



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE Sala Segunda de Decisión Oral

Sincelejo Sucre, Dieciséis (16) de septiembre de dos mil quince (2015)

Magistrado ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-23-33-000-2015-00010-00
DEMANDANTE:	ITALIA ROSA BUELVAS MEZA
DEMANDADO:	UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO

Procede la Sala a dictar sentencia de primera instancia, dentro del presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, adelantado por **ITALIA ROSA BUELVAS MEZA**, contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"**, al no observar irregularidad alguna que afecte lo actuado, pues, fueron saneadas cada una de las etapas procesales del referido proceso.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

La señora **ITALIA ROSA BUELVAS MEZA**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP**, a fin de que se declare parcialmente la nulidad de la

¹ Ver folios 22-23 del expediente.

Resolución N° 20705 expedida por la Caja Nacional de Previsión Social, de fecha 14 de mayo de 2008, la cual reconoció una pensión de jubilación, efectiva a partir de 1° de agosto de 2007, condicionada a demostrar el retiro definitivo del servicio; la Nulidad de la Resolución N° 009032 del 26 de febrero de 2013, proferida por la Subdirectora de la UGPP, mediante la cual, negó la reliquidación de la pensión; y la Resolución N° RDP 020665 del 6 mayo de 2013, emitida por el Director de Pensiones de la entidad demandada, por el cual, resolvió el recurso de apelación, confirmando lo antes mencionado.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó el reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de vejez, teniendo en cuenta en su integridad, el artículo 7° del Decreto 929 de 1976, que ordena efectuar la liquidación, en el equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados, durante los últimos seis (6) meses de servicio, incluyendo las sextas partes del valor pagado de la totalidad de los factores salariales devengados como son: Sueldo Básico, Subsidio de Alimentación, Auxilio de Transporte, Auxilio de Movilización, Bonificación Especial (Quinquenio), Prima de Vacaciones, Prima de Servicios y prima de Navidad, a las que dice tener derecho, teniendo en cuenta los correspondientes incrementos anuales.

De igual manera, pidió que se condene a la entidad demandada a reconocer la indexación, sobre las mesadas o sumas dejadas de percibir, hasta la fecha en que, efectivamente, se produzca el pago.

Así mismo, indicó que se condene al demandado, al pago de los Interés Moratorios a que tiene lugar la actora, por el pago tardío del valor real de la Pensión de Jubilación.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos relevantes de la demanda²:

La señora ITALIA ROSA BUELVAS MEZA, manifestó, que prestó sus servicios en la Contraloría General de la República durante treinta y tres (33) años, desde el 28 de septiembre de 1976, hasta el 15 noviembre de 2012, siendo así que

² Ver folios 24-34 del expediente.

para el 27 de noviembre de 2006, adquirió su derecho a la pensión de jubilación, toda vez que nació el 27 de noviembre de 1956.

El 14 de mayo de 2008, mediante Resolución No. 20705, la Caja Nacional de Previsión Social, reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación, por cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley, efectiva a partir del 1º agosto de 2007, en cuantía de \$ 511.703.844.00, condicionada a demostrar el retiro definitivo del servicio.

La Subdirectora de Determinación de Derechos Pensionales y Contribuciones Parafiscales de la UGPP, mediante resolución N° 009032 de 26 febrero de 2013, negó la reliquidación de la pensión de jubilación. Ante la negativa de la entidad, la actora interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, el cual tuvo respuesta por parte del director de la UGPP, mediante Resolución N° 017511 de 18 abril de 2013 y Resolución N° 020665 de 6 mayo de 2013, confirmando lo dicho anteriormente.

Manifestó la actora, que el pago de la mesada pensional fue cancelado por el CONSORCIO FOPEP, por una cuantía de \$589.500.00, en el mes de julio de 2013.

Adujo, que de acuerdo a la certificación N° 0591, devengó los siguientes factores salariales: Sueldo Básico, Subsidio de Alimentación, Auxilio de Transporte, Auxilio de Movilización, Bonificación Especial, Prima de Vacaciones, Prima de Servicios, Prima de Navidad y Vacaciones³.

Por lo anterior, manifestó, que siendo beneficiaria del régimen de transición, estipulado en el art 36 de la Ley 100 de 1993, tiene derecho a que se reliquide su mesada pensional, teniendo en cuenta, los parámetros de liquidación de las disposiciones contenidas en el decreto 929 de 1976.

Aduce la accionante, que con la negativa relacionada, se violaron preceptos de orden Constitucional, tales como los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 25,

³ En los hechos de la demanda, no se indica para qué período.

29, 53, 58, 83, 90, 122, 123, 124 y 125 de la Constitución Política; y legales, como art. 36 de la Ley 100 de 1993, art. 7 del Decreto Ley 929 de 1976, art. 1 inciso 2 de la Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985, art. 45 Decreto 1045 de 1978 y art. 14 Decreto 48 de 1993.

Dentro del marco del concepto de violación de las normas anunciadas, sostuvo, que la Caja Nacional de Previsión Social vulneró el derecho a la igualdad y al debido proceso, puesto que debió liquidar la pensión de jubilación de la actora, atendiendo lo estipulado en el Decreto 929 de 1976 (art 7) y no conforme a la Ley 100 de 1993.

Como marco de referencia, mencionó algunos pronunciamientos emitidos por la corte Constitucional mediante sentencia T-487/05 y por el Consejo de Estado, de fecha 28 de junio de 2012 N° Radicado 25000-23-25-000-2008-01004-01(1614-11) y R N° 25000-23-25-000-2004-02752-02 (2383-06).

Sostuvo, que el acto emitido por Cajanal, desconoció su derecho a percibir una pensión de jubilación, bajo los parámetros del Decreto 929 de 1976 (art 7), régimen aplicable a los funcionarios de la Contraloría General de la República, que establece como requisitos para acceder a él, tener 55 años de edad para hombres y 50 para mujeres y cumplir 20 años de servicios, anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto, adicionando que por lo menos, 10 de los años laborados, hayan sido, exclusivamente, en la Contraloría General de la Republica, siendo así, tendría derecho a la pensión de jubilación, por un valor del 75% de los salarios devengados durante el último semestre.

1.3. Contestación de la demanda⁴.

La Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Parafiscal "UGPP", dentro de la oportunidad legal, a través de apoderado judicial, presentó escrito de contestación de la demanda, oponiéndose a las pretensiones, porque no tienen vocación de prosperidad, pues, el derecho se encuentra reconocido

⁴ Folios 100-108 del expediente.

y liquidado, frente a las normas que lo gobiernan; en cuanto a los hechos, preceptuó, que la mayoría eran ciertos y uno de ellos, no lo era, pues, la entidad había reconocido y liquidado la prestación, conforme a la normatividad legal aplicable al caso.

Como razones de defensa expuso, que el régimen de transición, tiene como propósito garantizar al pensionado, la aplicación de la normatividad pensional anterior que lo cobijaba, en aspectos relacionados con la edad, tiempo y monto; sin embargo, respecto al monto, no es posible aplicar el IBL, ya que éste se encuentra, expresamente, determinado en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo tanto, el término de seis (6) meses previstos en el Decreto 929 de 1976, no se puede tener como uno de los elementos a respetar, del régimen pensional de la Contraloría General de la República, en aplicación al régimen de transición.

Asimismo propuso las siguientes excepciones de mérito:

.- Presunción de legalidad de los actos administrativos expedido por la UGPP.

Argumentó que las resoluciones demandadas, fueron expedidas teniendo en cuenta las normas que regulan el asunto de la referencia, de conformidad con el régimen de transición, previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, teniendo en cuenta el Decreto 546 de 1971 y Decreto 929 de 1976, para los requisitos de edad, tiempo de servicio exigidos para pensionarse y monto pensional; sin embargo, para la fijación del IBL, se efectuó conforme a la Ley 100 de 1993, por expresa disposición, de modo que se acogieron los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994.

.- Presunción de Legalidad de los actos demandados: adujo que las resoluciones que se demandan en esta oportunidad, fueron expedidas bajo la correcta aplicación, de la normatividad que regula la situación jurídica particular, por lo tanto, deben permanecer vigentes, hasta tanto no sea desvirtuada la presunción de legalidad, a través del procedimiento judicial adecuado.

.- Inexistencia de la obligación: Señaló, que no es posible acceder a las pretensiones, ya que la demandante, se pensionó en virtud del régimen de transición, en vigencia de la Ley 100 de 1993, teniéndose en cuenta para el reconocimiento y liquidación de la mesada pensional, lo que dicha norma establece clara y expresamente, aplicándose al momento de dictaminar el IBL, los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994.

.- Buena Fe: La entidad demandada, actuó con amparo en lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes y los criterios jurisprudenciales emanados por la Honorable Corte Suprema de Justicia, sobre el tema. En tal sentido, no ha existido mala fe, en el trámite dado en sede administrativa, a las peticiones y hechos de que trata el asunto de la referencia.

.- Prescripción trienal: Sin que implique allanarse las pretensiones de la demanda, solicitó que se declare la prescripción trienal de las mesadas pensionales, contabilizado el término, desde el momento en que son exigibles, hasta su efectiva interrupción, de conformidad con el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

Por lo tanto, consideró, que todas las mesadas causadas con anterioridad a los tres (3) años que precedieron a la reclamación administrativa, esto es, el 31 de enero de 2013, se encuentran prescritas.

1.4.- Actuación Procesal.

La demanda se presentó el 22 de enero de 2015 (folio 37); sometida a reparto, su conocimiento se asignó al Despacho ponente, resultando que mediante auto del 2 de febrero de 2015 (folio 40 – 41), se admitió la misma.

Notificada tal providencia en debida forma (folios 42 – 45) y corrido el término de traslado correspondiente, el ente demandado, el 8 de mayo de 2015 (folios 90 – 98) contestó el libelo genitor, proponiendo excepciones de mérito, de las cuales se dio traslado, tal y como aparece a folio 111.

Posteriormente, mediante auto del 23 de julio de 2015, se señaló hora y fecha para llevar a cabo audiencia inicial (folios 112 – 113), decisión que, igualmente, fue debidamente notificada (folios 114 – 118).

1.5.- Alegatos de conclusión.

Demandante: En audiencia, reiteró lo señalado en la demanda y en su concepto de violación, solicitando se atienda las súplicas señaladas desde el libelo genitor.

Demandado: La UGPP, aceptando que la demandante se encuentra cobijada con el régimen de transición de que trata el art. 36 de la ley 100 de 1993, respecto al monto de liquidación de la pensión, señala, que no es posible aplicar el IBL en las condiciones requeridas por la demandante, ya que éste se encuentra, expresamente determinado en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo tanto, los actos administrativos demandados, lo que hicieron fue ajustarse a la normatividad vigente, consagrada en la ley mencionada y sus decretos reglamentarios.

Reiteró en consecuencia, lo señalado en la contestación de la demanda y pidió la aplicación del contenido de la sentencia SU – 230 de 2015, en tanto, adujo que regulaba el tema de manera clara, concluyendo, que debían negarse las pretensiones de la demanda.

Ministerio Público: Luego de hacer un recuento del régimen aplicable a la Contraloría General de la República, concluyó señalando que le asiste razón a la demandante, por ende, debe accederse a las súplicas de la demanda, tras considerar, que la misma se halla cobijada por el régimen de transición del art. 36 de la ley 100 de 1993 y que el IBL, debe aplicarse atendiendo los factores salarios percibidos en el último año de servicios, precisamente en aplicación del régimen de transición, que permite tener como vigentes, las normas especiales que rigen las pensiones de quienes laboraron en el ente de control fiscal.

2.- CONSIDERACIONES

2.1.- Competencia.

El Tribunal es competente, para conocer en Primera Instancia, de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 152 numeral 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad, que invalide lo actuado.

2.2.- Problema Jurídico.

Vistos los extremos de la litis y la fijación del litigio establecido en la etapa de audiencia inicial, para esta Sala, el problema jurídico a dilucidar estriba en determinar: ¿La señora ITALIA ROSA BUELVAS MESA, tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación, conforme al régimen de pensión especial, previsto para los empleados de la Contraloría General de la República, señalado en el Decreto 929 de 1976, esto es, con base al 75% del promedio de todos los factores salariales, devengados en el último semestre de servicios, liquidados en sextas partes de lo causado y efectivamente pagado?

Como planteamiento subsidiario, de resultar positiva la respuesta del anterior interrogante, resulta ¿Las mesadas causadas, están afectadas del fenómeno de prescripción extintiva?

2.3. Análisis de la Sala.

2.3.1.- El régimen de Transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, sus beneficios y su aplicación integral

El legislador colombiano, en su ejercicio regulador del régimen pensional, expidió la Ley 100 de 1993, "*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dicta otras disposiciones*", previendo, que debido a las

problemáticas temporales, que se suscitarían con la vigencia normativa, era menester consagrar un régimen de transición, consecuente con las garantías y derechos, de aquellas personas próximas a adquirir la prestación social, en comento.

Al efecto, el artículo 36 de la norma referenciada estipuló lo siguiente:

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

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

Como se observa, dicho artículo, permite el efecto en el tiempo, de normas anteriores a la entrada en vigencia de la nueva normatividad, en aras de hacer efectivo el respeto a derechos consolidados (Corte Constitucional. Sentencia T-168 de 2009 M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto).

En cuanto a los regímenes de transición, la Honorable Corte Constitucional, ha señalado⁷:

“El régimen laboral de transición consiste en el cumplimiento de condicionamientos que se establecen en una nueva ley, que modifica situaciones pre existentes, con el fin de proteger derechos adquiridos o en vía de adquisición, que de no haber sido promulgada la nueva ley, se verían beneficiados por la normatividad anterior, que resulta más favorable.

Respecto al régimen de transición en materia pensional concretamente, la Corte señaló en sentencia T-235 de 2002:

“La sustitución de una norma por otra exige la necesidad de un régimen de transición. La existencia de normas transitorias es

indispensable en la legislación sobre seguridad social en pensiones porque hay derechos en vía de adquisición.

Se trata de un derecho ex - lege porque nace de una norma que expresamente lo establece y que señala criterios razonables para gozar de la excepcionalidad.

Una vez entre en vigencia la norma que establece el régimen transitorio, las personas que reúnen los requisitos para adquirirlo consolidan una situación jurídica concreta que no puede ser menoscabada. Es además un auténtico derecho subjetivo que le da a su titular el derecho a que se le reconozca la prestación en las condiciones establecidas en la normatividad anterior y a acudir ante la jurisdicción en caso de incumplimiento.”

En materia de pensiones este régimen se encuentra reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual determina que se aplicará a las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones tuvieran 35 o más años de edad si son mujeres; 40 o más años de edad si son hombres; o 15 o más años de servicios cotizados, utilizándose para estos efectos el régimen anterior en cuanto a requisitos de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y monto de la pensión” (Resaltado fuera de texto).

Esa transición implica, la continuidad de los derechos pensionales establecidos, tanto en el régimen pensional general, aplicable a los servidores públicos, vinculados con anterioridad de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando reúnan los supuestos para hacerse beneficiario a esa premisa, esto es, Ley 33 de 1985, como, a aquéllos empleados, vinculados a entidades que tienen regímenes de pensión especiales, como sucede con los empleados pertenecientes a la Contraloría General de la República.

En efecto, para el caso de empleados públicos vinculados a la Contraloría General de la República, el régimen pensional aplicable se encuentra previsto en el Decreto 929 de 1976, señalando en el artículo 7º, lo siguiente:

“ARTÍCULO 7o. *Los funcionarios y empleados de la Contraloría General tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50 si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuo o discontinuo, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos diez lo hayan sido exclusivamente a la Contraloría General de la República a una*

pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre”.

En tal sentido, se estima que los empleados vinculados con la Contraloría General de la República, que tengan derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación, se les aplicarán, una vez se acredite los supuestos para beneficiarse de la transición que consagra el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, las reglas y los presupuestos establecidos en el Decreto 929 de 1976, relacionados con la edad, tiempo de servicio y monto, necesarios para obtener ese derecho prestacional, los cuales son:

- Tener la edad de 55 años edad, en el caso de los hombres y 50 años de edad si son mujeres.
- Ostentar 20 años de servicios continuos o discontinuos, de los cuales mínimo 10, debieron ser prestados de manera exclusiva a dicha entidad.
- El Monto de la pensión, será el equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último semestre de servicio.

El Honorable Consejo de Estado, refiriéndose al régimen de transición para los empleados públicos de la Contraloría General de la República, ha señalado⁵:

“Como corolario de lo anterior, la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en repetidas providencias ha concluido que resulta indiscutible que los servidores públicos de la Contraloría General de la República, por estar amparados por un régimen pensional que les es propio, no pueden estar supeditados a lo previsto en el régimen general para el reconocimiento y liquidación pensional, sino que los mismos se encuentran regulados en el artículo 7º del Decreto 929 de 1976 que determinó los requisitos fundamentales para obtener la pensión de jubilación de esos servidores (edad y tiempo de servicio) y con el 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre sin que sea un obstáculo para su inclusión la realización o no de aportes.”

⁵ Sentencia de 9 de abril de 2014, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, radicado 25000-23-25-000-2010-00014-01(1849-13), C. P. Dr. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.

El respeto y la continuidad de las reglas establecidas para reconocer y liquidar la pensión de jubilación, dentro de regímenes especiales, como el caso de la Contraloría General de la República, corresponde al principio de inescindibilidad de la ley, según el cual, las disposiciones que gobiernan una situación jurídica particular, deben ser aplicadas en su integridad, y no de manera fraccionada, de modo que deben garantizarse y conservarse, la totalidad de los derechos y premisas establecidas en aquella, por lo tanto, al momento de examinar la situación pensional de una persona, que sea beneficiaria del régimen de transición, debe aplicarse, íntegramente, los elementos establecidos en la norma anterior que lo rige, a efectos de acceder a dicha prestación, tales como, la edad, el tiempo de servicio y el monto.

Al respecto, el Honorable Consejo de Estado, ha precisado.

“No cabe ninguna duda para sostener entonces, que todas aquellas personas con vocación de ser cobijadas por los sistemas de transición en seguridad social por encontrarse dentro de los supuestos establecidos para tal efecto, pese a no disfrutar del derecho pleno de pensión, poseen derechos ciertos a que el decreto de su derecho pensional y el tratamiento de los demás elementos que se desligan de éste, respeten la oponibilidad de una situación jurídica consolidada.

Ahora, el principio de conservación de la norma más favorable y la condición más beneficiosa en el ámbito laboral, que hace parte de los principios fundamentales del derecho del trabajo (art. 53 C.P.), establece que una nueva norma de carácter laboral o pensional no puede disminuir las condiciones favorables existentes y concretadas al abrigo de un ordenamiento anterior, las que, en la medida en que benefician al trabajador, deben ser reconocidas y respetadas por las Leyes posteriores. Así, aquellas personas que cumplen las condiciones para eventualmente beneficiarse de un régimen de transición pueden confiar legítimamente en que dicho régimen sea conservado para regular los diversos aspectos de su situación particular, incluso si todavía no han cumplido las condiciones para acceder a la pensión misma, pues si en general es problemática constitucionalmente cualquier modificación regresiva de las regulaciones pensionales por virtud del principio de progresividad, con mayor razón son cuestionables constitucionalmente las modificaciones abruptas a un status legalmente reconocido, en desmedro de las razones

*sustanciales que justifican la configuración de un régimen de transición."*⁶

Los argumentos esbozados, permiten señalar, que los elementos pensionales, aplicables por vía transicional, son el tiempo de servicio, la edad y el monto de la pensión, frente a este último, también se incluye la forma de liquidación atendiendo los factores devengados.

2.3.2.- El Ingreso base de Liquidación de la Pensión de jubilación de los empleados de la Contraloría General de la República, beneficiarios del Régimen de Transición - factores salariales de liquidación.

El Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ha reiterado en sendas jurisprudencias, que de conformidad con el régimen de transición, aquellas personas cobijadas por el mismo y que sean servidoras de la Contraloría General de la República, tienen derecho a que su pensión, sea liquidada de conformidad con el artículo 7º del Decreto 929 de 1976, con miras a no vulnerar el principio de inescindibilidad, aplicación integral de la norma, igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, incluyendo todos los factores salariales devengados en los últimos seis (6) meses de servicio.

La anterior postura, ha sido un esfuerzo de elaboración, derivada de una línea jurisprudencial que con el tiempo se ha consolidado en el seno del Alto Tribunal Contencioso Administrativo, en la que se destaca entre otras, la sentencia de 11 de marzo de 2010, expediente 0091-09, con ponencia del Dr. LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO, en donde se señaló, que la liquidación del Ingreso Base de Liquidación (IBL), debe contener todos los factores salariales devengados por el trabajador, durante el último semestre de prestación de servicios, incluyendo todos aquellos enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, aplicable en virtud de la remisión prevista en el artículo 17 del Decreto 929 de 1976 y los previstos en el Decreto 720 de 1978, sin que ello implique el criterio de taxatividad, al momento de identificar y

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda. Sentencia del 4 de Agosto de 2010. Expediente 2533-07. C.P Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

aplicar los factores salariales, en la correspondiente liquidación de las mesadas pensionales. Sobre la particular posición, se dijo:

“De esta manera, siguiendo la pauta jurisprudencial anterior, concluye la Sala que debió la entidad liquidar la pensión de jubilación de la actora, observado la disposición especial del artículo 7º del Decreto 929 de 1976, incluyendo los factores salariales enunciados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, aplicable por la remisión que hizo el artículo 17 del primer decreto citado.

De manera que lo devengado en el último semestre, deberá tomarse para los efectos señalados incluyendo todos los factores percibidos y no tiene incidencia alguna el hecho de que no fueron objeto de aportes, porque el régimen de los empleados de la Contraloría no es el que pretende aplicar la demandada; además, porque no sería justo que fueran los beneficiarios los llamados a responder por los yerros de la administración, cuando omite su deber de efectuar los aportes que la ley ordena. De suerte que lo que procede es ordenar que la entidad demandada haga los descuentos a que haya lugar por este concepto, como bien lo dispuso el a quo.

(...)

En cuanto a los factores que debieron tenerse en cuenta para la liquidación de la prestación, la Sala precisa que son los enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, disposición que para los empleados de régimen especial de pensiones permanece vigente y aplicable al caso en estudio, por así autorizarlo el artículo 17 del Decreto 929 de 1976, que hizo extensivas las disposiciones del decreto 3135 de 1968 y las normas que lo modifican y adicionan a los empleados de la Contraloría General de la República, en cuanto no se opongan a dicho decreto ni a su finalidad. Igualmente aplica al caso el artículo 40 del Decreto 720 de 1978, que establece factores adicionales de salario, ordenamiento este último destinado a los servidores del ente fiscal.

(...)

Por otra parte, el Decreto 720 de 1978 por el cual se dictaron normas especiales para la Contraloría, dispuso en su artículo 40, lo siguiente

“DE OTROS FACTORES DE SALARIO. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos y del valor del trabajo suplementario o del realizado en días de descanso obligatorio, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

- a). *Los gastos de representación.*
- b). *La bonificación por servicios prestados.*
- c). *La prima técnica*
- d). *La prima de servicio anual*
- e). *Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión de servicio”.*

Quiere decir que estos factores se suman a los señalados en el Decreto 1045, por cuanto fue el mismo Decreto 929 de 1976 el que remitió específicamente a los factores del régimen general, de suerte que la expresión “además” consignada en la norma del Decreto 720 de 1978, da lugar a concluir que no hay taxatividad en el enunciado.

Por su parte, en cuanto al monto de la prestación, a más de incluirse los factores salariales devengados en el último semestre de prestación de servicios, debe liquidarse conforme a la sexta parte, de todos aquellos debidamente cancelados, en otras palabras, para efectos de liquidar la pensión de jubilación de los empleados de la Contraloría General de la República, beneficiarios del régimen de transición, debe tenerse en cuenta, todo lo devengado en una sexta parte, de cuyo resultado deberá extraerse el 75%.

Así lo considera el Alto Tribunal Contencioso Administrativo⁷:

*“Luego, si para el caso de la contraloría se liquida por el promedio de lo devengado en los 6 últimos meses, quiere decir que ya no puede hablarse de doceavas, **sino de sextas partes**, que corresponden a montos superiores, pues se trata de un régimen más favorable que el general”.*

⁷ Sentencia 11 de marzo de 2010. Expediente 0091-09. C. P. Dr. LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO.

En esa misma línea de pensamiento, esa Colegiatura dijo⁸:

*“En este sentido, fue acertada la decisión del a quo al ordenar reconocer, liquidar y pagar al demandante, el valor de la reliquidación de la pensión, a partir del 3 de diciembre de 2007, en un monto del 75% del promedio de la totalidad de los factores salariales devengados en el último semestre de servicios, siendo estos, la asignación básica, la bonificación por servicios prestados, la bonificación especial (quinquenio), la prima de vacaciones, la prima de servicios, y la prima de navidad, **de acuerdo a las sextas partes...**”*

Concluyéndose, que la pensión de jubilación regulada por el Decreto 929 de 1976, cuyo ámbito de aplicación es para los empleados de la Contraloría General de la República, se liquida **en cuantía del 75% del promedio de los factores salariales y demás sumas de dinero, que reciba el trabajador, como contraprestación directa de sus servicios, percibidos durante el último semestre de servicios, liquidadas en sextas partes**, con la precisión, que si existieran factores, sobre los cuales no se realizaron aportes, la entidad que reconoce la Pensión, deberá tenerlos en cuenta, pero realizará los descuentos a que haya lugar.

Ahora bien, consideración aparte merece la **bonificación especial**, denominada también como **quinquenio**, como factor salarial al momento de liquidar el derecho pensional de los empleados en comento, cuyo soporte normativo se encuentra en el artículo 23 del Decreto 929 de 1976, que señala:

“ARTÍCULO 23. Los funcionarios de la Contraloría General de la República, tendrán derecho al pago de una bonificación especial de un mes de remuneración por cada período de cinco años cumplidos al servicio de la institución a partir de la vigencia de este Decreto, durante el cual no se haya aplicado sanción disciplinaria, ni de ningún otro orden. El Contralor General de la República reglamentará la forma y cuantía de esta bonificación”.

La jurisprudencia contenciosa⁹ ha entendido esta erogación, como “una contraprestación especial, propia del régimen de los servidores del ente que

⁸ Sentencia 9 de abril de 2014. Expediente 1849-13. C. P. Dr. GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN.

⁹ Ibídem cita 6.

ejerce el control fiscal, frente al que, sin duda, quiso el legislador consagrar para sus empleados un ordenamiento esencialmente favorable, como una forma de exaltar la índole de la función pública encomendada; constituye también un estímulo y reconocimiento a la lealtad de quienes deciden permanecer a su servicio y a la cualificación que implica permanecer por años en el desempeño de cargos en el mismo ramo, lo que se traduce en eficiencia e idoneidad"; y justifica su inclusión, en la pensión de jubilación de los empleados cobijados bajo el régimen especial de la Contraloría General de la República, en el sentido que "son parte del antiguo sistema pensional y, por ello, no corresponden en manera alguna al sistema vigente, surgido de la Ley 100 de 1993, de tal modo que no es la generalidad de los pensionados la que va a gozar de ellas y, así mismo, es apenas lógico que la minoría de servidores del régimen pensional especial, que conservan su vigencia en razón de la transitoriedad y, por ello mismo, inmodificable para quienes están subsumidos en él, carecen de vocación para quebrar por ellos mismos al sistema pensional."

Al igual que los demás factores salariales, que deben ser atendidos al momento de obtener el monto pensional, su liquidación se efectúa atendiendo la sexta parte de lo efectivamente pagado, como lo sostiene el Alto Tribunal Contencioso Administrativo¹⁰:

"(ii) Con apoyo en el precedente también es oportuno puntualizar que, en todo caso, por este concepto sólo es dable incluir el último quinquenio causado y pagado efectivamente dentro de los seis (6) meses anteriores al retiro del servicio, periodo éste que es el que tiene incidencia en el monto de la pensión, o, dicho de otro modo, no se podría incluir por este tópico pagos que se hagan en dicho lapso pero que no correspondan al último quinquenio causado en 5 años. Dicha suma, a su turno, tal como se deriva de las pretensiones del accionante, debe fraccionarse en una sexta (1/6) parte".

En resumen, los empleados vinculados a la Contraloría General de la Nación, beneficiarios del régimen de transición, previsto en el artículo 36 del Ley 100 de 1993, siempre que reúnan los requisitos para obtener la pensión

¹⁰ Sentencia de 13 de julio de 2011, Sala Plena Sección Segunda, expediente 00677-00 (AC), C. P. Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

de jubilación, bajo los lineamientos del régimen especial previsto en el Decreto 929 de 1976, tienen derecho a que se aplique en su totalidad e integridad, las previsiones de esa normativa, en cuanto la edad, tiempo de servicio y monto pensional, por ende, que en la liquidación de las mesadas pensionales, se incluyan, además de los factores salariales que prevé el Decreto 1045 de 1978 y el Decreto 720 de 1978, la erogación laboral titulada bonificación especial, siempre que se acredite, que se haya devengado en los últimos seis meses de servicio, liquidada en sextas partes.

2.3.3.- Caso concreto.

Abordando el *sub examine* se evidencia, que la señora ITALIA ROSA BUELVAS MEZA, prestó sus servicios en la Contraloría General de República, de manera continua, desde el 30 de mayo de 1977, hasta el 15 de noviembre de 2012, teniendo como último cargo, Auxiliar Operativo, Nivel Asistencial, Grado 01, en la Gerencia Departamental de Sucre¹¹.

La señora ITALIA ROSA BUELVAS MEZA, obtuvo el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, mediante Resolución No. 20705 de 14 mayo de 2008, en cuantía de \$511.703,84, efectiva a partir del 1º de agosto de 2007, sujeta a la demostración del retiro definitivo del servicio¹². Posteriormente, solicitó reliquidación del derecho pensional, pero fue negado mediante Resolución RDP 009032 de febrero 23 de 2013 y confirmada en sede de reposición y apelación, a través de las Resoluciones RDP 017511 de abril 18 de 2013 y RDP020665 de mayo 06 de 2013, respectivamente.

En esa oportunidad, el acto inicial, reconoció la erogación pensional, atendiendo los beneficios del régimen de transición, en el sentido que aplicó para la actora, los lineamientos de edad, tiempo de servicios y monto previstos en el Decreto 546 de 1971 (sic), esto es, 50 años de edad, 20 años de servicios continuos de servicio y el 75% del promedio de lo devengado,

¹¹ Ver constancia de tiempo de servicio expedido por la Contraloría General de la República, visible en el archivo No. 6 del C.D de antecedentes, aportado por la demandada, como también ver Resolución No. 002907 de octubre 23 de 2012, por el cual se acepta una renuncia a partir del 16 de noviembre de 2012.

¹² Folios 2-6.

pero liquidó dicho monto, a efectos de determinar la mesada pensional, bajo los criterios de la Ley 100 de 1993, esto es, el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 10 años, incluyéndose como factor salarial, solo la asignación básica devengada mensualmente.

Al respecto, la Sala se percata que el acto de reconocimiento pensional, invocó erradamente la preceptiva pensional que aplica y gobierna a la demandante, bajo la égida de transición, ya que siendo empleada de la Contraloría General de la República, con más de 20 años de servicios continuos en la misma entidad¹³ y edad superior a cincuenta (50) años¹⁴, como lo anuncia dicha determinación administrativa, el régimen especial aplicable, es el contenido en el Decreto 929 de 1976 y no el Decreto 546 de 1971, señalado en la resolución pensional, como quiera que éste cobija a los empleados de la rama judicial.

Siendo así, no existe discusión en cuanto a si la actora tiene derecho o no, a que se le aplique el régimen de transición, en tanto dicha circunstancia, fue reconocida por la entidad pensional, en el mismo acto administrativo de reconocimiento pensional, haciéndose la precisión, que el régimen pensional especial anterior, aplicable a la demandante, es el previsto para los empleados de la Contraloría General de la República, previsto en el Decreto 929 de 1976 y no el Decreto 546 de 1971. Como tampoco existe disconformidad, con la edad, tiempo de servicio y monto (75%), como parámetros para obtener y liquidar la pensión.

No obstante, la contienda se centra en la forma de liquidación del monto de la mesada pensional, pues, la actora considera que se debe aplicar en su integridad, el Decreto 929 de 1976, esto es, el 75% del promedio de todo lo devengado en los últimos seis (6) meses de servicio, con la inclusión de todos los factores devengados, liquidados en sextas partes. Por el contrario, la UGPP estima, que la liquidación se efectuó conforme a la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1154 de 1994, ya que si bien la accionante, es beneficiaria del

¹³ Ver nota 11.

¹⁴ Cfr., por ejemplo cédula de ciudadanía, folio 11 y Archivo 5 CD antecedentes administrativos.

régimen de transición, el status pensional lo adquirió en vigencia del nuevo sistema general de pensión, luego, no es posible aplicar las directrices de liquidación del antiguo régimen pensional.

Visto los extremos de la litis y con fundamento en las consideraciones trazadas en los acápites que anteceden, la señora ITALIA ROSA BUELVAS MEZA, tiene derecho a que se liquide su mesada pensional, conforme el régimen especial que la cobija, esto es, el Decreto 929 de 1976, como quiera que el régimen de transición, implica la aplicación completa e íntegra de la norma pensional que le es más favorable, estando proscrita la posibilidad de fragmentar o dividir los supuestos pensionales, que establece el régimen especial, previsto para los empleados de la Contraloría General de la República, atendiendo la adquisición del status pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, toda vez que los principios de favorabilidad y condición más beneficiosa de la demandante, prevalecen y destruyen el de escindibilidad de las normas.

Así las cosas, la entidad demandada, no debe desconocer el privilegio y beneficio que le asiste a la señora ITALIA ROSA BUELVAS MEZA, de incluirse en la liquidación de su mesada pensional, todos los factores salariales devengados en el último semestre de servicio, conforme lo dispuesto en el Decreto 929 de 1976.

En esa medida, se percibe, que en el último semestre de servicios en la Contraloría General de la República, que corresponde al período que va desde el 15 mayo de 2012, hasta el 15 de noviembre de 2012, devengó las siguientes erogaciones salariales¹⁵:

¹⁵ Ver a folio 15 certificado No. 0591 de sueldos y factores salariales, fechado el 4 de abril de 2013, expedido por la Directora de Gestión de Talento Humano de la Contraloría General de la República.

FACTORES	PROMEDIO TOTAL DEVENGADO EN EL ÚLTIMO SEMESTRE
SUELDO	\$6.054.984
SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN	\$235.184
AUXILIO DE TRANSPORTE	\$357.080
AUXILIO DE MOVILIZACIÓN	\$714.160
BONIFICACIÓN ESPECIAL	\$9.296.455
PRIMA DE VACACIONES	\$1.521.369
PRIMA DE SERVICIOS	\$2.575.166
PRIMA DE NAVIDAD	\$1.903.659.
INDEMNIZACIÓN DE VACACIONES	\$641.929

Amén de lo anterior, estando amparada por el régimen de transición y con ello, ser beneficiaria de la totalidad de las previsiones consagradas en el Decreto 929 de 1976, la señora ITALIA ROSA BUELVA MEZA, tiene derecho a la reliquidación de la mesada pensional en cuantía del 75%, teniendo en cuenta los factores devengados durante los últimos seis (6) meses de servicio, donde se le incluya, a efectos de determinar el monto pensional, los siguientes emolumentos salariales: **i) asignación básica; ii) subsidio de alimentación; iii) auxilio de transporte; iv) auxilio de movilización; v) prima de vacaciones; vi) prima de servicios; vii) prima de navidad; y viii) bonificación especial.**

Si bien es cierto, que la demandante también devengó en los últimos seis meses de servicios, una indemnización de vacaciones, la misma no tiene el talante de factor salarial o prestacional, en tanto es considerado como un descanso remunerado para el empleado, de manera que no es posible de cómputo, a fin de determinar el monto pensional. Sobre el particular, el Honorable Consejo de Estado ha precisado *“que la compensación monetaria, que se otorga al trabajador cuando no disfruta de sus vacaciones, no puede servir de base salarial para liquidar la pensión de jubilación.”*¹⁶

¹⁶ Ibídem cita 9.

Además de ello, la liquidación del quantum pensional, aparte de incluir los factores mencionados, se debe efectuar en sextas partes de lo pagado, como ya lo ha señalado la jurisprudencia contenciosa administrativa, inclusive, con la inclusión del quinquenio o bonificación especial, que como se corroboró, fue realmente cancelado a la demandante en el último período de servicio – 6 meses antes de su retiro definitivo -.

En ese orden de ideas, dando respuesta al planteamiento jurídico medular propuesto, se tiene que la señora ITALIA ROSA BUELVAS MESA, tiene derecho a que la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL “UGPP”**, le reliquide y pague la pensión de jubilación, conforme al régimen de pensión especial, previsto para los empleados de la Contraloría General de la República, señalado en el Decreto 929 de 1976, aplicado en virtud del principio de integralidad y favorabilidad, que implica la aplicación total del régimen de transición, teniendo como base el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último semestre de servicios, esto es, incluyendo, asignación básica, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, auxilio de movilización, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad y bonificación especial, todos ellos liquidados en sextas partes de lo causado y efectivamente pagado.

De lo anterior se hace la salvedad, que sí sobre dichos factores no se han hecho aportes, la entidad podrá **compensarlos**, cuando realice el pago de las respectivas mesadas.

Por consiguiente, al acreditarse el derecho que le asiste a la demandante, por sustracción de materia, se tiene por no demostradas las excepciones de presunción de legalidad de los actos demandados, inexistencia de la obligación y buena fe.

En este punto, es pertinente anotar que con la presente decisión, este Tribunal **se aparta** del contenido de la sentencia SU – 230 de 2015, proferida por la Corte Constitucional, en tanto:

1. La motivación de la sentencia mencionada, se sustenta en buena parte, en lo sostenido en la sentencia C – 258 de 2013, que estudió la constitucionalidad del art. 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 y ciertos funcionarios de la Rama Judicial, el Ministerio Público y Órganos de control, como el Procurador General de la Nación, 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. Siendo así, no es posible extender los efectos de tal sentencia a casos como el tratado, en donde, la pensionada nunca ocupó, tales cargos.

Más aun, cuando la propia sentencia C – 258 de 2013, crea una sub regla del siguiente tenor:

*“4.1.1... En este orden de ideas, el análisis de constitucionalidad que se llevará a cabo en esta providencia se circunscribe al régimen pensional especial previsto en el precepto censurado, el cual es aplicable a los Congresistas y los demás servidores ya señalados. Por tanto, **en este fallo no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas**, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas, entre otros¹⁷. En consecuencia, lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados”.*

Siendo así, la manera de cómo interpretar el ingreso base de liquidación de las personas que gozan de régimen de transición, se limita a esos funcionarios, por lo que en este aspecto, tales argumentos serían la ratio

¹⁷ Estos se encuentran, entre otras disposiciones, en la Ley 32 de 1961, el Decreto 69 de 1973, los decretos 1282 y 1302 de 1994, la Ley 33 de 1985, el Decreto 1045 de 1978, el Decreto Ley 2661 de 1960, la Ley 6 de 1945, la Ley 22 de 1942, el Decreto 902 de 1969, el Decreto 546 de 1971 y el Decreto 1660 de 1978.

decidendi de la sentencia, por ende, frente a cualquier otra aplicación o argumentación que gire en torno al art. 36 de la ley 100 de 1993, la misma solo alcanzaría la condición de obiter dictum, dado que no es el fondo de la situación estudiada por la Corte, por ende, carecería de fuerza vinculante obligatoria, como ocurre en este caso.

2. 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 art. 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, lo cual, per se, no excluye otro tipo de interpretación en torno a dicha norma, pues de lo contrario, se borraría de un tajo la independencia como pilar de la función judicial.

3. 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 01 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, modificadorio del artículo 48 de la Carta Política, precisó en el parágrafo 1º que, “A partir del 31 de julio de 2010 no 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 1º, 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 de régimen de transición, se les aplica el régimen especial de pensiones y a su vez adquieren su derecho a la pensión (status 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.

4. 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 los 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 1998 (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 (OIT). 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 pensiones. De estos instrumentos y de la progresividad, se ha inferido un principio aplicable a la protección de los derechos en estudio, cual es la PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD, es decir, que no pueden existir medidas legislativas o interpretativas que vayan en contra de las conquistas de los trabajadores, normas internacionales que no hacen otra cosa que materializar el Estado Social de Derecho y sus fines (arts. 1 y 2 de la C. P.).

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de unificación del 12 de septiembre de 2014. C. P. Dr. GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN. Expediente No.: 25000-23-42-000-2013-00632-01 (1434 – 2014). Actor: Gladys Agudelo Ordoñez. Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Es por ello, que bien puede considerarse, que lo afirmado en la sentencia de la Corte Constitucional, es regresivo y debe ceder frente al bloque de convencionalidad y las interpretaciones progresivas sobre el tema.

5. Al menos, 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 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 legítima¹⁹, en todo el sentido de la palabra, especialmente si se considera que las autoridades, cualesquiera que ellas fueren, deben guardar coherencia en sus decisiones, legítima 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...”.*

¹⁹ 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”

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 constitucionalidad²⁰, 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 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...**”²¹.

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 derechos²².

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

²⁰ 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.

²¹ 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.

²² 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...”.

interpretación del principio de progresividad, como el que se dio en la Observación No 14 relativa al derecho a la salud²³ 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”²⁴.

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 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 1997²⁵ 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

²³ 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)”.

²⁴ Párrafo 32. Observación citada en la Sentencia C-671 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

²⁵ 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).

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 derechos²⁶.

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 derechos²⁷. Sobre esta presunción de inconstitucionalidad *prima facie* del retroceso en materia de derechos sociales se dijo en la Sentencia C-038 de 2004 que,

“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 2004²⁸ se empezó a sentar las bases de un “test de no regresividad”, para que el control de constitucionalidad sea más estricto²⁹. 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

²⁶ 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.

²⁷ Por ejemplo en la Sentencia C-251 de 1997 (F.j. 8), SU- 624 de 1999, C-1165 y 1489 de 2000 y C-671 de 2002.

²⁸ M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

²⁹ Negrillas fuera del texto.

derechos adquiridos; (ii) si se respetaron con la reforma los principios constitucionales del trabajo;³⁰ 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 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

³⁰ 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.

expectativas” o de “derechos adquiridos”³¹ y ha establecido una categoría intermedia de protección que denominó “expectativa legítima”³².

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.

Sobre este último aspecto, debe indicarse, que si la función de unificar las interpretaciones y criterios del ordenamiento jurídico, está confiada a los órganos de cierre de las instancias en las distintas especialidades de la jurisdicción³³ (baste con leer el art. 270 del CPACA), son estos criterios, los que deben prevalecer ante las distintas interpretaciones de la ley que puedan hacer otros operadores judiciales, materializando la igualdad jurídica y la confianza legítima que el propio Estado creó, amén de la aplicación de principios como el de in dubio pro operario y el de inescindibilidad normativa, donde la duda, de existir, que no lo es, debe interpretarse a favor del trabajador, sin quebrar el régimen laboral que le resulta aplicable.

De ahí que, si el Consejo de Estado, a través de sentencia de unificación, en la cual se tocó de manera particular, temas como el tratado, emitió pronunciamiento como órgano de cierre de la jurisdicción, corresponde a este Tribunal, aceptar su tesis, como lo ha venido haciendo, en respeto del llamado precedente vertical, emitido con autoridad legítima, al interior de procesos ordinarios que trataron aspectos como el aquí considerado y no por vía excepcional, que es la se constituye en sentencias como la ya mencionada SU – 230 de 2015, que deriva de un amparo de tutela y que como se dijo anteriormente, se aleja, incluso, de los supuestos que le sirven de soporte.

³¹ 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.

³² Corte Constitucional. Sentencia C – 228 de 2011.

³³ Así lo consideró la Corte Constitucional en sentencia C – 836 de 2001.

6. 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 acudir a efectuar un análisis similar, esto es, establecerse si pensiones como las de la accionante, afectan la sostenibilidad del sistema pensional, para lo cual, es evidente que ello sólo 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.

En conclusión, para esta Sala, en ejercicio de su independencia y autonomía, se inclina por aplicar en este caso, la posición del Consejo de Estado, desechando la de la Corte Constitucional, interpretando que el monto incluye el Ingreso Base de Liquidación de la pensión, el que se encuentra regido, para el caso, por las leyes 33 y 62 de 1985.

De la prescripción

La prescripción de los derechos laborales, concretamente los pensionales, para el caso de empleados públicos, se encuentra regulada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, que señala:

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

Al abordar el asunto de la referencia, acogiendo la preceptiva señalada, se tiene que la prescripción, sólo puede ser interrumpida por una sola vez, la cual vuelve a iniciar, una vez vencidos los tres (3) años posteriores a su interrupción, mediante derecho de petición.

Ahora bien, como quiera que la petición de reliquidación pensional, fue elevada el 2 de octubre de 2012³⁴ y la demanda fue presentada el 22 de enero de 2015³⁵, se colige que la prescripción fue interrumpida por primera vez, con la petición señalada y no con la presentación de la demanda, toda vez que ésta última, fue interpuesta dentro de los tres (3) años siguientes a la radicación de la solicitud de reliquidación pensional.

Y presentada la demanda el día 22 de enero de 2015, se estima, que sobre las mesadas pensionales de la actora, no ha operado el fenómeno de la prescripción extintiva de los derechos pensionales.

Por lo anterior, se declarará no probada la excepción de prescripción trienal, formulada por la UGPP.

En **resumen** de lo señalado, la señora ITALIA ROSA BUELVAS MEZA, tiene derecho a que se le reliquide la pensión vitalicia de jubilación, a partir del 16 de noviembre de 2012 –fecha de retiro definitivo del servicio-, teniendo como parámetros de liquidación, lo expuesto con antecedencia sobre las mesadas que se causaron, mes a mes, conforme la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el índice inicial, será el día en que en fue retirado del servicio y el índice final, corresponde al día en que se produzca el efectivo pago de la reliquidación.

3.- COSTAS PROCESALES

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, dispone, que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

³⁴ Ver parte considerativa de la Resolución No. RDP 009032 de 26 de febrero de 2013 folio 7.

³⁵ Folio 37.

En ese sentido, se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP.

4.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda Oral de Decisión del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRESE NO PROBADAS las excepciones de “*presunción de legalidad de los actos demandados, inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción trienal*”, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: DECLÁRESE la nulidad parcial de la Resolución No. 20705 de 14 de mayo de 2008 y la nulidad absoluta de las Resoluciones No. RDP 009032 de 26 de febrero de 2013, RDP 014511 de 18 de abril de 2013 y RDP 020665 de 6 de mayo de 2013, según las consideraciones planteadas.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL “UGPP** a que reliquide y pague la pensión de jubilación de la señora **ITALIA ROSA BUELVAS MEZA**, conforme al régimen de pensión especial, previsto para los empleados de la Contraloría General de la República, señalado en el Decreto 929 de 1976, teniendo como base el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último semestre de servicios, estos es, incluyendo, **asignación básica, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, auxilio de movilización, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, y bonificación especial (quinquenio)**, todos ellos liquidados en sextas partes de lo causado y efectivamente pagado.

CUARTO: ORDENAR la indexación de las mesadas pensionales, conforme la siguiente formula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el índice inicial, será el día en que en fue retirado del servicio y el índice final, corresponde al día en que se produzca el efectivo pago de la reliquidación.

QUINTO: DÉSE cumplimiento a esta sentencia, con observancia de lo dispuesto en los artículos 192 a 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Expídanse las copias del caso, para el cumplimiento de la misma.

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del C.G. del P

SÉPTIMO: EJECUTORIADA la presente providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

OCTAVO: DEVUÉLVASE el saldo de los gastos del proceso a la parte demandante, en caso de existir.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 00138/2015

Los magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS
(Ausente con permiso)

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ