TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, diez (10) de septiembre de dos mil quince (2015)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 153

TEMAS:	APLICABILIDAD DE LAS LEYES 33 Y 62 DE 1985 A QUIENES GOZAN DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LA LEY 100 DE 1993 - FACTORES SALARIALES ESTABLECIDOS LEGALMENTE Y QUE CONFORMAN LA BASE DE LIQUIDACIÓN PENSIONAL
INSTANCIA:	SEGUNDA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP" contra la sentencia proferida el 10 de marzo de 2015 por el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO - SUCRE dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por ENALBA DEL SOCORRO ORTEGA TATIS, a través de la cual se accedieron a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES:

1. LO QUE SE DEMANDA:

Pretende la parte demandante lo siguiente[1]:

1.1.1. Que se declare la nulidad parcial de la resolución No. RDP 039241 del 26 de agosto de 2013 mediante la cual niega la reliquidación de la pensión de jubilación del actor, y otorga el recurso de reposición y/o apelación.

1.1.2. Que se declare la nulidad de la resolución No. RDP 043601 del 20 de septiembre de 2013, la cual resuelve un recurso de apelación contra la resolución No. RDP 039241/2013, confirmándola en todas y cada una de sus partes y declarando agotada la vía gubernativa.

1.1.3. Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho declarar que la demandante le asiste razón jurídica a que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL -UGPP le reliquide la pensión, teniendo en cuenta para su cálculo el promedio del 75%, de todos los factores devengado por todo concepto en el último año de servicio, tales como Asignación Básica, Bonificación por Servicios, Prima de Navidad, Prima de Servicios, Prima de Vacaciones y cualquier otro emolumento que la actora demuestre haber recibido en ese periodo como contraprestación de su relación laboral, en cuantía mensual no inferior a $1.475.830.oo efectiva a partir del 1 de julio de 2010.

1.1.4. Que se ordene liquidar y pagar a expensas de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y

[1] Fol. 36 y 37 del cuaderno principal.

CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL -UGPP, y a favor de la actora, las mesadas desde el 1 de julio de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2010 y las diferencias de mesadas desde el 1 de enero de 2011 entre lo que se ha venido cancelando por concepto de la resolución que reconoce inicial una pensión, y lo que se determine pagar en la sentencia que ordene el cálculo de la pensión en los términos de la pretensión anterior, diferencias calculadas sobre la base de una cuantía inicial no inferior a $1.475.830.oo.

1.1.5. Condenar a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL -UGPP, para que sobre las diferencias adeudadas le pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor y tal como lo autoriza el artículo 48 de la C.P., el inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., la reiterada jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado y el inciso 1 del artículo 193 y demás normas concordantes del C.P.A.C.A.

1.1.6. Condenar a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL -UGPP, a que si no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 numeral 2 del C.P.A.C.A., pague en favor de mi mandante intereses moratorios después de este término conforme lo ordena el inciso 3o del mismo artículo y numeral 4o artículo 195 del C.P.A.C.A.

1.1.7. Ordenar a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL -UGPP, a que de cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 numeral 2o del C.P.A.C.A.

1.1.8. Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada, en la medida que está demostrado que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL -UGPP, en forma reiterada, caprichosa ha desconocido los cientos de fallos emitidos en esta materia por la Jurisdicción Contenciosa.

1.2. LOS HECHOS EN QUE SE FUNDA:

La accionante fundamenta las anteriores pretensiones, en los hechos que a continuación el Tribunal procede a resumir:

Refiere que, laboró al servicio del Estado como servidora pública, por un periodo superior a los 20 años de servicios oficiales, siendo su último lugar de servicio la Secretaría de Educación de Sincelejo**.**

Indica que, adquirió su estatus jurídico de pensionada el día 2 de noviembre de 2006 y a 1 de abril de 1994 tenía una edad superior a los 35 años y más de 15 años de servicios oficiales.

Señala que, la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL EICE hoy UGPP, mediante la resolución No. 56512 del 4 de diciembre de 2007, reconoce una pensión de vejez, en cuantía de $491.038.08 efectiva a partir del 16 de junio de 2007. Posteriormente, mediante la resolución No. PAP 035148 del 27 de enero de 2011 se le reconoce una pensión de vejez, en cuantía de $604.998 efectiva a partir del 2 de abril de 2009.

Asimismo reseña que, la UGPP mediante la resolución No. 017337 del 17 de noviembre de 2011, niega la reliquidación de la pensión de jubilación, resolución que fue revocada por la resolución No UGM 031498 del 6 de febrero de 2012 y reliquidando la pensión de jubilación, elevando la cuantía en $1.070.594.

Esboza que, mediante derecho de petición del 22 de julio de 2013 se solicita la inclusión de todos los factores devengados por la actora en el último año de servicios y a través de la resolución No RDP 039241 del 26 de agosto de 2013 la UGPP niega la reliquidación de la pensión de jubilación y otorga el recurso de revisión y/o apelación.

Manifiesta que, con fecha 9 de septiembre de 2013 se interpone recurso de apelación contra la resolución No RDP039241/2013, luego, mediante resolución No RDP 043601 del 20 de septiembre de 2013 se resuelve recurso de apelación contra la resolución No RDP 039241/2013, confirmándola en todas y cada una de sus partes y declara agotada la vía gubernativa.

1.3. NORMAS VIOLADAS:

En cuanto a las normas violadas mencionó las siguientes:

Constitución Política: Artículos 2o., 13o., 25., y 58°. Código sustantivo del Trabajo: artículo 21°; las Leyes 57 y 153 de 1887. Ley 40/66, Decreto 1045/78, Decreto 3135/68, 1848/68. Las Leyes 33 y 62 de 1985, por aplicación indebida. El artículo 36 y 288 de la Ley 100/93. Decreto 1158/94 y 2143/95 reglamentarios de la Ley 100/93.

1.4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Expone que, el Ente de Previsión ha entendido que, si bien es cierto la actora es beneficiaria del régimen de transición, considera que los factores de salario para determinar ese monto pensional es aplicable en pleno la Ley 100/93 (Decreto 1158/94). Las violaciones nacen por supuesto de la incorrecta y desfavorable interpretación del inciso segundo del artículo 36 de la misma ley, la cual llevó a la Entidad de Previsión a liquidar la pensión referida, dando una aplicación indebida al inciso 3o del mismo artículo en contra de los legítimos derechos de la actora.

Indicó que, de los documentos aportados por la actora en la solicitud de pensión de jubilación se demuestra que a 1 de abril de 1994, tenía una edad superior a los 35 años y para la misma fecha había prestado servicios al estado, por más de 15 años. Es decir, superaba en gran medida los 35 años de edad y los 15 años de servicios en estas actividades oficiales. Históricamente todo régimen de transición consagra por razones de equidad y de justicia algunas prerrogativas y la Ley 100/93 no es la excepción. Estas encuentran su razón de ser en el respeto no solo por los derechos adquiridos sino por las expectativas de las personas que por edad y tiempo están próximas a que se les reconozca un derecho; éste es el caso del artículo 36 de la Ley 100/93 al decir imperativamente, que para acceder a la pensión las personas que reúnan los requisitos indicados, el régimen aplicable es el anterior al cual se encontraban afiliados. En consecuencia, si la accionante ingresó como servidora pública y allí laboró por más de 20 años de servicio, a 1 de abril de 1994 fecha en que empezó la vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía una edad superior a los 35 años de edad y 15 años de servicio; necesariamente debe entenderse, que le cobija la prerrogativa consagrada en el régimen de transición establecido en el inciso 2o del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo tanto su pensión debió reconocerse y calcularse en cuanto a la edad, el tiempo de servicio y el monto, con las normas anteriores a la Ley 100 de 1993.

1.5. ACTUACIÓN PROCESAL:

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 16 de junio de 2014 (Fol. 45 C. Principal).
- Admisión de la demanda: 11 de agosto de 2014 (Fol. 57 C. Principal).
- Notificaciones: 29 de agosto de 2014 (Fol. 66 a 71 C. Principal).
- Contestación a la demanda: 1 de diciembre de 2014 (Fol. 159 a 164 C. Principal)
- Audiencia inicial: 24 de febrero de 2015 (Fol. 179 a 180 C. Principal).

- Sentencia de primera instancia: 10 de marzo de 2015 (Fol. 186 a 193 C. Principal)
- Recurso de Apelación: 19 de marzo de 2015 (Fol. 200 a 205 C. Principal).
- Audiencia de conciliación y concesión del recurso: 26 de mayo de 2015 (Fol. 215 a 216 C. Principal).
- Auto que admite el recurso de apelación: 10 de junio de 2015 (Fol. 4 Cuaderno Nº 2).
- Auto que ordena traslado para alegatos de cierre: 2 de julio de 2015 (Fol. 13 Cuaderno No. 2).

1.5.1. RESPUESTA A LA DEMANDA:

La entidad demandada, en término oportuno, dio respuesta a la demanda en memorial visible a folios 159 a 164.

En cuanto a los hechos, manifiesta que son ciertos el primero, segundo, tercero, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo y duodécimo. Respecto del hecho cuarto manifestó que la entidad encartada mediante la Resolución N° PAP 035148 del 27 de enero de 2011, no reconoció una pensión de vejez así como lo asegura la parte demandante, muy por el contrario, mediante el acto administrativo en mención se procedió a efectuar una reliquidación sobre la pensión ya reconocida. La resolución con la cual la administración procedió a reconocer la pensión de jubilación de la Sra. Enalba Ortega se identifica con el N° 56512 y cual fuera expedida el 4 de diciembre de 2007. Por último en lo que atañe al hecho undécimo, indicó que lo expuesto en este numeral por la demandante no constituye un hecho de la demanda, estamos frente a apreciaciones subjetivas.

Se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones deprecadas dentro del escrito contentivo de la demanda por considerar que las mismas carecen de sustento legal y probatorio.

Propuso como medios exceptivos, los siguientes: i) Legalidad del acto demandado y ii) Prescripción.

1.5.2. LA PROVIDENCIA RECURRIDA[2]:

El Juez de primera instancia previo estudio de la normatividad aplicable y con base en los pronunciamientos jurisprudenciales, manifestó que la señora ENALBA DEL SOCORRO ORTEGA TATIS nació el 2 de noviembre de 1951, para la fecha de entrada de la Ley 100 de 1993, contaba con 42 años de edad, lo que significa que se encuentra amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la mencionada ley, es decir, que su pensión de jubilación, en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto, se rige por la normatividad anterior, que en este caso es la Ley 33 de 1985.

A renglón seguido, indicó que mediante Resolución No. 56512 del 04 de diciembre de 2007 la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL EICE - CAJANAL, reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez, a favor de la señora ENALBA DEL SOCORRO ORTEGA TATIS, en cuantía de cuatrocientos noventa y un mil treinta y ocho pesos con ocho centavos ($491.038.08) efectiva a partir del 16 de junio de 2007, condicionada al retiro definitivo del servicio. El 27 de enero de 2011, a través de la Resolución No. PAP035148 la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL CAJANAL E.I.C.E., ordenó reliquidar el pago de una pensión de vejez a favor de la demandante en cuantía de $604.998, efectiva a partir del 02 de abril de 2009, con efectos fiscales a partir de la demostración del retiro definitivo del servicio. El monto de la pensión se dedujo del 75% del promedio de los salarios devengados por la actora entre el 1999 y el 2009, incluyendo en este lapso como factores, (i) la asignación básica mensual y (ii) la bonificación por servicios prestados.

[2] Fols. 186 a 193 Cuaderno principal.

Igualmente señaló que, por medio de la Resolución No. UGM 017337 del 17 de noviembre de 2011 la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL CAJANAL E.I.C.E., le negó a la señora ENALBA DEL SOCORRO ORTEGA TATIS, una reliquidación de su pensión de vejez; decisión que fue revocada en todas y cada de sus partes por la mediante la Resolución No. UGM 031498 del 08 de febrero de 2012, y ordenó reliquidar la pensión, elevando la cuantía a la suma de $1.070.594, efectiva a partir del 1 de enero de 2011, con efectos fiscales una vez demuestre el retiro definitivo del servicio; para realizar la liquidación de la pensión, se aplicó un 75% sobre un Ingreso Base de Liquidación conformado por el promedio de los salarios y bonificación por servicios prestados sobre los cuales cotizó o aportó la accionante entre 1 de enero de 2001 y el 30 de diciembre de 2010, conforme el inciso 3 o 6 del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

El 22 de julio de 2013 la demandante solicitó ante la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL la reliquidación de la pensión de vejez en la que se incluyera el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio; por medio de la Resolución No. RDP 039241 del 29 de agosto de 2013 la entidad demandada negó la reliquidación reclamada, manteniendo la posición de liquidar esta pensión con base en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta al afiliado para cumplir su estatus pensional, los últimos diez años o todo el tiempo si le resulta más favorable teniendo en cuenta los factores dispuestos en el Decreto 1158 de 1994; posteriormente, a través de la Resolución No. RPD 043601 del 20 de septiembre de 2013, se resolvió el recurso de apelación, la cual confirmó en todas y cada una de sus partes la Resolución No. 39241 del 26 de agosto de 2013.

Concluyó entonces, que la actora tiene derecho a que la entidad demandada le pague y reliquide la pensión mensual vitalicia de jubilación, con base en los presupuestos establecidos en la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta que, la cuantía

de la pensión de jubilación fue liquidada con base en el promedio de los salarios devengados en los 10 últimos años de servicios, a saber, desde el 2001 hasta el 2010, desconociendo el principio de integralidad de la norma y la jurisprudencia citada, por lo que los actos acusados en este caso están viciados de nulidad, debiéndose reliquidar y tomar como base el promedio de lo devengado en el último año de servicios.

Declaró probada la excepción de prescripción, de aquellas mesadas causadas con anterioridad al 22 de julo de 2010, dado que a partir solo hasta el 22 de julio de 2013 solicitó su reliquidación, con lo cual interrumpió la prescripción.

1.5.3. EL RECURSO DE APELACIÓN[3]:

La parte demandada oportunamente interpuso el recurso de apelación, en el siguiente sentido:

Manifiesta que, el régimen de transición se caracteriza por ser este un beneficio de orden legal que le permite a todos aquellos que gocen tal beneficio, acceder a la pensión conservando los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto pensional estatuidos en el régimen que se encontraban vigente antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, y que para el caso que nos ocupa es el que se encuentra articulado en la Ley 33 de 1985. En ese orden, la entidad demandada reconoció la pensión de jubilación a la demandante respetando los elementos que gozan de protección del régimen de transición esto es edad, tiempo de servicio y monto pensional.

Indicó que, es necesario señalar que por el simple hecho de gozar del régimen de transición aludido, no quiere decir ello que se pueda acceder a una pensión con el contenido íntegro de una norma o régimen pensional el cual desaparece de la vida

[3] Fols. 200 a 205 Cuaderno principal.

jurídica, con la expedición de nuevas normas que regulen el tema pensional como es el caso la Ley 100 de 1993, por lo que cabe resaltar nuevamente lo que quiso proteger el legislador fueron ciertas prerrogativas ya mencionadas anteriormente edad, tiempo de servicio y monto pensional.

Reseña que, conforme a lo anterior y para el caso en concreto, se tiene que a la demandante al momento de reconocerle la pensión se le respetaron lo pertinente señalado en la normatividad anterior en su inciso segundo, es decir los elementos que taxativamente ilustra los cuales son, 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; razón anterior y fundamento jurídico suficiente para considerar que la entidad actuó conforme a las deposiciones legales y vigentes.

Afirmó que, en lo referente al Ingreso Base de Liquidación (IBL), siendo este el punto de controversia, es preciso indicar que el legislador en ningún momento contempló tener este como elemento protegido o garante para el reconocimiento de pensiones las cuales gocen del régimen de transición, ya que con la entrada en vigencia de la nueva ley de seguridad social este contempló la forma cómo debía calcularse el ya citado Ingreso Base de Liquidación (IBL), y por ende los factores de salario a tener en cuenta al momento de determinar el monto pensional.

Por lo anteriormente narrado, concluyó citando como antecedente, que en su criterio puso fin a la anterior controversia en el sentido interpretado por la entidad demandada, como lo es la sentencia C-258 de 2013, la que de forma expresa establece que el IBL estará constituido por los factores frente a los cuales efectivamente se haya cotizado y de forma expresa interpreta que los artículos 21 y 36 inciso 3 de la Ley 100 de 1993, es la forma de hallarlo dicho Ingreso Base de Liquidación de quienes gozan de régimen de transición de dicha ley general de seguridad social en pensiones, por lo que manifiesta que no está llamada a reconocer y pagar reliquidación pensional conforme al fallo proferido hoy objeto de alzada recurso.

1.5.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA:

1.5.4.1. PARTE DEMANDANTE (fol. 22 del C. de 2da Instancia): El extremo activo solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia.

1.5.4.2. PARTE DEMANDADA: En la oportunidad otorgada para el efecto, guardó silencio.

1.5.4.3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Dentro del término concedido, no emitió concepto alguno.

2. CONSIDERACIONES:

Esta Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 del C.P.A.C.A., en Segunda Instancia.

Se advierte que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto.

2.1. PROBLEMAS JURÍDICOS:

Con fundamento en los anteriores planteamientos de las partes, entra el Tribunal a dilucidar los siguientes problemas jurídicos:

¿Tiene derecho la actora a la reliquidación de su pensión de jubilación teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, factores que por norma especial o por su naturaleza son salario, así estos no estén expresamente consagrados en las Leyes 33 y 62 de 1985, teniendo,

adicionalmente como parámetro interpretativo, la sentencia C-258 de 2013 y la SU 230 de 2015 de la CORTE CONSTITUCIONAL?
¿Violaron los actos demandados las normas en que deberían fundarse?

Para dar respuesta a los anteriores interrogantes, la Sala abordará los siguientes temas: **i)** La vigencia del sistema general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 y la aplicabilidad del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la misma, **ii)** Factores salariales establecidos legalmente y que conforman la base de liquidación pensional, y **iii)** El caso concreto.

2.1. LA VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES CONSAGRADO EN LA LEY 100 DE 1993 Y LA APLICABILIDAD DE LAS LEYES 33 Y 62 DE 1985 A QUIENES GOZAN DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN:

El sistema general de seguridad social, incluyendo el sistema general de pensiones, empieza a consolidarse en Colombia con la expedición y vigencia de la Ley 100 de 1993 *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*.
En la mencionada normativa, y para el estudio de su aplicabilidad a fin de respetar, por una parte, los derechos adquiridos y, por otra, las expectativas legítimas de las personas que habían consolidado su derecho antes de la entrada en vigencia o hubieran empezado su régimen de pensión con anterioridad a su aplicabilidad, es necesario integrar los artículos 36 y 151 de la ley en comento.

El primero de ellos consagra como supuestos de hecho para la aplicación de la transición y por tanto de la normativa vigente con anterioridad, el tener 40 años o más para los varones, 35 o más años de edad si son mujeres o 15 o más años de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema. La segunda de las normas establece la vigencia del sistema general de pensiones para los servidores públicos del nivel territorial, hasta tanto lo determine la autoridad gubernamental, lo que deberá ocurrir a más tardar el 30 de junio de 1995.

Por lo anterior, para determinar la normativa aplicable para la liquidación de la pensión de vejez ha de establecerse en cada caso si el potencial pensionado goza del régimen anterior o del de transición.

Para el caso concreto encontramos que la actora adquirió el estatus de pensionada el 02 de noviembre de 2006, y así se desprende de la lectura misma del acto administrativo que le reconoció y ordenó inicialmente el pago de su pensión (folios 19 a 23 del C. Principal y CD de Antecedentes Administrativos, carpeta CC33171487, archivo 31).

Así las cosas, la pensión de la accionante se encuentra regulada por las Leyes 33 y 62 de 1985, aplicable en virtud del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993[4], no obstante al momento de liquidar la mencionada pensión no se tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales que devengaba durante su último año de servicio.

Manifiesta la primera de las mentadas normas en su artículo 1:

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

[4] La señora ORTEGA TATIS para la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (30 de junio de 1995), contaba con más de 35 años de edad, por lo tanto acreditada el requisito de la edad, contenido en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (Reverso folio 112 y CD de Antecedentes Administrativos, carpeta CC33171487, archivo 3).

En igual sentido la mencionada normativa, contempla los parámetros fijados para liquidar la pensión de jubilación, y los factores a incluir, para tal efecto dispone el artículo 3º modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985:

> *"ARTÍCULO 1o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*
> *Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional:* ***asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.***(Negrillas pertenecientes a la Sala).
>
> *En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.".*

Por lo dicho, para la Sala es claro, dado que la normativa aplicable es la Ley 33 de 1985, es a esta a la que hay que acudir para efectos de determinar el salario base de liquidación, habida cuenta que es la norma jurídica vigente a la fecha de consolidación del derecho a la pensión de la actora y por lo tanto la aplicable en el *sub judice.*

2.2. FACTORES SALARIALES ESTABLECIDOS LEGALMENTE QUE CONFORMAN LA BASE DE LIQUIDACIÓN PENSIONAL Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL:

Como se expuso con anterioridad, las normas aplicables para efectos de determinar el salario de liquidación son las Leyes 33 y 62 de 1985, y es en esta misma normativa donde se señalan los factores salariales que se han de tener en cuenta para conformar la base de liquidación pensional.

Al respecto el artículo 3 de la norma referenciada, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, establece la forma cómo se liquidaría la pensión de jubilación

señalando los siguientes factores:

- Asignación básica.
- Gastos de representación.
- Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación.
- Dominicales y feriados.
- Horas extras.
- Bonificación por servicios prestados.
- Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

No obstante lo anterior, se han expuesto varias interpretaciones por la jurisprudencia frente a cómo se debe efectuar la liquidación y los factores a tener en cuenta para ello, en primer lugar se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que solo 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.

Lo dicho, dado que no obstante la claridad de la norma estudiada de forma aislada, existen otras normas que consagran diferentes medios remunerativas del servicio que son salario por disposición expresa del legislador o su naturaleza, por lo que en aplicación de los principios generales del derecho laboral de primacía de la realidad sobre la forma y de favorabilidad, han de interpretarse de manera integral para así establecer qué factores constituyen en realidad salario y liquidar la pensión con los ingresos efectivamente percibidos por el trabajador en su vida laboral activa.

Por otro lado, se relieva la interpretación que de la Ley 33 de 1985 ha realizado el CONSEJO DE ESTADO en especial al tema del salario base de liquidación de la

pensión, posición que la Sala comparte, y para lo cual se permite transcribir en su aparte más importante:

> *"En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades,* ***no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, 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 han cambiado su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos****.*
>
> …
>
> *a) <u>De los factores de salario para liquidar pensiones.</u>*
>
> *Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002[5], precisó el sentido y alcance de las expresiones salario y factor salarial, así:*
>
> > *"(…) El salario (…) aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador (…)". En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) "constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones." En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que "además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios."*
> > *(…)*
> > *Según el artículo 42 ibídem son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador : la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso*

[5] Magistrado Ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.(…).".

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

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a ***las primas de navidad y de vacaciones****, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.*

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener ***dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional****.[6]."*[7] (Resaltado por fuera del original)

Destaca la Sala que esta no es una posición aislada de la mencionada Alta Corporación, sino que es la línea que se consolida a partir de allí tal como se puede observar en decisiones más recientes[8].

---

[6] Al respecto, ver el concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

[7] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Sentencia del 4 de agosto de 2010. Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). Actor: LUIS MARIO VELANDIA. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL.

[8] Como decisión de este tipo, la Sala trae para soportar la siguiente: *"Al examinar con detenimiento la anterior cita jurisprudencial* (se refiere a la citada en el píe de página anterior)*, es claro que la entidad demandada debió efectuar los aportes que devengó el actor mientras estuvo prestando sus servicios sobre los factores salariales y que pretende se tengan en cuenta."* (La nota entre paréntesis no es del texto original) CONSEJO DE ESTADO. SALA DE

En este punto, se reitera, que existe una diferencia de criterio entre la posición asumida por la Sala Laboral de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, y el CONSEJO DE ESTADO, quien de tiempo atrás ha interpretado que el monto a que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no solo hace referencia al porcentaje o tasa de reemplazo, sino que también incluye el Salario Base de Liquidación, es decir, que para quienes son beneficiarios del régimen de transición, todos los elementos de la pensión se rigen por la normativa anterior. En este punto, es reiterada y uniforme la jurisprudencia contenciosa[9].

LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. CONSEJERO PONENTE: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Sentencia del 20 de marzo de 2013. REF: EXPEDIENTE No. 76001233100020070021701. NÚMERO INTERNO: 03412012. ACTOR: JOSÉ OMAR GONZÁLEZ CRUZ. AUTORIDADES NACIONALES.

[9] "*3. El inciso 2º del artículo 36 de la mencionada ley, establece:*

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

Ahora bien, según la norma transcrita, el actor tiene derecho a jubilarse con 55 años de edad, con 20 años de servicio y con el monto de la pensión, establecidos en el régimen anterior a la vigencia de la ley 100.

Monto, según el diccionario de la lengua, significa "Suma de varias partidas, monta." Y monta es "Suma de varias partidas." (Diccionario de la Lengua "Española", Espasa Calpe S.A., Madrid 1992, tomo II, páginas 1399-1396).

Advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra "monto" que cuando la ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100.

Por manera que si las personas sometidas al régimen de transición deben jubilarse con la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión gobernados por las normas anteriores a la ley 100, no ve la Sala cuáles son las demás condiciones para acceder al derecho, que según la última regla del inciso 2º en análisis se rigen por dicha ley.

De otro lado, la Sala también observa que en el inciso 3º del artículo 36, están previstos un ingreso base y una liquidación aritmética diferente a la que dedujo la Sala de la interpretación del inciso 2º, puesto que del monto que se rige por las normas anteriores se infiere un ingreso base regido igualmente conforme al ordenamiento jurídico anterior, lo cual pone de presente la redacción contradictoria de tales normas, que conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política a tener en cuenta la más favorable, o sea la primera regla del inciso 2º." CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A". Consejero ponente: NICOLÁS PAJARO PEÑARANDA. Sentencia del 21 de septiembre de 2000. Radicación número: 470-99. Actor: LAUREANO GUTIÉRREZ. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL.

En igual sentido: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A". Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Sentencia del 18 de febrero de 2010. Radicación número: 25000-23-25-000-2003-07987-01(0836-08). Actor: TERESA ROBLES-. Demandado: CAJA DE PREVISION SOCIAL DE LA

En este punto, y para confrontar el argumento del apelante, se cita la siguiente providencia, del 24 de junio de 2015, que reitera la posición ya expuesta:

> *"Ahora bien, dicha norma dispone en su artículo 1°; que el empleado oficial que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación,* ***equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio****, por lo que el cuerpo normativo, que gobierna la liquidación pensional del actor se trata de las Leyes 33 y 62 de 1985.*
> …
> *Ahora bien, en cuanto a los factores a tener en cuenta con base en las mencionadas disposiciones, ésta Sección en sentencia del 4 de agosto del 2010[10], concluyó que la Ley 33 de 1985, no indicó 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.*
>
> *En suma, debe atenderse en la liquidación, aquellos emolumentos que percibió el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por la labor desempeñada.*
>
> *La anterior decisión encontró respaldo en una tomada por la misma Sección el 9 de julio de 2009, cuando al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978[11], precisó que dicha disposición señalaba unos factores que debían ser entendidos como principio general sin que conllevara una relación taxativa de factores, pues de tomarse así "(…)se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación.[12]"*
>
> *Así las cosas, tanto la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, como el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación y por ende, es viable otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.*
> …

SUPERINTENDENCIA BANCARIA. CAPRESUB

[10] Proceso referenciado con el número 0112-09.
[11] Norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, a aquellos que se les aplica la Ley 6 de 1945.
[12] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera 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.

> *Teniendo en cuenta la normatividad aplicable al caso, el alcance que jurisprudencialmente se le ha dado y las directrices trazadas por los Jueces de la República en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido que para tales efectos se tengan en cuenta* ***todos los factores que constituyen salario,*** *entendiendo como tal todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, vr.gr., primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones. En suma, aquellos acrecimientos que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios."*[13]

Como conclusión de este numeral, para esta Corporación, el salario base de liquidación de la pensión debe incluir todos aquellos pagos que conforme a su naturaleza o norma especial son salario, posición esta uniforme, reiterada y pacífica a la fecha en nuestra jurisdicción.

Es importante tener en cuenta en este punto, el nuevo argumento, traído a colación por la entidad demandada apelante, referente a la posición jurisprudencial de la CORTE CONSTITUCIONAL, vertida en la sentencia C-258 de 2013, citada por el apelante, la que es reitera en la sentencia SU-230 de 2015, de la misma Corporación.

En primer lugar, la Sala parte de la base, como ya se expresó, que la posición de esta jurisdicción y de su órgano de cierre, es la de aplicar todos los elementos del régimen anterior, a quienes gozan del régimen de transición (edad, monto, entendido este como tasa de reemplazo e IBL), lo anterior, atendiendo que de la interpretación sistemática de los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, así se

---

[13] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A". Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Sentencia del 24 de junio de 2015. Radicación No: 25000234200020120064101 (4521-13). Actor: GUSTAVO CAMARGO RINCÓN. Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-.
En igual sentido, de la misma Corporación, Sala, Sección, Subsección y Magistrado Ponente, Sentencia del 24 de junio de 2015. Radicación Nº: 25000232500020110070901. Número Interno: 2060-2013. Actor: ABELARDO RAMÍREZ GASCA. Demandada: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL-CAJANAL E.I.C.E EN LIQUIDACIÓN (Hoy totalmente liquidada).

infiere del texto mismo de la primera de ellas, pues define el IBL de las pensiones previstas en sistema general de seguridad social en pensiones, es decir, las del régimen de transición no se regulan por esta normativa sino por las anteriores.

Igualmente, para la Sala, es claro que la posición asumida por la CORTE CONSTITUCIONAL en las sentencias en cita (C-258 de 2013 y SU-230 de 2015), posee una clara aplicación restrictiva, por las siguientes razones:

1. La sentencia C-258 de 2013, estudia la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, es decir, el régimen pensional de Representantes a la Cámara y Senadores, extensivo a Magistrados de Altas Cortes (artículo 28 del Decreto 104 de 1994) y ciertos funcionarios de la Rama Judicial, el Ministerio Público y órganos de control, como el Procurador General de la Nación (artículo 25 del Decreto 65 de 1998), el Fiscal General de la Nación, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, y los Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (artículo 25 del Decreto 682 de 2002). Las palabras mismas de la sentencia en estudio lo dicen en el aparte final del numeral 4.1.1., **Alcance del control constitucional rogado de las leyes,** que fijó el alcance del control ejercido en la misma, expresó:

> *"Por estas mismas razones, no es procedente la integración normativa con disposiciones legales que establecen o regulan otros regímenes especiales,* ***ni con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que consagra el régimen de transición****. Cabe señalar frente a este último, que la demanda de inconstitucionalidad propuesta por los ciudadanos no tiene por objeto atacar la existencia misma del régimen de transición, sino del régimen especial dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992."* (Negrillas para resaltar)[14]

En otras palabras, la argumentación sobre cómo interpretar el ingreso base de liquidación de las personas que gozan de régimen de transición, se

[14] CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-258 de 2013. Aparte conclusivo del numeral **4.1.1. Alcance del control constitucional rogado de las leyes.**

limita a estos funcionarios, por lo que en este aspecto esta sería la *ratio decidendi* de la sentencia, y frente a cualquier otra aplicación o argumentación que en ella se contiene en torno al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la misma claramente sería *obiter dicta*, dado que este no es el fondo de la situación estudiada por la Corte[15].

2. El sustento evidente de la sentencia C – 258 de 2013, es la sostenibilidad del sistema pensional en Colombia, en tanto, las excesivas pensiones, percibidas por los funcionarios atrás mencionados, resultaron afectándolo y quebrando la balanza que lo debe regir (homeóstasis). Si esta es la consideración, en casos como el tratado, si de aplicación analógica se trata, debería acudirse a efectuar un análisis similar, esto es, establecerse si pensiones como las de la parte accionante, afectan la sostenibilidad del sistema pensional, para lo cual, es evidente que ello solo sería posible, si se determinara que el pago de esta pensión es desproporcionada, lo cual exige una carga probatoria, que en este proceso no existe, por ende, no es susceptible de consideración y valoración.

3. En este mismo sentido, al no estar la CORTE CONSTITUCIONAL estudiando la constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en la sentencia ya referida, la interpretación que de esta norma hace la Corte no es *ratio decidendi* y por ello carece de la fuerza vinculante obligatoria que poseen sus fallos[16], dicha interpretación[17].

---

[15] En este sentido, resulta ilustrativa la doctrina especializada sobre el tema y la misma posición de la CORTE CONSTITUCIONAL sobre el tema. *"Por su parte, la ratio dedicendi es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutiva. En cambio constituye un mero dictum, toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario."* CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-047 de 1999.
Sobre el tema del precedente puede consultarse:

- López, D.E. (2006). Interpretación constitucional. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- López, D.E. (2006). El derecho de los jueces. Bogotá: Legis S.A.
- Cross, R. Harris, J.W. (2012). El precedente en el derecho inglés. Madrid: Marcial Pons.

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

4. En la SU-230 de 2015, se estudia una tutela en contra de la Sala Laboral de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, quien interpreta de tiempo atrás que el monto consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es lo referente al porcentaje o tasa de reemplazo y no al Ingreso Base de Liquidación, y la CORTE CONSTITUCIONAL en la sentencia en estudio de forma clara establece que esta interpretación es acorde a la constitución, ello *per se* no excluye otro tipo de interpretaciones en torno a dicha norma, pues de lo contrario se borraría de un tajo la independencia como pilar de la función judicial.

5. El CONSEJO DE ESTADO, en sentencia de unificación, limitó de forma clara la aplicabilidad de la sentencia C-258 de 2013, a aquellas pensiones que sean adquiridas después de la vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005, en el siguiente sentido:

> *"Ahora bien, como la demandante encuentra regulada su situación por el Decreto 546 de 1971 -que no por el Decreto 104 de 1994-, ello implica, que en esta oportunidad al reconocimiento pensional, no se aplican las restricciones determinadas por la Sentencia C-258 de 2013, pero* ***sí****, los condicionamientos a los que hace referencia el Acto Legislativo 1 de 2005, a partir de su vigencia -25 de julio de 2005-, en aras de la salvaguarda de la sostenibilidad del sistema pensional.*
>
> *Entonces, la Sala debe puntualizar en el mismo estándar de racionalidad seguido a lo largo de esta sentencia de unificación, que el referido Acto Legislativo 1 de 2005, modificatorio del artículo 48 de la Carta Política, precisó en el parágrafo 1° que,* ***"A partir del 31 de julio de 2010 no***

---

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

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

> ***podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes,*** *con cargo a recursos de naturaleza pública", y justamente, es el mismo Acto Legislativo el que menciona, en su artículo 1°, qué se entiende por causación del derecho pensional, al indicar que ello ocurre cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento; elemento capital para diferenciar la fecha en que se liquida la prestación de aquella en que el derecho como tal emerge a la vida jurídica."*[18]

Así las cosas, el CONSEJO DE ESTADO ha unificado la interpretación en torno a la aplicación de la sentencia C-258 de 2013, y las limitaciones e interpretaciones en ella contenidas, solo serían aplicables a aquellas personas que gozando del régimen de transición, se les aplica el régimen especial de pensiones y a su vez adquieran su derecho a la pensión (estatus pensional, lo que se adquiere con edad y tiempo de servicios) con posterioridad al 5 de julio de 2005 o 31 de julio de 2010, según el caso.

6. No puede perderse de vista, que la pensión es claramente un derecho de contenido social y por ello es un derecho humano, a la luz de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia, en especial de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988 (estos dentro del sistema Interamericano de Derechos Humanos), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (dentro del sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos) y el Texto de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo. Todos estos instrumentos internacionales, que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, consagran la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro de los que se puede clasificar las

[18] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN. CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN (E). Sentencia del 12 de septiembre de 2014. REF: Expediente No. 25000-23-42-000-2013-00632-01 (1434-2014). Actor: GLADYS AGUDELO ORDÓÑEZ. Demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES -.

pensiones[19]. De estos instrumentos y de la progresividad, se ha inferido un principio aplicable a la protección de los derechos en estudio, y es la PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD[20], es decir, en los Estados partes de estos instrumentos, no pueden existir medidas legislativas o interpretativas que vayan en contra de las conquistas de los trabajadores[21], normas internacionales que no hacen otra cosa que materializar el Estado Social de Derecho y los fines del Estado (artículos 1 y 2 de la C.P.). Por lo dicho, la interpretación planteada por la CORTE CONSTITUCIONAL en las últimas posiciones frente al tema, interpretan de manera regresiva el derecho a la pensión y por ello, han de prevalecer las interpretaciones que materialicen la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, a la luz de los tratados internacionales suscritos por Colombia, ya traídos a colación, como lo es la posición unánime, uniforme y actual del CONSEJO DE ESTADO.

7. Al menos, como se dijo anteriormente, desde la sentencia de fecha 4 de agosto de 2010, expediente 012-2009, con ponencia del Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, de manera sólida y constante, por

---

[19] El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, consagra: *"Artículo 11. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia."*
Por su parte el Protocolo de San Salvador, en su artículo 1, consagra: *"Artículo 1. Obligación de Adoptar Medidas. Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo."*
Adicionalmente, este protocolo, establece el derecho a la seguridad social y la protección de la vejez (artículo 9) y la protección de los ancianos (artículo 17).
El Texto de la Constitución de la OIT, regula en su artículo 19 numeral 8: *"8. En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier* ***ley, sentencia, costumbre*** *o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación."* (Negrillas para resaltar). De esta norma se ha deducido la prohibición de regresividad en materia laboral, tanto desde el punto de vista legal, como de la aplicación judicial del derecho laboral.
[20] Sobre este aspecto, puede consultarse: Courtts, C. (Compilador) (2006). Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia derechos sociales. Buenos Aires: Centro de Estudios Sociales. En línea: http://www.corteidh.or.cr/tablas/25896.pdf consultada el 19-08-2015.
[21] En este sentido, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, INFORME Nº 100/01. CASO 11.381. MILTON GARCÍA FAJARDO Y OTROS. NICARAGUA. 11 de octubre de 2001. En línea: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2001sp/Nicaragua11381.htm consultada el 19-08-2015.

parte del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se ha venido pregonando la tesis que se expone en esta sentencia, frente a la reliquidación de pensiones por inclusión de factores salariales, lo que además de generar confianza legítima[22], en todo el sentido de la palabra, especialmente si se considera que las autoridades, cualesquiera que ellas fueren, deben guardar coherencia en sus decisiones, legitima principios como el de no regresividad o de progresividad que impera en materia laboral. Es de anotarse que tales principios han sido naturalizados así, por la Corte Constitucional:

> ***"2. Principio de progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos pensionales y expectativas legítimas ante eventuales reformas laborales***
>
> ***2.1.*** *El principio de progresividad de los derechos sociales, económicos y culturales (DESC) y la prohibición concomitante de la regresividad de éstos derechos se encuentra consagrado en el artículo 48 de la C.P que establece que, "El Estado, con la participación de los particulares, ampliará* ***progresivamente*** *la cobertura de la seguridad social…".*
>
> ***2.2.*** *Igualmente se debe tener en cuenta que el principio de progresividad y la prohibición de regresividad de los DESC se encuentran consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad[23], ya que específicamente se encuentran estipulados en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que establece que, "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga,* ***para lograr***

---

[22] En sentencia T - 527 de 2011, la Corte Constitucional, sobre la **confianza legítima** señaló: *"A partir de la norma constitucional, esta Corporación expresó que la confianza legítima "consiste en que la administración por medio de su conducta uniforme hace entender al administrado que su actuación es tolerada. Es decir, que las acciones de la administración durante un tiempo prudencial hacen nacer en el administrado la expectativa de que su comportamiento es ajustado a derecho".* Siendo sus **elementos**: *"El principio de confianza legítima, particularmente, se basa en tres presupuestos: (i) la necesidad de preservar de manera perentoria el interés público; (ii) una desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre la administración y los administrados; y (iii) la necesidad de adoptar medidas por un período transitorio que adecuen la actual situación a la nueva realidad. De esta forma, el principio de buena fe, en su dimensión de confianza legítima, compele a las autoridades y a los particulares a conservar una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos adquiridos y una garantía de estabilidad y durabilidad de la situación que objetivamente permita esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico"*

[23] El artículo 93 de la C.P. establece que, "*Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".* Con base en esta norma se ha introducido en Colombia la idea de que dichos tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos firmados y ratificados por Colombia, hacen parte del Bloque de constitucionalidad.

***progresivamente**, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos". Del mismo modo en el artículo 11.1 del PIDESC se establece que, "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a **una mejora continua de las condiciones de existencia**..."*[24].

***2.3.** Por otra parte se ha venido introduciendo dicho principio a través de la recepción de los criterios dados por los Principios de Limburgo de 1987 y las Directrices de Maastricht de 1997, que son recomendaciones de implementación y comprensión de los derechos consagrados en el PIDESC elaboradas por expertos en el campo del derecho internacional y que se han convertido en una fuente directa para comprender la forma de aplicación e interpretación de estos derechos. Por ejemplo en la Directriz No 9 de Maastricht se estableció que el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, estipulado en el artículo 2 del PIDESC, no debe ser utilizado como pretexto para su incumplimiento, y que se debe garantizar los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos si no se cuenta con todos los recursos para atender a estos derechos*[25].

***2.4.** Del mismo modo el Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, a través de sus Observaciones Generales, ha establecido criterios de interpretación del principio de progresividad, como el que se dio en la Observación No 14 relativa al derecho a la salud*[26] *en donde se dijo que "la progresividad no priva de contenido la obligación estatal, y por ello las medidas regresivas, que disminuyen una protección a la salud ya alcanzada, se presumen contrarias al Pacto". En estos eventos estableció el Comité, que el Estado tiene que demostrar que esas medidas eran necesarias y que "se han aplicado tras el examen exhaustivo de todas las alternativas posibles"*[27].

***2.5**. Finalmente se debe tener en cuenta que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se encuentra consagrado dicho principio cuando en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) se establece que, "Los Estados Partes se comprometen*

---

[24] Ver sobre el tema el libro compilado por Christian Courtis titulado "Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales", Buenos Aires, CELS, 2006.

[25] Esta misma idea se da en la Observación General No 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas que estableció que, "*El concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente no podrá lograrse en un período corto de tiempo. Sin embargo, el hecho de que el Pacto prevea que la realización requiere un cierto tiempo, en otras palabras sea progresiva, no debe ser malinterpretado en el sentido de privar a la obligación de todo contenido significativo…*".

[26] *Dicha observación se produjo el 11 de mayo de 2000 en el periodo No 22 de Sesiones en donde el Comité adoptó la "Observación General No 14 relativa al disfrute del más alto nivel de salud (art. 12 de la Convención)".*

[27] *Párrafo 32. Observación citada en la Sentencia C-671 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).*

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". Del mismo modo se consagra dicho postulado en el artículo 4º del Protocolo de San Salvador, que establece que, "No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, so pretexto de que el Presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado".*

2.6. *En cuanto a la recepción de dicho principio en la jurisprudencia constitucional se debe citar en primer lugar la Sentencia SU-225 de 1997[28] que establece que la progresividad de los derechos sociales hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores de cada uno de éstos derechos e implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección no se puede retroceder frente al nivel de protección al que se ha llegado o conseguido. Igualmente se ha acogido dentro de la jurisprudencia de la Corte la interpretación del principio de no regresividad que han dado los organismos internacionales en el sentido de que el mandato de progresividad de los DESC no excusa al Estado del cumplimiento del deber de que con el máximo de los recursos disponibles se provea por la cobertura universal de los contenidos de éstos derechos[29].*

2.7. *Del mismo modo la jurisprudencia constitucional estableció que el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección de un derecho social existe prima facie la presunción de inconstitucionalidad de todo retroceso y la necesidad de realizar un juicio de constitucionalidad más severo en el caso de que se presenten legislaciones regresivas de éstos derechos[30]. Sobre esta presunción de inconstitucionalidad prima facie del retroceso en materia de derechos sociales se dijo en la Sentencia C-038 de 2004 que,*

---

[28] *M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta Sentencia también se consagró la "Cláusula de erradicación de las injusticias presentes", en donde se ordena a las autoridades estatales adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la vacunación gratuita para prevenir meningitis a niños pertenecientes a sectores históricamente marginados. Como se establece en la Sentencia C-727 de 2009 (M.P María Victoria Calle), esta jurisprudencia ha sido reiterada en otras sentencias, como por ejemplo la T-177 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz); T-840 de 1999 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-772 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda).*

[29] Por ejemplo en la Sentencia C-671 de 2002 en donde se dijo que, "*La progresividad hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de esos derechos sociales prestacionales, pero ese mandato de progresividad no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, coberturas universales de los contenidos mínimos de esos derecho*…". En el mismo sentido la Sentencia C-251 de 1997 (F.j. 8 y 9), Sentencia SU- 225 de 1998 (F.j. 11), Sentencia SU-624 de 1999, C-1165 y C-1489 de 2000.

[30] Por ejemplo en la Sentencia C-251 de 1997 (F.j 8), SU- 624 de1999, C-1165 y 1489 de 2000 y C-671 de 2002.

"El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como ***una prohibición prima facie***. ***Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo***. *Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social".*

2.8. *Igualmente en la Sentencia C-038 de 2004[31] se empezó a sentar las bases de un "test de no regresividad", para que el control de constitucionalidad sea más estricto[32]. En dicha Sentencia la Corte estableció que cuando se constata la regresividad de un derecho de pensiones a través de una reforma, se debe estudiar (i) si con la reforma no se desconocieron derechos adquiridos; (ii) si se respetaron con la reforma los principios constitucionales del trabajo;[33] y (iii) si las reformas se encuentran justificadas conforme al principio de proporcionalidad y razonabilidad.*

2.9. *Del mismo modo se debe resaltar que el test de proporcionalidad en materia de regresividad de los derechos sociales ha utilizado los tres pasos que se plantean en el juicio de igualdad, es decir el principio de* ***idoneidad*** *que consiste en verificar si la medida regresiva tiene un fin constitucionalmente legítimo y un presupuesto constitucional que la justifique, en segundo lugar el presupuesto de* ***la necesidad*** *en donde se valora si de todas las medidas posibles, la que escogió el legislador es la menos regresiva, hasta llegar hasta al último paso del test de verificar la* ***proporcionalidad en sentido estricto*** *que consiste en confrontar el principio de no regresividad con otros principios constitucionales como la garantía de sostenibilidad del sistema o los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia cuando se trata de valorar el sistema de seguridad social, para establecer si en el caso concreto se presenta un*

---

[31] M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.
[32] Negrillas fuera del texto.
[33] En el artículo 53 de la C.P. se consagra los principios de igualdad de oportunidad para los trabajadores, remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en casos de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho; primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas; 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 pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones legales.

mayor menoscabo del principio de progresividad frente al principio constitucional que se enfrenta a éste. Así por ejemplo en la Sentencia C-038 de 2004 se dijo que si se utiliza como presupuesto de justificación de la regresividad de un derecho social el fomento del empleo se debe constatar, "(i) que las medidas no fueron tomadas inopinadamente sino que se basaron en un estudio cuidadoso, y (ii) que el Congreso analizó otras alternativas, pero consideró que no existían otras igualmente eficaces que fueran menos lesivas, en términos de la protección del derecho al trabajo. Y (iii) finalmente debe el juez constitucional verificar que la medida no sea desproporcionada en estricto sentido, esto es, que el retroceso en la protección del derecho al trabajo no aparezca excesivo frente a los logros en términos de fomento del empleo".

***2.10.** Por otra parte y en cuanto a la aplicación del principio de progresividad y prohibición de regresividad específicamente* ***en materia de pensiones**, se constata que la Corte acogió la regla de la presunción de inconstitucionalidad prima facie y el control estricto de constitucionalidad mediante la verificación de la proporcionalidad del retroceso utilizando el "test de no regresividad". Sin embargo, se debe subrayar que en este caso ha valorado especialmente si se trata de retrocesos de "meras expectativas" o de "derechos adquiridos"*[34] *y ha establecido una categoría intermedia de protección que denominó "expectativa legítima."*[35]

Señalándose en consecuencia, que aceptar la tesis SU-230 de 2015, en todo su rigor, no es acoger un precedente, sino atentar contra los mentados principios, obligatorios por mandato constitucional y de convencionalidad.

8. Por ello, en caso de que la norma (el artículo 36 de la Ley 100 de 1993) genere duda en su interpretación, la misma debe solventarse a favor del trabajador, en aplicación del principio general del derecho laboral del *in dubio pro operario*, consagrado en el artículo 53 de la C.P.

9. Con fundamento en el mismo principio, toda interpretación que se haga de las fuentes formales del derecho, y la jurisprudencia lo es conforme lo consagra el C.P.A.C.A. y lo ha interpretado de forma unánime la Corte

---

[34] Sobre las posiciones jurisprudenciales que ha tenido la Corte en materia de prohibición de regresividad de los derechos sociales ver especialmente la Sentencia C-663 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda). Igualmente el artículo de Rodrigo Uprimny y Diana Guarnizo titulado: *"¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana"*. En: http://www.dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=2&id_publicacion=180.

[35] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-228 de 2011.

Constitucional[36], debe realizarse a favor del trabajador, por lo que existiendo posiciones jurisprudenciales que soportan las dos interpretaciones estudiadas (el monto no incluye el IBL por lo que este se encuentra regido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 – el monto incluye porcentaje e IBL por lo que este se encuentra regulado por la normativa anterior) debe aplicarse la que favorece el derecho en discusión del trabajador, es decir, para el caso concreto la segunda de las interpretaciones del alcance del IBL.

10. Suma a favor de la interpretación acá planteada, principio de la inescindibilidad del régimen o la normativa aplicable[37], pues el planteamiento de las últimas providencias referenciadas de la Corte Constitucional, toma elementos del régimen anterior y los amalgama con los de la Ley 100 de 1993, sin aplicar íntegramente una de las normativas.

Por lo tanto, para este operador judicial, en ejercicio de su independencia y autonomía, atendiendo los anteriores argumentos, se inclina a aplicar en este caso, la posición del CONSEJO DE ESTADO y desecha la de la CORTE CONSTITUCIONAL planteada en sus decisiones ya referidas (C-258 de 2013 y SU-230 de 2015) e interpreta que el monto incluye el Ingreso Base de Liquidación de la pensión, el que se encuentra regido por las normas anteriores, para nuestro caso, las Leyes 33 y 62 de 1985.

---

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

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

Basten las anteriores consideraciones legales, interpretativas, y jurisprudenciales para estudiar:

2.3. CASO CONCRETO.

Una vez analizado el *sub lite* a la luz del acervo probatorio existente en el proceso, este Cuerpo Colegiado precisa, que se encuentra debidamente probado que a ENALBA DEL SOCORRO ORTEGA TATIS le fue reconocida la pensión de vejez por parte de la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL "CAJANAL" E.I.C.E., a partir del 16 de junio de 2007, y que para su reconocimiento y pago se le aplicó el contenido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, liquidándosele la misma con base en el 75% del salario promedio devengado entre el 16 de junio de 1997 y el 15 de junio de 2007, esto es, teniéndole solo en cuenta la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, tal como consta en el acto administrativo que le reconoce su derecho[38].

Asimismo se encuentra acreditado que, con motivo de una petición elevada por la accionante el día 21 de abril de 2009[39], por intermedio de la Resolución PAP 035148 del 27 de enero de 2011, la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL "CAJANAL" E.I.C.E. –EN LIQUIDACIÓN-, reliquidó la pensión de vejez de la hoy actora, tomando como base el contenido del artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003, pero liquidándosele la misma con base en el 79.74% del salario promedio devengado entre el 2 de abril de 1999 y el 1 de abril de 2009, esto es, teniéndole en cuenta la asignación básica y la bonificación por servicios prestados.

---

[38] Folios 19 a 23 del C. Principal y CD de Antecedentes Administrativos, carpeta CC33171487, archivo 31.
[39] De ello da cuenta la parte considerativa de la Resolución PAP 035148 del 27 de enero de 2011 (fol. 24 a 25 del C. Principal.

Posteriormente, la actora a través de petición del 25 de julio de 2011[40], en donde solicita la reliquidación de la pensión por tiempo de servicios adicional y salarios 2009 y 2010, la que es negada a través de Resolución UGM017337 del 17 de noviembre de 2011.

Luego, la libelista elevó petición el día 22 de julio de 2013[41], solicitando nuevamente la reliquidación de su pensión de vejez conforme a las previsiones contenidas en la Ley 33 de 1985, a lo que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL dio respuesta por intermedio de la Resolución RDP 039241 del 26 de agosto de 2013[42], negando tal pedimento.

Contra la anterior determinación, la actora presentó recurso de apelación, el cual fue resuelto por la entidad encartada, a través de la Resolución RDP 043601 del 20 de septiembre de 2013[43], confirmando en todas sus partes la decisión primigenia.

Para la fecha de vigencia de la Ley 100 de 1993, 30 de junio de 1995 por tratarse de empleada del nivel territorial, la actora tenía 44 años cumplidos[44], por lo que es beneficiaria del régimen de transición y por ende su pensión regida plenamente por las Leyes 33 y 62 de 1985 (conforme ya se fijó, en torno a la edad y monto, interpretado este como porcentaje o tasa de reemplazo e Ingreso Base de Liquidación).

Por otro lado, se encuentra claramente demostrado que en el último año de servicios de la actora, el que transcurrió entre el 30 de junio de 2009 al 30 de junio de 2010[45], le fueron cancelados, según certificación expedida por la Secretaría de

---

[40] Ello consta en la parte motiva de la Resolución UGM017337 del 17 de noviembre de 2011 (fol. 26) y a fol. 121.
[41] De ello da cuenta la parte considerativa de la Resolución PAP 039241 del 26 de agosto de 2013 (fol. 2 a 5 del C. Principal). Asimismo ver folios 14 a 16 C. Principal.
[42] Obrante a folios 2 a 5 del expediente.
[43] Ver folios 8 a 12 del C. Principal.
[44] Ver Reverso folio 112, donde consta que la señora ORTEGA TATIS nació el 2 de noviembre de 1951.
[45] Fecha a partir de la cual se le aceptó la renuncia al cargo de Auxiliar Administrativa, por intermedio del Decreto Nº 324 de 2010 (Reverso folio 124 C. Principal).

Educación Municipal de Sincelejo[46], **aparte de la asignación básica y la bonificación por servicios prestados; la prima de navidad, la prima servicios y la prima de vacaciones,** los que no fueron tenidos en cuenta en su totalidad al momento de liquidar la pensión vitalicia de jubilación.

En este punto, es menester aclarar que tanto la bonificación por servicios prestados como la prima de servicios, son acreencias laborales respecto de las cuales solo les asiste su pago a los empleados públicos del orden nacional, conclusión a la que se arribó por parte de este Cuerpo Colegiado en fallo adiado tres (3) de julio dos mil catorce 2014[47], en donde se afirmó:

> *"Respecto de la hoy demandada bonificación por servicios prestados, el Consejo de Estado, ha considerado:*
>
> > *"La prima de servicios y la bonificación por servicios constituyen acreencias laborales que conforme a la normatividad prevista en el Decreto 1042 de 1978 sólo fueron establecidas para los empleados del orden nacional, sin incluirlas para los empleados públicos del orden territorial.*
> >
> > *Si bien es cierto las entidades territoriales no pueden arrogarse la facultad de fijar prestaciones salariales y sociales para sus empleados públicos pues ésta es una función reservada al Gobierno Nacional, esta Corporación en aras de proteger el derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la C.P., y con fundamento en el artículo 4 ibídem, ha inaplicado la expresión "del orden nacional" de las normas que regulan los salarios y prestaciones de los empleados nacionales, para reconocer a los empleados territoriales prestaciones del orden nacional[48].[49]*

---

[46] Folio 31 a 32 C. Principal. Igualmente ver CD de Antecedentes Administrativos, carpeta CC33171487, archivo 65.

[47] TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS Sentencia No. 081 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO RADICACIÓN: 70-001-33-33-009-2013-00078-01 DEMANDANTE: MIGUEL PUENTES ANGULO DEMANDADO: MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA – SUCRE.
Ver el siguiente link: http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/SUCRE/TRIBUNAL%20ADMINISTRATIVO%20DE%20SUCRE/BOLETINES%20-%20DECISIONES%20SALA%20-%20DR%20LUIS%20CARLOS%20ALZATE%20%20RIOS/2013-78-01%20MIGUEL%20PUENTES%20SAN%20JUAN%20DE%20BETULIA%20PRESTACIONES%20D%201042%20DE%2078%20TERRITORIALES%20CONFIRMA%20Y%20MODIFICA.pdf consultado el 11/08/2014 a las 3:20 p.m.

[48] Entre otras, sentencias de 27 de septiembre de 2007 Exp. No. 4327-2005 Actora: Blanca Edelmira Reyes Alfonso, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado. Sentencia de 23 de agosto de 2007 Exp. No. 0176-2004 Actora: Elvira Vargas Osorio. Magistrado Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

…
Tal y como se dejó sentado en precedencia, la línea jurisprudencial del CONSEJO DE ESTADO en supuestos jurídicos como el que ahora centra la atención de esta Colegiatura, permitía acceder a las súplicas de la demanda y en consecuencia reconocer los factores salariales consagrados en el Decreto 1042 de 1978 a los empleados públicos del orden territorial, inaplicando, por considerarla inconstitucional, la expresión "del orden nacional", contenida en el reseñado Decreto Ley.

No obstante lo anterior, como corolario de la decisión contenida en la precitada sentencia C-402 de 2013, que es posterior a las decisiones del CONSEJO DE ESTADO, la CORTE CONSTITUCIONAL declaró ajustados a la Constitución, entre otros apartes del Decreto 1042 de 1978, la expresión que por parte del CONSEJO DE ESTADO se consideraba atentatorio de la Carta Política de 1991, por lo que, huelga concluir sin hesitación alguna, que el régimen contenido en el pluricitado decreto, le es exclusivamente aplicable a los empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, no siendo por tanto extensivo a los empleados del orden territorial con el argumento de la violación al derecho a la igualdad.

Igualmente, es menester aclarar que el Decreto 1919 de 2002 extendió a los empleados del orden territorial las prestaciones sociales y no los factores salariales del orden nacional. Por lo anterior, los empleados del orden territorial, no tienen derecho a que se les cancele la prima de servicios, la bonificación por servicios prestados y la prima de antigüedad, pues como ya se indicó, ellos son factores salariales". (Negrilla fuera del original)

En vista de lo expuesto en precedencia, la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados son factores salariales que no deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación de un empleado del orden territorial, en consecuencia, al ostentar la demandante la calidad de empleada del orden territorial –Auxiliar Administrativa Código 407 Grado 32 en la Institución Educativa para Poblaciones Especiales de Sincelejo-, a la misma no le asiste el derecho a que las acreencias mencionadas, le sean tenidas en cuenta como factor computable para la liquidación de su pensión de jubilación[50].

---

[49] CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve Sentencia del 6 de agosto de 2008, Exp No. 0507 -2006.

[50] El CONSEJO DE ESTADO ha interpretado que los factores que no poseen soporte legal, no deben ser incluidos al momento de liquidar la pensión. En este sentido la siguiente providencia: *"En tales circunstancias y de acuerdo con lo antes expuesto la Sala no comparte la decisión proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de*

Dilucidado lo preliminar, analizada la causa jurídica a la luz del concepto de la violación presentado, es claro que efectivamente los actos administrativos demandados han trasgredido las normas violadas pretendidas por la accionante, dado que es necesario liquidar su pensión de vejez, teniendo en cuenta lo estipulado en las Leyes 33 y 62 de 1985, debiéndose incluir de acuerdo con las preceptivas señaladas, la totalidad de los factores salariales legales devengados en el último año de servicio, atendiendo a los principios de favorabilidad y progresividad de los derechos laborales, esto en aras de propender por la condición más beneficiosa para el trabajador, en aplicación del principio constitucional laboral aludido de la favorabilidad y en aplicación de la posición jurisprudencial del CONSEJO DE ESTADO sobre el tema, como ya se explicó.

En consecuencia sin ahondar en mayores disquisiciones, dispondrá esta Judicatura **CONFIRMAR** la sentencia objeto de alzada, pero **MODIFICANDO** los numerales **SEGUNDO, CUARTO y QUINTO** de la misma, en lo concerniente a los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para efectos de liquidar la pensión de jubilación de la demandante, los cuales en el *sub examine*, se reitera se circunscriben a **la asignación básica, prima de vacaciones y prima de navidad,** excluyéndose los referentes a la **bonificación por servicios prestados y prima de servicios**, por lo previamente esbozado.

Igualmente se dispondrá **MODIFICAR** los numerales **PRIMERO** y **QUINTO**, en lo referente a la prescripción declarada desde el 22 de julio de 2010, en atención a que no se materializa el mencionado fenómeno[51], por las siguientes razones:

Cundinamarca, en cuanto a la inclusión del factor quinquenio, solicitado en la apelación por la entidad demandada en el sentido de que no debe ser incluidos en la base de liquidación de la pensión; ya que su creación se dio por fue por fuera del marco legal de competencias, por lo que será objeto de modificación, ya que este factor no puede ser incluido, por las razones antes expuestas." CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA -SUBSECCIÓN "B". Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCÓN. Sentencia del 9 de febrero de 2015. Radicación número: 25000023420002012004470l (4011-2013). Actor: CARLOS NOEL PARADA GONZÁLEZ. Demandado: FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP.

[51] En este punto se aclara que, se discute en el presente proceso el derecho a la reliquidación de la pensión de la actora, el cual posee la calidad de ser cierto e indiscutible de contenido laboral, de una persona que tiene una protección constitucional reforzada, por lo que se modifica en perjuicio del apelante único la

Tal como se dejó sentado en líneas superiores, a la actora se le reconoció la pensión de vejez a través de la Resolución Nº 56512 del 4 de diciembre de 2007, la cual se hizo efectiva **a partir del retiro del servicio, el que se dio hasta el 30 de junio de 2010**. Por lo dicho, a partir de dicha fecha es que empieza a correr el término de prescripción que opera en el derecho administrativo laboral (Art. 102 del Decreto 1848 de 1969, artículo 41 Decreto 3135 de 1968), pues conforme a estas normas, el mencionado fenómeno solo opera a partir de que la obligación se haga exigible, lo que ocurrió en el caso concreto el 30 de junio de 2010 con el retiro del servicio.

La actora elevó petición el 25 de julio de 2011[52], en donde solicita la reliquidación de la pensión por tiempo de servicios adicional y salarios 2009 y 2010, la tuvo como consecuencia la interrupción de la prescripción y al presentarse la demanda el 16 de junio de 2014[53], se hizo dentro del término de prescripción interrumpido, pues tenía hasta el 25 de julio de 2014 para ello, por lo que no ha operado la prescripción que el A quo declaró probada, por lo que se modificarán los numerales ya indicados, para en su defecto, declarar no probada esta excepción.

2.4. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Sin constas en esta instancia, por la prosperidad parcial del recurso de apelación conforme lo consagra en numeral 5 del artículo 365 del C.G.P.

3. CONCLUSIÓN:

A guisa de conclusión, la Sala considera que los actos administrativos objetos de censura, vulneraron las normas pretendidas por el extremo activo, por lo que su

---

decisión, en atención a la calidad de los derechos discutidos (Artículo 46, 48 y 53 de la C.P.).
[52] Se reitera, consta en la parte motiva de la Resolución UGM017337 del 17 de noviembre de 2011 (fol. 26) y a fol. 121.
[53] Fol. 45 y 47 C. Ppal.

presunción de legalidad se encuentra desvirtuada y por tanto ha de **CONFIRMARSE** su declaratoria de nulidad, pero con las modificaciones reseñada *ut supra*.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: MODIFÍQUESE los numerales PRIMERO, SEGUNDO, CUARTO y QUINTO de la sentencia apelada, los cuales quedarán así:

> *"PRIMERO: DECLÁRENSE no probadas las excepciones de prescripción y legalidad del acto demandado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
>
> *SEGUNDO: DECLÁRESE la nulidad de la Resolución Nº RDP 039241 de 26 de agosto de 2013, por medio de la cual se le niega la reliquidación de una pensión de vejez a la señora ENALBA DEL SOCORRO ORTEGA TATIS, en tanto no incluyó en la base de liquidación del monto de la pensión de vejez reconocida a la actora los factores de prima de vacaciones y prima de navidad, que la actora devengó durante el último año de servicio.*
>
> …
>
> *CUARTO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho ORDÉNESE a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP a reliquidar la pensión de vejez de la señora ENALBA DEL SOCORRO ORTEGA TATIS, que le fue concedida mediante la Resolución Nº 56512 del 4 de diciembre de 2007, teniendo en cuenta los factores devengados durante su último año de servicio, como son: asignación básica, prima de vacaciones y prima de navidad.*
>
> *QUINTO: De la liquidación efectuada, la entidad accionada deberá pagar a la demandante las diferencias causadas entre las mesadas pagadas y las reliquidadas, a partir del 30 de junio de 2010, fecha de retiro del servicio. Asimismo, la entidad*

demandada realizará los descuentos por aportes correspondientes a aquellos factores que no hayan sido objeto de deducción legal.
…"

SEGUNDO: CONFÍRMESE la sentencia apelada en lo demás, según lo expuesto en los considerandos de esta providencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, por lo previamente señalado.

CUARTO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

El proyecto de esta providencia fue estudiado, discutido y aprobado por la Sala en sesión del día de hoy, según Acta Nº 132.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ