

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN “B”

CONSEJERA PONENTE: DRA. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

Bogotá D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil catorce (2014)

REF: EXPEDIENTE No. 730012333000201300079 01.

No. INTERNO: 4495-2013.

AUTORIDADES NACIONALES.

ACTOR: MARÍA HERLENDY QUINTERO TOVAR.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 31 de julio de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que accedió a las pretensiones de la demanda incoada por la señora María Herlenny Quintero Tovar contra la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – CAPRECOM.

LA DEMANDA

Mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 138 del C.P.A.C.A., la demandante solicitó la nulidad del Oficio No. SP-AP-1035 de 26 de junio de 2012, consecutivo 10674, por medio del cual el Subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – CAPRECOM, negó la reliquidación de su mesada pensional.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó reajustar su mesada pensional teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios; cancelarle la diferencia entre lo pagado y lo que la entidad demandada debió reconocerle; actualizar las sumas de dinero que resulten como condena mes por mes de acuerdo al Índice de Precios al Consumidor; reconocerle y pagarle los “frutos civiles dejados de percibir a manera de interés moratorio”; ordenar dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.; y condenar a la entidad demandada en costas y agencias en derecho.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

Nació el 24 de abril de 1951 y prestó sus servicios en la Empresa de Telecomunicaciones –TELECOM, por 23 años, 9 meses y 13 días, retirándose del servicio el 30 de marzo de 1995.¹

Al 1º de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, la demandante contaba con 43 años de edad y más de 15 años de servicios, por lo que era beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 ibídem, y por ende le son aplicables los requisitos de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión de jubilación establecidos en el régimen pensional anterior.

Por medio de la Resolución No. 2725 de 19 de diciembre de 2006, el Secretario General de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – CAPRECOM, le reconoció a la actora una pensión de jubilación; imponiendo unas cuotas partes al Instituto de Seguros Sociales, TELECOM y al Fondo de Reserva Pensional de CAPRECOM, en los siguientes términos:

¹ En el libelo introductorio no se especificó la fecha en que se vinculó la accionante a la Empresa de Telecomunicaciones – TELECOM.

TIPO DE CUOTA PARTE	DIAS Y VALOR DE LA CUOTA	VALOR PENSIÓN CUOTA PARTE
Cuota parte externa ISS	1538 días	\$169.885
Cuota Parte Telecom	6679 días	\$741.226
Fondo de Reserva PENSIONAL Caprecom	360 días	\$36.292
	TOTAL	\$947.403

El monto de la prestación fue calculado teniendo en cuenta la Ley 100 de 1993, excluyendo todos los factores salariales sobre los cuales cotizó la accionante “durante el tiempo de la relación laboral”, tales como las primas anual, semestral, saturación, navidad, vacaciones, entre otras, pese a que le era aplicable el régimen pensional anterior por ser beneficiaria del artículo 36 ibídem.

Mediante derecho de petición², la accionante solicitó a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones la reliquidación de su mesada pensional teniendo en cuenta todos los factores salariales que percibió durante el último año de servicios, petición que fue negada

² No especifica la fecha de presentación.

a través del Oficio SP-AP 1035 de 26 de junio de 2012 expedido por el Subdirector de Prestaciones Económicas de la Entidad.

El 23 de octubre de 2012, la accionante presentó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría Judicial “en lo administrativo”, pidiendo la reliquidación de su mesada pensional teniendo en cuenta todos los factores salariales que percibió durante el último año de servicios, diligencia que se adelantó el 11 de diciembre del mismo año, con resultado fallido.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

Constitución Política, artículos 23, 29, 53, 58, 150 y 289; Ley 100 de 1993, artículo 36; Ley 314 de 1996; y Decreto 1045 de 1978.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Pese a que la Caja de Previsión Social de Comunicaciones fue notificada del Auto Admisorio de la demanda de 25 de febrero de 2013 de acuerdo al artículo 199 del C.P.A.C.A.³, no hizo manifestación alguna dentro del término de que trata el artículo 172 ibídem⁴.

LA SENTENCIA

Dentro de la audiencia prevista en el artículo 180 del C.P.A.C.A. celebrada el 31 de julio de 2013, y luego de sanear el proceso, fijar el litigio, agotar la etapa de conciliación, decreto de pruebas, y alegatos de conclusión, el Tribunal Administrativo del Tolima en virtud de los artículos 179 y 197 ibídem, decidió de fondo la controversia accediendo a las pretensiones de la demanda, para lo cual empleó los siguientes argumentos (fls. 87-103 C-1).

³ [“Modificado por el art. 612, Ley 1564 de 2012.](#) *El auto admisorio de la demanda y el mandamiento de pago contra las entidades públicas y las personas privadas que ejerzan funciones propias del Estado se deben notificar personalmente a sus representantes legales o a quienes estos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones, o directamente a las personas naturales, según el caso, y al Ministerio Público, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales a que se refiere el artículo 197 de este Código.”*

⁴ *“Traslado de la demanda. De la demanda se correrá traslado al demandado, al Ministerio Público y a los sujetos que, según la demanda o las actuaciones acusadas, tengan interés directo en el resultado del proceso, por el término de treinta (30) días, plazo que comenzará a correr de conformidad con lo previsto en los artículos 199 y 200 de este Código y dentro del cual deberán contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía, y en su caso, presentar demanda de reconvención.”*

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición a través del cual el legislador protegió las expectativas legítimas de las personas que se encontraban próximas a obtener su pensión, consistente en que los empleados que a la entrada en vigencia de la mencionada norma tuvieran 35 años de edad, si son mujeres, 40 años de edad si son hombres, o 15 años de servicio o más, se les aplicaba el régimen pensional anterior, es decir, los requisitos y el monto de la prestación establecidos en la normatividad que les era aplicable antes de la entrada en vigencia del Régimen General de Pensiones.

El Consejo de Estado en la sentencias de 8 de junio y 21 de septiembre de 2000, expedientes Nos. 2729 y 470 respectivamente, sostuvo que el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace referencia a la aplicación integral de la normatividad pensional anterior, es decir, edad, tiempo de servicios y monto de la prestación, de manera que si se altera alguno de dichos presupuestos se desconoce dicho beneficio.

Antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, la norma que regulaba los aspectos pensionales de los servidores públicos era la Ley 33 de 1985, que disponía como requisitos para acceder a la pensión de jubilación cumplir con 55 años de edad, sin importar si se es hombre o mujer, y 20 años de servicios continuos o discontinuos. Además, disponía que el monto de la prestación era

equivalente al 75% de lo devengado durante el último año de servicios.

El parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispuso que a funcionarios que a la entrada en vigencia de la norma hubieren cumplido 15 años de servicios, se les reconocería la pensión de vejez de acuerdo al régimen anterior.

En la Resolución No. 2725 de 19 de diciembre de 2006, por medio de la cual la entidad demandada le reconoció la pensión de vejez a la accionante, se indicó que nació el 24 de abril de 1951 y a partir del 1º de septiembre de 1968 se vinculó a TELECOM, donde prestó sus servicios hasta el 30 de marzo de 1995, es decir, por 23 años, 9 meses y 27 días. A la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 contaba con 34 años de edad y más de 15 años de servicios, por lo que le era aplicable el régimen pensional anterior.

El régimen anterior a la Ley 33 de 1985 era el establecido en la Ley 6ª de 1945, que disponía como requisitos para acceder a la prestación contar con 50 años de edad y 20 años de servicios. Sobre el monto de la prestación la Ley 65 de 1946 dispuso que equivalía a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

No obstante lo anterior, el artículo 68 del Decreto 1848 de 1969 incrementó en los hombres la edad para acceder a la prestación a

55 años de edad, en un monto del 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios, mandato que fue reproducido en el artículo 27 del Decreto Ley 3135 de 1968.

El Consejo de Estado en la sentencia de unificación de 21 de septiembre de 2006, expediente No. 872-05, M.P. Dr. Jaime Moreno García, sostuvo que en virtud de los principios de inescindibilidad de la Ley y favorabilidad, para calcular el monto de la prestación debía aplicarse el Decreto 1045 de 1978.

En el caso concreto se evidencia que la demandante durante el último año de servicios, es decir en 1995, devengó además de la asignación básica, las siguientes primas: anual, semestral, de navidad, de vacaciones. También percibió el subsidio familiar, bonificación por conciliación, prima por saturación, auxilio de almuerzo y vacaciones en dinero.

De acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 1045 de 1978, el monto de la mesada pensional de la actora debió ser calculado teniendo en cuenta las primas semestral, de vacaciones, de navidad y el auxilio de alimentación. Empero, en el acto administrativo de reconocimiento se computó para establecer la cuantía de la prestación el promedio de la asignación básica devengada por la demandante durante los diez (10) últimos años de servicio.

Con fundamento en la normatividad citada, a la demandante le asiste el derecho a que su pensión de vejez sea calculada teniendo en cuenta el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, es decir, teniendo en cuenta la asignación básica mensual, la prima de navidad, el auxilio de alimentación, y las primas de vacaciones y de servicios o semestral, de acuerdo a lo establecido en el Decreto 1045 de 1978.

Debido a que la accionante solo presentó solicitud de reliquidación pensional hasta el 20 de junio de 2012, operó la prescripción trienal, motivo por el cual solo les serán reconocidas las diferencias de la reliquidación de su mesada pensional a partir del 20 de junio de 2009, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

Además, en virtud del artículo 392 del C.P.C. y del Acuerdo No. 1887 de 2002 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se impone por concepto de costas procesales a cargo de la parte demandada la suma de tres (3) S.M.L.M.V.

EL RECURSO

El apoderado de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – CAPRECOM, interpuso recurso de apelación contra la anterior

decisión, solicitando revocarla y en su lugar negar las pretensiones de la demanda, para lo cual expuso la siguiente argumentación (fls. 104-115 C-1).

Los servidores públicos solo tienen derecho a percibir la prima de vacaciones por cada año de servicios prestados, por lo que la demandante solo podía acceder a una prima de vacaciones que corresponde al último año de servicios.

En la vía gubernativa el apoderado de la demandante solicitó la reliquidación de su mesada pensional teniendo en cuenta los factores salariales que devengó durante el último año de servicios, sin que allegara un documento idóneo que demostrara que el monto de la prestación se calculó erróneamente mediante el acto administrativo de reconocimiento, que se encuentran en firme hace más de 10 años.

“(...) en relación con el reintegro del mayor valor descontado para salud de conformidad con la Ley 100 de 1993, a partir de la fecha en que aumentaron el aporte en salud, es de anotar que CAPRECOM mediante Resolución No. 0563 de marzo de 1995, efectuó el reajuste en salud con retroactividad a enero del mismo año, a los pensionados que ostentaran la calidad de tales con anterioridad al 10 de enero de 1994 y desde luego a su poderdante. Así mismo se pudo verificar que el reajuste por la elevación de la cotización a

salud, solicitados por usted, fueron realizados oportunamente por usted (sic)".

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dispuso que los empleados que se encontraban próximos a adquirir la pensión de vejez a su entrada en vigencia, se les aplicaría el régimen pensional anterior; empero, ello no puede entenderse como un derecho adquirido, es decir, que la prestación deba reconocerse de acuerdo a la normatividad anterior, por cuanto el legislador puede regular aspectos que no están contemplados en ella, tal como lo hizo en el inciso tercero del mencionado artículo al establecer que a quien le faltare menos de 10 años para adquirir el derecho a la prestación, el monto de la pensión es el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para adquirir el status pensional, o el cotizado durante todo el tiempo si fuere superior, actualizado anualmente con base en el IPC.

El régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dispone que los empleados que cuenten con 15 años de servicios, o 35 años de edad si es mujer, o 40 años de edad si es hombre, se les aplicara los requisitos del régimen pensional anterior y el monto de la prestación. Empero, el Ingreso Base de Liquidación debe ser determinado en aplicación de las disposiciones del Sistema General de Seguridad Social, en virtud del inciso tercero de

la mencionada norma, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-168 de 1995, cuyos efectos son *erga omnes*.

CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Tercera Delegada ante esta Corporación emitió Concepto, visible de folios 156 a 160 del cuaderno principal, en el que solicitó confirmar la sentencia apelada por las razones que se resumen a continuación:

La demandante se encuentra amparada por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto a la entrada en vigencia de la norma contaba con más de 35 años de edad y más de 15 años de servicio, motivo por el cual el monto de su mesada pensional debe ser calculada de acuerdo a las normas anteriores, es decir, atendiendo lo dispuesto en las leyes 33 y 62 de 1985.

En virtud de lo anterior, los factores salariales que se deben tener en cuenta para efectuar la reliquidación de la prestación son: la asignación básica, las primas de vacaciones, servicios, navidad y antigüedad, y demás sumas que percibió durante el último año de servicio. Es de resaltar que el reajuste debe efectuarse a partir del 20 de junio de 2009, por cuanto la actora solo hasta el 20 de junio de 2012 solicitó el reajuste de su mesada pensional.

Como no se evidencia causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Problema jurídico:

Se contrae a determinar si el Oficio No. SP-AP 1035 de 26 de junio de 2012, mediante el cual el Subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – CAPRECOM negó la reliquidación de la mesada pensional de la actora, se ajusta al ordenamiento jurídico o si por el contrario le asiste el derecho a que la prestación le sea reajustada teniendo en cuenta el 75% de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, por ser beneficiaria del régimen de transición de que trata el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Acto Acusado

Oficio No. SP-AP 1035-10674 de 26 de junio de 2012, a través del cual el Subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – CAPRECOM, negó la solicitud

de 20 de junio de 2012 por medio de la cual la actora solicitó reliquidar su mesada pensional teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, al considerar que el monto de la prestación debía reconocerse de acuerdo al inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (fls 23-25 C-1).

De lo probado en el proceso

La demandante nació el 24 de abril de 1951 en la ciudad de Neiva (Huila). Se vinculó a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones – TELECOM, donde prestó sus servicios en los siguientes periodos: Del 1 de septiembre de 1968 al 1º de noviembre de 1970; desde el 1º de junio de 1971 hasta el 28 de diciembre de 1972; del 24 de mayo de 1974 al 25 de julio del mismo año; desde el 17 de julio de 1974 hasta el 31 de julio de la misma anualidad; del 12 de noviembre de 1974 al 19 de febrero de 1975; y desde el 1º de septiembre de 1975 hasta el 30 de marzo de 1995; para un total de 23 años, 9 meses y 27 días laborados en dicha entidad (fls. 4-12 C-1).

Devengó en el último año de servicios, es decir, entre marzo de 1994 y marzo de 1995 las siguientes sumas de dinero (fls. 16-17 C-1)

CONCEPTO	Marzo a diciembre del año 1994	Enero a marzo del año 1995	TOTAL
Sueldo Nomina	2'301.188	1'049.769	3'350.957
Prima anual	331.894	102.789	434.683
Prima Semestral	387.209	239.843	637.052
Prima navidad	462.004	119.778	581.782
Bon. Recar. Dic	594.578	0	594.578
Prima vacaciones	0	399.163	399.163
Bonificación por conciliación	0	45'669.470	45'669.470
Subsidio familiar	417.969	97.862	515.831
Prima saturación	585.139	734.838	1'319.977
Aux. almuerzo	191.040	73.740	264.780
Aux. Educ. Emp	35.600	328.257	363.857
S. vacaciones tiempo	141.566	0	141.566
Incremento vaca	88.252	0	88.252

El Secretario General de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones - CAPRECOM, a través de la Resolución No. 2725 de 19 de diciembre de 2006, le reconoció a la demandante una pensión de vejez en un monto de \$947.403, con cuotas partes a cargo del Instituto de Seguros Sociales, Telecom y el Fondo de Reserva Pensional de CAPRECOM (fls. 4-9 C-1).

Mediante derecho de petición de 20 de junio de 2012, la actora por conducto de apoderado, le solicitó a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones la reliquidación de su mesada pensional tal como lo establece el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, es decir, en un monto del 75% de la totalidad de los factores salariales percibidos durante el último año de servicios, ya que era beneficiaria del régimen de transición de que trata el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (fls. 18-22 C-1).

El Subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – CAPRECOM, por medio del Oficio No. SP-AP 1035-10674 de 26 de junio de 2012, negó la anterior petición al considerar que el monto de la prestación debía ser calculado de acuerdo al inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (fls. 23-25 C-1).

ANALISIS DE LA SALA

El Régimen Pensional de los servidores públicos:

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones, en el artículo 11, modificado por el artículo 1º de la Ley 797 de 2003, determina su campo de aplicación con el siguiente tenor literal:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo 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 los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.”

El artículo 36 ibídem, estableció el régimen de transición de la siguiente manera:

“La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.”

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

De acuerdo con las anteriores preceptivas las personas que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones tuvieron 15 años de servicio cotizados, o 35 años de edad si es mujer o 40 años de edad si es hombre, tendrán derecho a que se les reconozca la pensión teniendo en cuenta la edad, tiempo de servicio y el monto de la mesada, establecidos en el régimen anterior al que se encontraban afiliados.

La Ley 33 de 1985 reguló el régimen prestacional de todos los empleados oficiales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Por mandato de su artículo 1º no sólo equiparó la edad de la mujer con la del hombre para efectos de jubilación en 55 años, sino que se estableció la regla general para la pensión de los

empleados oficiales de todos los niveles y se determinaron unas excepciones, así:

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

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

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

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

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta años (50) de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro (...).”

De acuerdo a las normas trascritas, la demandante se encontraba dentro del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto nació el 24 de abril de 1951 y al 1º de abril de 1994 tenía 42 años de edad, es decir, excedía los 35 años exigidos en la norma, además, contaba con más de 15 años de servicio, ya que laboró interrumpidamente por más de 18 años antes de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones.

Así las cosas, a la demandante le sería aplicable la Ley 33 de 1985, que establece como requisitos para acceder a la pensión de jubilación contar con 55 años de edad y 20 años de servicio continuos o discontinuos. No obstante lo anterior, el *A quo* sostuvo que a la entrada en vigencia de la mencionada norma la actora contaba con más de 15 años de servicios, y por ello debió habersele reconocido la prestación de acuerdo a la Ley 6ª de 1945.

Con la finalidad de determinar si la demandante a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 contaba con más de 15 años de servicios tal como lo aseveró el Juez de Primera Instancia, es necesario analizar la Resolución No. 2725 de 19 de diciembre de 2006, a través de la cual la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – CAPRECOM le reconoció la pensión de jubilación.

“RESOLUCIÓN NÚMERO 2725 DE 19 DE DIC. 2006

Por medio de la cual se reconoce una pensión de jubilación

EL SECRETARIO GENERAL DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE
COMUNICACIONES CAPRECOM

CONSIDERANDO

Que María Herlendy Quintero Tovar, identificada con C.C. No. 36.150.702, ha solicitado el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación (...) se procede a efectuar la siguiente liquidación:

TIEMPO DE SERVICIOS

<i>Entidad</i>	<i>Fecha ingreso</i>	<i>Fecha egreso</i>	<i>Años</i>	<i>Meses</i>	<i>Días</i>	<i>Tal días</i>
<i>Instituto de Seguros Sociales</i>	<i>1-Sep-1968</i>	<i>1-Nov-1970</i>	<i>2</i>	<i>2</i>	<i>12</i> <i>(sic)</i>	<i>792</i>
<i>Instituto de Seguros Sociales</i>	<i>1-Jun-1971</i>	<i>28-Dic-1972</i>	<i>1</i>	<i>7</i>	<i>7</i>	<i>577</i>
<i>Instituto de Seguros Sociales</i>	<i>24-May-1974</i>	<i>25-Jul-1974</i> <i>(sic)</i>	<i>0</i>	<i>2</i>	<i>3</i>	<i>63</i>
<i>Instituto de Seguros Sociales</i>	<i>17-Jul-1974</i>	<i>31-jul-1974</i>	<i>0</i>	<i>0</i>	<i>6</i>	<i>6</i>
<i>Instituto de Seguros</i>	<i>12-Nov-1974</i>	<i>19-Feb-1975</i>	<i>0</i>	<i>3</i>	<i>10</i>	<i>100</i>

<i>Sociales</i>						
<i>Total tiempo ISS</i>			4	3	8	1538

<i>TELECOM</i>	<i>1-Sep-1975</i>	<i>30-Mar-1995</i>	19	7	0	7050
<i>RTS No. EB-02193</i>						
<i>TOTAL LABORADO A TELECOM</i>			23	9	27	8577

(...)"

Es de resaltar que el citado acto administrativo presenta inconsistencias en la sumatoria del término laborado por la demandante en la Empresa de Telecomunicaciones TELECOM, motivo por el cual la Sala debe efectuar las siguientes precisiones.

Al analizar la anterior información se establece que la actora laboró antes de la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 los siguientes lapsos: del 1º de septiembre de 1968 al 1º de noviembre de 1970 (2 años, 2 meses y 1 día); desde el 1º de junio de 1971 hasta 28 de diciembre de 1972 (1 año, 6 meses y 28 días); del 24 de mayo de 1974 al 25 de julio del mismo año (2 meses y 2 días); desde el 26 de julio de 1974 hasta 31 de julio de la misma anualidad (6 días); del 12 de noviembre de 1974 al 19 de febrero de 1975 (3 meses y 8 días); y del

1º de septiembre de 1975 al 13 de febrero de 1985⁵ (9 años, 5 meses y 13 días).

Sumando los anteriores periodos, se establece que la actora antes de entrar en vigencia la Ley 33 de 1985 cotizó para pensión 13 años, 7 meses y 28 días, es decir, no contaba con 15 años de servicios, motivo por el cual no se encontraba dentro del régimen de transición dispuesto en el parágrafo 2º del artículo 1º de la mencionada norma, por lo que no le era aplicable la Ley 6ª de 1945 como erróneamente lo afirmó el *A quo*.

Debido a que la demandante cuenta con 23 años, 9 meses y 27 días de servicio en la Empresa de Telecomunicaciones TELECOM, tal como consta en el acto administrativo de reconocimiento de la prestación, y cumplió 55 años de edad el 24 de abril de 2006, en razón a que nació el 24 de abril de 1951, su pensión de jubilación debió ser reconocida de acuerdo a la Ley 33 de 1985.

Monto de la Prestación

⁵ Fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispuso que la pensión de jubilación que se reconozca de acuerdo a sus disposiciones, será equivalente al *“75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”*.

El artículo 3º de dicha Ley, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, enlistó los factores salariales sobre los cuales debe calcularse la pensión de jubilación, tales como, la 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; y agregó que *“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”*.

Ante las múltiples interpretaciones de que fue objeto la norma, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 4 de agosto de 2010, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, unificó la jurisprudencia determinando que la preceptiva contenida en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, es un principio general y no puede considerarse de manera taxativa, por tal razón, en el ingreso base de

liquidación pensional deben incluirse todos los factores efectivamente devengados realizando los aportes que correspondan. Algunas de las razones expuestas en la providencia son las siguientes:

“(...) respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3° de la Ley 33 de 1985, pues mientras en algunas ocasiones se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y, finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.

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

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida 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, precisó: (...)

De ahí que, interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla 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

⁶ Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia de 9 de julio de 2009, Ref: Expediente No. 250002325000200404442 01 (0208-2007), Actor: Jorge Hernández Vásquez.

transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones. (...)”.

Teniendo en cuenta la Jurisprudencia en cita, se establece que la pensión de jubilación reconocida de acuerdo a la Ley 33 de 1985 es equivalente al 75% de lo devengado durante el último año de servicios.

En el *Sub Judice*, debido a que la demandante se encuentra dentro del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, le es aplicable para efectos pensionales la Ley 33 de 1985, tal como se estableció anteriormente, motivo por el cual el monto de la prestación debe calcularse de acuerdo a lo dispuesto por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación referida, es decir, teniendo en cuenta todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicio.

No obstante lo anterior, *A quo* al calcular el monto de la prestación dispuso que debía aplicarse el artículo 27 del Decreto Ley 3135 de 1968, el cual dispone que la pensión de jubilación es equivalente al “75 por ciento del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios”, para lo cual se debía tener en cuenta los factores salariales de que trata el

Decreto 1045 de 1978. En ese sentido, ordenó reliquidar la pensión de la actora sobre lo devengado dentro del año anterior a su retiro, es decir, asignación básica mensual, prima de navidad, auxilio de alimentación, prima de vacaciones y prima de servicios (fls. 15-16 C-1).

Es de resaltar que si bien el Juez de Primera Instancia en la providencia objeto de recurso de apelación que decide la Sala, sostuvo que la pensión de jubilación de la demandante debía ser calculada de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, esta Sala al disponer que debe aplicarse la Ley 33 de 1985, no desconoce el principio *non reformativo in pejus*, pues ambas normas coinciden en disponer que el monto de la prestación es equivalente al 75% de lo devengado durante el último año de servicios.

Sin embargo, la Sala observa que el Juez de Primera Instancia no ordenó tener en cuenta para calcular el monto de la prestación de la actora, todos los factores salariales que percibió durante su último año de servicio, pues omitió hacer referencia a otras sumas de dinero devengadas como por ejemplo, la prima de saturación.

Sin embargo, pese a que esta Corporación dispuso en la sentencia de 4 de agosto de 2010, citada anteriormente, y en otra providencia que decidió un asunto similar al presente⁷, que al calcular el monto de la pensión de jubilación con fundamento en la Ley 33 de 1985 se deben tener en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, dicho criterio no es posible aplicarlo en el *sub judice* en virtud del principio *non reformatio in pejus*, pues el monto de la prestación se incrementaría haciendo más gravosa la condena impuesta en Primera Instancia a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – CAPRECOM, quien tiene la calidad de apelante único.

Por otra parte, la entidad accionada en la alzada sostuvo que la cuantía de la pensión de jubilación fue calculada de acuerdo al inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, no resulta acertada la aplicación de dicha norma para determinar el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación de la actora, como lo pretende la entidad demandada en el recurso de apelación, porque la prestación fue reconocida aplicando el régimen de prestaciones sociales de los empleados

⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “B”. Sentencia de 18 de marzo de 2010. M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Expediente: 1578-2008.

oficiales fijado en la Ley 33 de 1985 y por tanto, éste debe ser el que rige la liquidación de la prestación.

Aplicar dos normas legales diferentes para efectos del reconocimiento y liquidación de una misma pensión implicaría la violación del principio de “inescindibilidad de la ley”, que prohíbe aplicar fraccionadamente varias disposiciones a una misma situación.

Prescripción de derechos

Los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, determinan un término de tres años para que se configure la prescripción de derechos y la sola petición de los mismos “**interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual**”.

En el sub lite se encuentra demostrado que el demandante solicitó la reliquidación pensional mediante escrito radicado ante la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – CAPRECOM, el 20 de junio de 2012 (fls. 18-22 C-1).

Conforme a lo anterior, resulta evidente que el término de prescripción de los derechos reclamados se suspendió por un

lapso de tres (3) años contados a partir del 20 de junio de 2012, es decir, que las diferencias causadas por concepto de reliquidación antes del 20 de junio de 2009, están prescritas.

Así, las diferencias causadas en la mesada pensional como consecuencia de la reliquidación se pagarán a partir del 20 de junio de 2009, tal como lo dispuso el *A quo*.

En conclusión, la sentencia de 31 de julio de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima que ordenó reliquidar la pensión de jubilación de la demandante, será revocada en el numeral 2º de la parte resolutive, por cuanto el monto de la prestación debe ser calculado teniendo en cuenta la Ley 33 de 1985 y no la Ley 6ª de 1945. En lo demás la mencionada providencia se confirmará.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

1º. REVÓCASE el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia de 31 de julio de 2013 dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima, que accedió a las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por la señora María Herlendy Quintero Tovar contra la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – CAPRECOM, en cuanto ordenó reliquidar la pensión de la jubilación de la demandante de conformidad con la Ley 6ª de 1945. En su lugar,

2º.ORDENÁSE a la entidad demandada reliquidar la pensión de jubilación de la accionante de acuerdo a la Ley 33 de 1985, es decir, teniendo en cuenta el 75% de los factores salariales declarados por el *A quo*, percibidos durante el último año de servicios.

3º. CONFÍRMASE en lo demás la sentencia apelada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Encargado