actor. De no hacerse así, se desconocería el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de la Carta Política que

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "A". Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012). Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00001-01(0302-11). Actor: MIGUEL ANGEL RODRIGUEZ RODRIGUEZ. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL

¹¹ C. de Estado. Expediente 25000-23-25-000-2004-1434-01(2306-06). C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del siete (7) de febrero de 2008.

establece la "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho".

Igualmente el Decreto 1045 de 1978 dispone:

"...ARTICULO 45. DE LOS FACTORES DE SALARIO POR LA LIQUIDACION DE CESANTIA Y PENSIONES. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

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

Con respecto de los intereses moratorios, en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, enuncia textualmente:

"INTERESES DE MORA. A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago".

De la misma forma, no hay calificación adicional para la procedencia del pago de los intereses, simplemente hay que probar la fecha en que el derecho debió reconocerse y la fecha inicial de pago de la pensión, lo que se probará con los documentos que la entidad aporte y que se solicitarán en el acápite respectivo. Esta norma ya ha sido analizada por la Corte Constitucional en sentencia C-601 de 2000, de 24 de mayo del 2000, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz, en la cual la Corporación indicó que todos los pensionados a quienes la entidad que tenga a cargo el reconocimiento se demore o pretermita los términos legales, debe pagar los intereses, sin importar el régimen pensional a su cargo.

En los términos de la norma transcrita, en armonía con otras disposiciones de la Ley 100 de 1993, en especial con los artículos 36 y 141, pero nótese que del artículo precedente, se infiere que los intereses moratorios se generan sin ningún tipo de condicionamientos, fuera del cumplimiento de los requisitos para adquirir el derecho a la pensión, así indicó:

"...Finalmente, en cuanto a la acusación dirigida contra el segmento normativo "de que trata esta ley", contenido en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, tampoco comparte la Corte el cargo formulado por el demandante, pues la disposición no se refiere a las personas que hayan adquirido el derecho al pago de su pensión con anterioridad al 1º de enero de 1994, sino que alude al hecho de que la ley 100 de 1993 se refiere a las mesadas pensionales que se pagan con ocasión del reconocimiento de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, pues, repárese, que con la expedición de la ley 100 de 1993, se creó un nuevo régimen de pensiones y de salud, que entró a regir el 1º de abril de 1994. **Es decir, en principio esta norma derogó los regímenes especiales anteriores a su vigencia, pero sin duda subsisten algunos regímenes particulares y hay que**

precisar que la norma acusada tiene un carácter general, aplicable inclusive, para todo tipo de pensiones. Las excepciones expresamente contempladas en el estatuto de seguridad social, tal como lo dispone el artículo 11 de la ley 100, conforme lo consagra la sentencia C-408 de 1994...¹². (Negrilla y cursivas a propósito).

En suma, el pago de los intereses moratorios surge para la entidad de previsión social a partir del momento en que se cumplen los requisitos para tener derecho a la pensión por invalidez, vejez o sobrevivencia, a decir del máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, sin que se pueda reparar en la responsabilidad, buena fe o mala fe, aplicando para ello el artículo 19 del decreto reglamentario 656 de 1994:

“...“El otro reproche del recurrente tiene que ver con el momento a partir del cual se causan los intereses moratorios, y su tesis en este sentido, acogiendo una doctrina del H. Consejo de Estado, es que los mismos no se generan cuando el derecho pensional está en discusión, sino cuando existe para el administrado una pensión reconocida por el Estado y, a pesar de ello, se omite la obligación de cancelarla oportunamente.

Para la Sala ese no es el entendimiento que debe atribuírsele a la norma en cuestión, ya que no se corresponde a su tenor literal, a su espíritu, ni a los antecedentes históricos.

En efecto, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 prevé que los intereses se causan en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, obligación del pago de tales mesadas que, surge en principio cuando el interesado cumple los requisitos legales de edad y tiempo de servicios. Pero puede ocurrir que a pesar de satisfacer esas exigencias, opte por no retirarse del servicio y seguir laborando, caso en el cual obviamente no alcanza a nacer la obligación de pago, por cuanto dicha carga de pagarla en esta hipótesis se difiere hasta el momento del retiro. Y aunque no es estrictamente necesario, por cuanto la ley contempla la posibilidad de que el empleador solicite directamente que se pensione a uno de sus trabajadores, se requiere usualmente que la persona con vocación de acceder a una pensión haga la solicitud pertinente al ente administrador y allegue la documentación que acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente, actuación que resulta necesaria conforme se desprende del artículo 11 del Código Procesal del Trabajo, tanto en su versión primigenia como ya en vigencia de la reforma de la Ley 712 de 2001, incluso en los términos del artículo 8º de la Ley 10 de 1972, los cuales se refieren a un procedimiento administrativo previo o a la acreditación de los requisitos que debe ser actuación realizada por el interesado y sirve para poner en marcha los trámites internos de la entidad administradora de pensiones.

Valga puntualizar que el derecho a recibir el pago de las mesadas no emerge del reconocimiento de la pensión por parte de la entidad que le corresponde, sino del cumplimiento legal de la edad y el tiempo de servicios o la densidad de cotizaciones, a lo cual se debe adicionar el retiro definitivo del servicio activo, tan es así que cuando el reconocimiento se hace con posterioridad al retiro se ordena el pago de los retroactivos respectivos. Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que los intereses moratorios nazcan también a partir de ese mismo momento, por cuanto como ya se dijo y lo resaltó atinadamente el Tribunal, no puede perderse de vista que la entidad administradora cuenta con un término para resolver la petición, de modo que los intereses solamente empiezan a causarse si el pago se hace por fuera de aquel plazo. Todo lo expuesto permite afirmar que el Tribunal no se equivocó cuando consideró que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 se generan desde el momento en que, vencido el término de gracia que tienen las administradoras de pensiones para resolver la solicitud de pensión y proceder a su pago, no lo hacen.

Para abundar en razones acerca de que esa interpretación es la correcta, debe recordarse que el legislador nacional, aunque en un principio parcial y limitadamente, siempre estuvo preocupado por señalar un plazo para el pago de las pensiones y las prestaciones sociales, así como la sanción drástica por el incumplimiento de ese mandato, en cuyo trasfondo estuvo sin duda la concepción de que se trataba de derechos vitales y mínimos, indispensables para asegurar la manutención del trabajador y su familia, sobre todo la pensión dado su carácter de sucedáneo del salario. En ese marco se expidieron normas como la Ley 10 de 1972 y el Decreto 797 de 1949, la

¹² Sentencia C-601/00, Referencia: expediente D-2663. Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 141 parcial de la ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones". Actor: Juan De Jesús Robles Vivas. Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORÓN DÍAZ. Santa Fe de Bogotá, D.C., mayo veinticuatro (24) del año dos mil (2000).

primera de las cuales si bien estaba dirigida a las empresas o empleadores obligados a reconocer y pagar las pensiones de jubilación, invalidez o retiro por vejez, imponía la obligación de reconocer la pensión dentro de los 90 días siguientes a la acreditación del derecho a disfrutar la prestación, vencidos los cuales se causaba la denominada sanción moratoria, es decir, se exponía a que fuera obligado a pagar un día del salario que el beneficiario de la prestación venía recibiendo, por cada día de mora en el pago de la pensión, previsión que se presenta de manera más nítida en el Decreto Reglamentario 1672 de 1973 que dispuso que si las empresas a las que aludió la ley no cancelan las pensiones dentro de los 90 días, deberán la sanción moratoria. Así, estos elementos orientan la interpretación de las leyes actualmente vigentes, por lo que debe destacarse que en el país siempre se ha privilegiado el pago rápido de las prestaciones de los trabajadores, entre ellas las pensiones, se **ha otorgado un plazo de gracia para el reconocimiento del derecho** y se ha establecido que los efectos resarcitorios o sancionatorios solamente se producirían una vez vencido dicho plazo de gracia, de suerte que con base en esos criterios, que estima la Sala aparecen reflejados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, queda sin sustento el argumento del recurrente respecto a que los intereses se causan cuando el derecho no es materia de discusión o cuando se omite el pago de una pensión ya reconocida. Y aunque evidentemente existen diferencias entre los obligados de antaño (los empleadores) y los de ahora (las administradoras de pensiones) y el carácter de las medidas resarcitorias del pasado, que incluso tenían un carácter sancionatorio y punitivo (salarios moratorios) y las del presente (intereses moratorios), esas distinciones no alcanzan a desvirtuar las conclusiones que se extrajeron sobre el momento en que debe entenderse empiezan a causarse los intereses moratorios.

Corresponde agregar que la finalidad del artículo 141 de la Ley 100 fue afianzar el carácter vital de la pensión, propender por su pronto pago y proteger a los pensionados, disuadiendo las dilaciones en su trámite y por ello los intereses moratorios antes que ser una sanción para la entidad obligada, son una medida resarcitoria en el caso del no pago oportuno de la mesada, y por lo mismo hay que entender que se causan desde el momento en que debe hacerse el pago y no se realiza.

Por último debe precisarse que **el plazo de 4 meses que el Tribunal señaló como término de gracia para que se resolviera la solicitud de pensión y su consecuente pago, es adecuado para este caso y no constituye un error jurídico, puesto que ese es el lapso que fijó el artículo 19 del Decreto Reglamentario 656 de 1994 para el caso de las sociedades administradoras de fondos de pensiones, pero nada impide su extensión a las entidades del régimen de prima media con prestación definida, pues ante la carencia de norma expresa que señale el plazo correspondiente, bien puede acudir a dicha norma de conformidad con lo previsto en el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo.**¹³ (Resaltas fuera del texto)."

Aserto anterior, ratificado por la sentencia ya citada, donde actuó como ponente el Dr. Ricaurte, haciendo referencia al conteo de los términos para el reconocimiento de dichos intereses:

"...Además, es menester señalar, que esta Sala ha sostenido que los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, solamente se causan a partir del plazo máximo de 4 meses a que se refiere el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, esto es, desde el momento en que, vencido el término de gracia que tienen los fondos de pensiones para resolver la solicitud de pensión y proceder a su pago, no lo hacen..."¹⁴.

Así mismo, sobre el reconocimiento de las pensiones, es claro que el querer del legislador es la garantía del reconocimiento a tiempo de las pensiones en el sistema general de pensiones, sin considerar el origen de la pensión o quien administre la entidad.

Las anteriores disposiciones legales y constitucionales, son vulneradas por la decisión de la entidad demandada, toda vez que desconoce la inescindibilidad de las normas, aplicando la menos beneficiosa al actor en tanto liquida le pensión

¹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN LABORAL. Bogotá D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil diez (2010). Magistrado Ponente: DR. LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ. Radicación N° 42080. Acta N° 16.

¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN LABORAL. Magistrado Ponente fue el Dr. Francisco Javier Ricaurte Gómez, Radicación: 42839 de 29 de noviembre de 2011.

mensual teniendo en cuenta un ingreso base de liquidación que menos le conviene al actor. Así las cosas, los preceptos constitucionales antes mencionados resultan vulnerados por la entidad demandada, toda vez que desconoce los derechos laborales constitucionalmente adquiridos por el actor.

De cualquier modo, la liquidación ha de corresponder a la que más favorezca al trabajador y esa precisamente es la aplicación del régimen de transición pensional dispuesto en la ley 33 de 1985 e interpretado según la jurisprudencia del Consejo de Estado, en la cual estima en aplicación de los principios de favorabilidad y de la condición más beneficiosa, aplicar el régimen anterior en su totalidad, es decir, lo devengado en el último año de servicios.

A pesar de las posturas argumentativas anteriores, edificadas de acuerdo a las normas vigentes, si existieran otras normas que no permitieran percibir el retroactivo pensional y el salario, deberá aplicarse el principio determinado en el artículo 53 constitucional sobre la SITUACIÓN MÁS FAVORABLE AL TRABAJADOR EN CASO DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO, en su modalidad de FAVORABILIDAD.

ES DECIR, QUE EXISTIENDO VARIAS NORMAS APLICABLES, VIGENTES, LABORALES, ENTONCES DEBERÁ APLICARSE LA QUE MÁS CONVENGA O BENEFICIE AL TRABAJADOR (O PENSIONADO).

Las anteriores disposiciones legales y constitucionales, son vulneradas por la decisión de la entidad demandada, toda vez que desconoce la inescindibilidad de las normas, aplicando la menos beneficiosa al actor en tanto no reconoce el retroactivo pensional ni liquida le pensión mensual teniendo en cuenta un ingreso base de liquidación que menos le conviene al actor.

De cualquier modo, la liquidación ha de corresponder a la que más favorezca al trabajador y esa precisamente es la aplicación del régimen de transición pensional dispuesto en la ley 33 de 1985 e interpretado según la jurisprudencia del Consejo de Estado, en la cual estima en aplicación de los principios de favorabilidad y de la condición más beneficiosa, aplicar el régimen anterior en su totalidad, es decir, lo devengado en el último año de servicios.

Los derechos aquí reclamados, son ciertos, indiscutibles y adquiridos legal y constitucionalmente, por lo tanto deben ser respetados y reconocidos en los términos de los artículos 2, 4, 25, 29, 48 y 53 de la Constitución Política, en concordancia con los múltiples señalamientos expresados por la Honorable Corte Constitucional y el Honorable Consejo de Estado en materia de derechos pensionales, por lo tanto, procede el reconocimiento pensional reclamado.

EN RELACIÓN CON LA CADUCIDAD

En relación con el fenómeno jurídico de la caducidad, de acuerdo al Artículo 164 literal C) del CPACA y, especialmente teniendo en cuenta la Jurisprudencia vigente del Honorable Consejo de Estado, se concluye que para los actos administrativos que reconozcan o nieguen prestaciones periódicas (pensiones), no opera el fenómeno de la caducidad. En el presente proceso, se trata precisamente de la demanda de nulidad contra actos administrativos, a través de los cuales se negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación conforme al régimen más beneficioso; razón por la cual, en esta particular situación no opera el fenómeno de la caducidad.

**EN RELACIÓN CON LA CONCILIACIÓN COMO REQUISITO DE
PROCEDIBILIDAD (Ley 1285/2009).**

Se resalta que por tratarse del reclamo de un derecho cierto e indiscutible (Pensión de Jubilación), de acuerdo al Artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, mi prohijada no está obligada a agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad; criterio ratificado por el Honorable Consejo de Estado a través de la Sentencia de la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCION "A"- Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON, del primero (01) de septiembre de dos mil nueve (2009), Radicación número: 11001-03-15-000-2009-00817-00(AC); Actor: ISMAEL ENRIQUE MOLINA GUZMAN; siendo demandados el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DE IBAGUÉ Y OTRO; criterio a través del cual, el alto Tribunal reiteró el contenido del precepto legal consistente en que, en tratándose de la reclamación de derechos ciertos e indiscutibles, la conciliación no constituye requisito de procedibilidad.

**V. CAPÍTULO QUINTO
CUANTÍA Y COMPETENCIA**

De conformidad con lo preceptuado en los artículos 155 y 157 del C.P.A.C.A. señalaremos que al momento de reconocérsele al actor la mesada pensional no se tuvo en cuenta ni el régimen, ni los factores salariales ni el tiempo previsto en la ley, es decir, salarios devengados y que sirvieron de base para los aportes en el último año cotizado, en cuantía y factores salariales legales según las normas del régimen de transición para los empleados públicos conforme a la ley 33 de 1985, liquidando para ellos los salarios devengados en el último año de prestación de servicios.

De esta manera, se deberá tener en cuenta la diferencia de la mesada pensional desde el mes de abril de 2013 hasta el mes de marzo de 2016 en tanto la norma dispone que cuando se reclamen prestaciones periódicas de tiempo indefinido, se determinará por el valor que se pretenda desde el tiempo que se causaron hasta la presentación de la demanda sin superar tres años; por lo que se debe multiplicar la diferencia que debió reconocerse en la primera mesada pensional (\$183.378) por 42 mesadas (incluyendo las mesadas 13 y 14), lo que nos arroja un valor correspondiente a (\$7'701.876). De cualquier modo, la diferencia resultante de dicha operación es inferior a los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

AÑO	VALOR RELIQUIDADO			Res. 784 17 /Oct/2006		DIFERENCIA A AJUSTAR
	VR. MESADA	IPC	NUEVA MESADA	VR. MESADA	NUEVA MESADA	
2004	667.438	6,49%	667.438	484.060	484.060	183.378
2005	667.438	5,50%	704.148	484.060	510.683	193.465
2006	704.148	4,85%	738.299	510.683	535.451	202.848
2007	738.299	4,48%	771.375	535.451	559.440	211.935
2008	771.375	5,69%	815.266	559.440	591.272	223.994
2009	815.266	7,67%	877.797	591.272	636.622	241.175
2010	877.797	2,00%	895.353	636.622	649.355	245.998
2011	895.353	3,17%	923.736	649.355	669.939	253.797
2012	923.736	3,73%	958.191	669.939	694.928	263.263
2013	958.191	2,44%	981.571	694.928	711.884	269.687
2014	981.571	1,94%	1.000.613	711.884	725.695	274.918
2015	1.000.613	3,66%	1.037.235	725.695	752.255	284.980

2015	1.037.235	3,66%	1.075.198	752.255	779.788	295.410
------	-----------	-------	-----------	---------	---------	---------

Por la naturaleza del proceso, ordinario en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, por el último lugar de prestación del servicio, que fue el Departamento del Cauca y por la cuantía, es competente el Juzgado Administrativo en juicio ordinario de Primera Instancia.

VI. CAPÍTULO SEXTO RELACIÓN PROBATORIA

6.1. DOCUMENTALES ANEXAS:

- 6.1.1. Copia auténtica del Registro Civil de Nacimiento, expedido por la Notaría Segunda del Círculo de Popayán. (ver folio No. 3).
- 6.1.2. Copia del Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones de 13 de mayo de 2009, expedido por el Instituto de Seguros Sociales. (ver folios No. 4 a 6).
- 6.1.3. Copia auténtica de la Resolución No. 1531 de 10 de diciembre de 1999, expedida por la Universidad del Cauca. (ver folios No. 7 a 14).
- 6.1.4. Copia de la solicitud de reliquidación pensional presentada ante la Universidad del Cauca de 30 de enero de 2004. (ver folio No. 14A).
- 6.1.5. Copia auténtica de la Resolución No. R- 784 de 17 de octubre de 2006, expedida por la Universidad del Cauca. (ver folios No. 15 a 20)
- 6.1.6. Copia auténtica de la Resolución No. R-051 de 4 de febrero de 2011, expedida por la Universidad del Cauca. (ver folios No. 21 a 27).
- 6.1.7. Certificación de Salarios No. 5.1.6.31/24095626 de 26 de enero de 2016, expedida por la Universidad del Cauca. (ver folios No. 28 a 38).

6.2. DOCUMENTALES POR SOLICITAR.

Solicito que de conformidad con la Ley 1395 de 2010 y 1437 de 2011, y los principios de economía procesal, celeridad y colaboración con la administración de justicia, Colpensiones con la contestación de la demanda deberá allegar los siguientes documentos:

Copia auténtica de todos los documentos que obran en la hoja de vida pensional o expediente de demandante, así como de Certificación de lo pagado por mesada pensional mes por mes y de manera detallada hasta la fecha de expedición de la misma.

VII. CAPÍTULO SÉPTIMO ANEXOS

- Poder conferido al suscrito en legal forma.
- Los documentos que obran como tales en el acápite de relación probatoria documental anexa
- Tres copias de la demanda y sus anexos para traslados, para el Ministerio Público, para la Entidad Demandada, y para la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.
- Copia simple de la demanda para el archivo.

VIII. CAPÍTULO OCTAVO PROCEDIMIENTO

Se dará a esta demanda el trámite señalado en el Art. 276 y s.s. del C.P.A.C.A.

XI. CAPÍTULO NOVENO DIRECCIONES Y NOTIFICACIONES

La demandante puede ser notificada en la Calle 5 No. 2-08 de Popayán. La suscrita en la Calle 5 No. 2- 41 segundo piso, teléfono 8241867 de la ciudad de Popayán.

La Universidad del Cauca puede ser notificada en la Calle 5 No. 4-70 de Popayán.

Al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Judicial del Estado en la dirección acostumbrada por el Despacho.

Del Señor Juez, con respeto,

JOHANA ROJAS TOLEDO
C.C. No. 36.293.901 de Pitalito (Huila)
T.P. No. 157.202 del C.S. de la J.