



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**  
**Sala Segunda de Decisión Oral**

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

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

**RADICACIÓN:** 70-001-33-33-001-2014-00070-01  
**ACTOR:** JOSÉ DE LA CRUZ MONTES PACHECO  
**DEMANDADA:** UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE  
GESTIÓN PENSIONAL Y  
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE  
LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"  
**MEDIO DE CONTROL:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL  
DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 27 de febrero de 2015, proferida en audiencia inicial, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, accedió a las súplicas de la demanda.

**1. ANTECEDENTES:**

**1.1 Pretensiones<sup>1</sup>:**

El señor **JOSÉ DE LA CRUZ MONTES PACHECO**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control subjetivo de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"**, con el objeto de que se declare, la nulidad de la Resolución N° RDP 029330 de junio 26 de 2013,

---

<sup>1</sup> Ver folio 28-29 del cuaderno N° 1 de primera instancia.

mediante la cual negó el reconocimiento y pago de una reliquidación pensional y la Resolución N° RDP 036517 de agosto 12 de 2013, por medio de la cual, se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el acto inicial, conformándolo en todas sus partes; en consecuencia, solicitó a título de restablecimiento de derecho, se ordene la reliquidación de la pensión de vejez, con la inclusión de todos los factores salariales, devengados durante el último año de prestación de servicios del causante, efectiva a partir del 21 de enero de 1998.

De igual modo, se ordene liquidar y pagar las diferencias de las mesadas, considerando lo que se ha venido cancelando, por concepto de la pensión inicialmente reconocida y lo que se determine pagar, producto de la reliquidación estipulada en la sentencia judicial.

## **1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda<sup>2</sup>:**

La señora MARÍA TAMAR NADER DE MONTES, esposa del demandante, ostentaba la condición de pensionada por la UGPP, derecho que fue reconocido mediante Resolución N° 018756 de 8 de octubre de 1997, a partir del año 1996, en cuantía de \$156.438, incluyendo la asignación básica, la bonificación por servicios, los dominicales y festivos, dejándose por fuera, otros factores salariales y demás emolumentos devengados en el último año de servicio. Dicha pensión, fue posteriormente sustituida a favor del demandante, en razón de la muerte de la mencionada señora.

Agrega el demandante, que la pensión que le fue otorgada a la causante en ese tiempo, no debió liquidarse de esa forma, ya que para el 1° de abril de 1994, aquella contaba con más de 15 años de servicios, siendo así, beneficiaria del régimen de transición estipulado en la Ley 100 de 1993, en su art 36, razón por la cual, se le debían aplicar todos los factores salariales, como son: la asignación básica, la prima de servicios, la prima de navidad, el auxilio de alimentación, la bonificación por recreación, la prima de

---

<sup>2</sup> Ver folios 46-48 del cuaderno N° 1, de primera instancia. Subsanción de la demanda.

vacaciones, la bonificación por servicios prestados y los emolumentos devengados de su último año de servicio.

El demandante indicó, que contrajo matrimonio con la señora NADER DE MONTES el 27 de julio de 1958, conviviendo con ella desde entonces y de manera continua e ininterrumpida, hasta su fallecimiento el 11 de junio de 2012, situación que motivó a que se le reconociera pensión de sobrevivientes.

Posteriormente, el día 6 junio de 2013, señala, que radicó ante la entidad demandada, derecho de petición, solicitando la reliquidación de la pensión de sobrevivientes, conforme los parámetros de la Ley 33 y 62, ambas del 1985. Dicha solicitud fue resuelta negativamente, mediante Resolución N° RDP 029330 de fecha 26 de junio de 2013. Ante esa decisión, se interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto negativamente, mediante resolución N° RDP 036517 de agosto 12 de 2013, confirmando la decisión tomada anteriormente.

Señaló el accionante, que de los supuestos fácticos de la demanda se prevé, una violación a preceptos de orden constitucional (Arts.2,13, 25, y 58 de la Constitución Política de Colombia) y legal (Decreto 1045 de 1978, leyes 57 y 153 de 1887, Decreto 1848 DE 1969, Leyes 33 y 62 de 1985, artículo 36° y 288 de la Ley 100 de 1993, Decreto 1158 de 1994 y 2143 de 1995), toda vez, que la pensión de vejez, debió ser liquidada de conformidad con lo preceptuado en el art 36 (inciso 2º) de la Ley 100 de 1993, bajo los parámetros del régimen de transición, atendiendo los factores salariales y/o prestacionales relacionados en el Decreto 1045 de 1978.

### **1.3.- Sentencia impugnada<sup>3</sup>.**

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 27 de febrero de 2015, proferida en audiencia inicial, resolvió:

---

<sup>3</sup> Ver folios 109-118, del cuaderno N° 1 de primera instancia.

**“Primero: DECLÁRESE** probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada de las mesadas causadas con anterioridad al 6 de junio de 2010, por las razones expuestas en esta providencia.

**Segundo: DECLÁRESE** la nulidad Resolución N° RDP 029330 de fecha 26 de junio de 2013, mediante la cual se niega la reliquidación de una pensión de jubilación Post-Mortem y de la Resolución N° RDP 036517 de fecha de 12 agosto de 2013, que resolvió un recurso de apelación, confirmado la resolución anterior.

**Tercero:** Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social-UGPP, procederá a reliquidar la pensión de jubilación post-mortem al señor José de la Cruz Montes Pacheco, identificado con cedula de ciudadanía N°1545743 de ayapel(córdoba), en cuantía del 75% de la asignación más elevada incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados por esté, durante el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro(1997-1998), como son bonificación por recreación, prima de servicio, prima de vacaciones y prima de navidad(...)”

Como argumento de su decisión, el juez A-quo, tomó como base, las jurisprudencias expuestas por el Consejo de Estado, referente a los elementos que integran el régimen de transición en pensiones como esta, la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión, incluyendo también, los factores salariales y el ingreso base de liquidación, por tratarse de un empleado público.

Para el caso concreto adujo, que la causante es beneficiaria del régimen de transición, ya que al momento de entrar en rigor la ley 100 de 1993, ésta contaba con 53 años de edad, por lo cual su régimen aplicable, es la Ley 33 de 1985, debiéndose aplicar, dentro de su liquidación, todos los factores salariales devengados por la señora NADER DE MONTES, en el último año de servicios, habida cuenta, que el listado de factores del Decreto 1045 de 1978 y la Ley 62 de 1985, no es taxativo, sino meramente enunciativo.

Por lo anterior, el juez de primera instancia indicó, que el demandante, tiene derecho a su reliquidación de la pensión de vejez, incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios de la causante, como son la asignación básica, la prima de servicios, la

bonificación por recreación, la prima de vacaciones y la prima de navidad. Además, la reliquidación de la pensión post-mortem, debe liquidarse en cuantía del 75% de la asignación más elevada.

#### **1.4.- El recurso<sup>4</sup>**

Inconforme con la decisión de primer grado, la demandada, **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"**, impugnó la sentencia de primera instancia, a fin que sea revisada.

Manifestó, que la decisión de primera instancia debe ser revocada, ya que, al momento de liquidar la pensión de la causante, se aplicaron de acuerdo a derecho, todas las disposiciones que estaban vigentes, como es la ley 100 de 1993. Además los factores que se deben de tener en cuenta para su liquidación, son los estipulados en la ley 100 de 1993 y no los contemplados en el decreto 1045 de 1978. Así mismo, dijo, se evidencia que la entidad, actuó en derecho y aplicó los factores que de forma taxativa, se encuentran en el Decreto 1158 de 1994.

Además, mencionó su inconformidad con la condena en costas que le fue fijada, pues, el art 392 del Código General del Proceso, señala cuales son los procesos en los que se realiza la declaratoria de costas, lo cual, el A-quo, a la hora de dictar la sentencia, no argumentó de fondo, por lo tanto, no se dio una explicación razonable, del por qué se aplica dicha sanción.

Por lo anterior, solicitó que se revoque la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo de fecha 27 de febrero de 2015 y en consecuencia, se absuelva a esta entidad, de las condenas impuestas.

---

<sup>4</sup> Folios 128-131 del cuaderno de primera instancia.

### **1.5.- Trámite procesal en segunda instancia.**

- En auto de 1º de junio de 2015, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia de 27 de febrero de 2015<sup>5</sup>.
- Mediante auto de 30 de junio de 2015, se ordenó el traslado de alegatos a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo<sup>6</sup>.
- Las partes dentro del proceso, no presentaron alegatos de conclusión.
- El Ministerio Público no rindió concepto alguno.

## **2.- CONSIDERACIONES**

### **2.1. Competencia.**

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente, para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

### **2.2. Problema Jurídico.**

Los problemas jurídicos a desatar en esta segunda instancia, se circunscriben en determinar:

¿Hay lugar a la reliquidación de la pensión de jubilación postmortem, al demandante, incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios?

---

<sup>5</sup> Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

<sup>6</sup> Folio 14, cuaderno de segunda instancia.

¿Qué régimen rige en la condena por concepto de costas y agencias en derecho, dentro de los procesos contenciosos administrativos?

Donde es pertinente aclarar, que el problema jurídico considerado, surge de los argumentos del recurso de apelación, presentado por la parte accionada, siendo coherentes con el principio de la *no reformatio in pejus* y en tratándose de apelante único<sup>7</sup>.

### **2.3.- Análisis de la Sala.**

#### **2.3.1.- El Ingreso base de Liquidación de la Pensión de jubilación de los empleados del sector público, 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, tienen derecho a que su pensión sea liquidada de conformidad con el artículo 3º de la ley 33 de 1985,

---

<sup>7</sup> Sobre los límites del recurso de apelación ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 20 de mayo de 2010. Expediente con radicación interna 3712-04. C.P Dr. Víctor Antonio Alvarado Ardila. Donde se indicó: *"Según lo establecido en el artículo 357 del C.P.C., aplicable por expresa remisión del artículo 267 del C.C.A., el recurso de apelación se entiende interpuesto en lo desfavorable al apelante, por lo cual el superior, en principio, no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del mismo. Al respecto, esta Corporación en sentencia de 5 de julio de 2007 expresó: "Ahora, entrando al fondo del asunto, debe recordarse que esta Sección ha reiterado que en el recurso de apelación, cuya sustentación es obligatoria, so pena de declararse desierto, la competencia de la Corporación está restringida a los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente contra la providencia objeto del recurso y que se relacionen, desde luego, con las causales de nulidad planteadas en la demanda, o con las consideraciones que sirvieron de sustento al Tribunal para dictar la sentencia. En consecuencia, la Sala estudiará los puntos sobre los cuales alegó la parte apelante en la sustentación del recurso, según se vio anteriormente.".* Ahora bien, los motivos de inconformidad planteados mediante el recurso de apelación deben guardar correspondencia con el fallo recurrido, esto es, con las consideraciones expuestas por el juez de primera instancia que determinaron una decisión total o parcialmente adversa a los intereses de quien apela. La sentencia proferida por el juez de lo contencioso administrativo, a su turno, debe ser motivada y resolver todos los puntos objeto de controversia formulados por las partes demandante y demandada dentro de la oportunidad procesal respectiva. En este sentido, a la luz de lo establecido en el artículo 170 del C.C.A., debe concluirse que la sentencia proferida por el juez de lo contencioso administrativo no puede ser *infra*, *extra* o *ultra petita*, sino, en virtud de la naturaleza predominantemente rogada de la jurisdicción, sujetarse a todos y cada uno de los aspectos sometidos a su decisión".

modificado a su vez por el artículo 1º de la Ley 65 de la misma anualidad, 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.

La anterior postura, ha sido un esfuerzo de elaboración, derivada de una línea jurisprudencial sólida, en la que se destaca entre otras, la sentencia de 4 de agosto de 2010, expediente 012-2009, con ponencia del Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, en donde además se concertó, que la liquidación del Ingreso Base de Liquidación (IBL), debe contener, a más de la asignación básica, aquellos conceptos devengados por el trabajador, durante el último año de prestación de servicios, excluyéndose, la taxatividad que imperaba, en ciertos fallos judiciales sobre el tema.

En sentencia del 3 de febrero de 2011, expediente 0670-10. C. P. Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, el Honorable Consejo de Estado, recalcó:

*“Como ha quedado expuesto, la norma jurídica anterior a la Ley 100 de 1993 aplicable en el sub júdice, para establecer el monto del derecho pensional del actor, es la Ley 33 de 1985.*

*Esta disposición, en su artículo 3º, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, estableció la forma como se liquidaría la pensión de jubilación...*

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

*Entonces, ante las diversas interpretaciones esbozadas en la materia, la Sala Plena de esta Sección, mediante Sentencia de 4 de agosto de 2010, con ponencia del suscrito, retomó el análisis del ingreso base de liquidación pensional cuando se trata de aplicar el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley*

62 de la misma anualidad, para lo cual realizó exhaustivos debates apoyándose en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, arribando a la conclusión que con el fin de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la referida norma no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, **sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.**

Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación de su prestación **incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicio**, esto es, entre el 8 de octubre de 1997 y el 8 de octubre de 1998. (Negritas fuera del texto original)

Siendo ello así, el accionante tiene derecho a que su prestación se liquide con inclusión de la asignación básica mensual, prima técnica, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones, tal como lo ordenó el A quo<sup>8</sup>.

Concluyéndose, que la pensión de jubilación, regulada por la ley 33 de 1985, 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 año de servicios y que sirvieron de base para realizar los aportes**, pero 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, como lo sostiene el Consejo de Estado<sup>9</sup>, el ordenamiento jurídico prescribe, que la **bonificación por recreación**, no constituye factor salarial para efectos prestacionales, por lo cual, no puede accederse en este aspecto, a la petición del demandante. Adicionalmente, tampoco puede perderse de vista, que el objeto de dicho reconocimiento, no es

---

<sup>8</sup> Ver entre otras Consejo de Estado; Expediente 0516-08, C. P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero; Expediente 0287-10. C. P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez; Expediente 1520-10. C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Ver a su vez Sentencia del 20 de marzo de 2013. Expediente 0341-12. C.P Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, donde se reitera el marco jurisprudencial consolidado desde la sentencia mencionada.

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sub Sección B. Sentencia del 3 de febrero de 2011. C. P.: Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Radicación número: 250002325000200701044 01(0670-2010). Actor: LUÍS ÁNGEL HERNÁNDEZ SABOGAL. Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, I.S.S.

remunerar directamente la prestación del servicio del empleado, sino, por el contrario, contribuir en el adecuado desarrollo de uno de los aspectos de la vida del mismo, como lo es la recreación; razón por la cual, es válido afirmar, que esta es una prestación social y en consecuencia, no puede ser incluida, como factor para la liquidación de la pensión, máxime si el legislador así lo estableció expresamente.

### **2.3.2.- De la condena en costas y el régimen objetivo implementado con el artículo 188 de la ley 1437 de 2011- Poder configurativo del legislador en asuntos procesales.**

Se entiende por costas *“la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable y comprende, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó y a la que le deben ser reintegradas”*<sup>10</sup>.

Por lo tanto las costas procesales se traducen en una medida desventajosa para aquel que fue vencido en un procedimiento judicial, en beneficio de aquel que resulta vencedor en la receptación de sus apreciaciones de hecho y de derecho, entorno al litigio desatado.

En materia contenciosa administrativa, el tema de las costas procesales no ha sido del todo pacífico, debido a la naturaleza propia de esta área del derecho, en específico de los individuos e intereses que se encuentran en riesgo.

Al efecto el Alto Tribunal Constitucional en Sentencia C-043 de 2004, realizó un estudio completo del tema, al resolver la controversia suscitada con la aplicación del artículo 171 del Decreto 01 de 1984 antiguo Código Contencioso Administrativo y el régimen subjetivo en materia de costas procesales.

---

<sup>10</sup> LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil General*. Tomo I. Editorial Duprés. Bogotá-Colombia 2009.

En dicha decisión judicial la Corte Constitucional abarca la exequibilidad de la norma en comentó, estableciendo los regímenes que han gobernado la tasación de las costas procesales a lo largo de nuestra historia legislativa, destacando un régimen subjetivo derivado del comportamiento del vencido y un régimen objetivo caracterizado por el solo hecho de ser vencido<sup>11</sup>, resaltando una variedad interpretativa en materia contenciosa administrativa que dependía de la conducta desplegada por las partes y del tema abordado (nulidad, reparación, contractual, etc.)

Ahora bien, la Ley 1437 de 2011, derogó las disposiciones contenidas en el Decreto 01 de 1984, y en materia de costas procesales, en su artículo 188 estableció:

**“Artículo 188. Condena en costas.** *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 de Procedimiento Civil”.*

Por consiguiente, del estudio de la norma se observa, la configuración de un régimen de carácter objetivo, el cual desde su verbo rector “dispondrá”, que según su significado es “colocar, poner algo en orden y situación conveniente/ mandar lo que ha de hacerse”<sup>12</sup>, existe una tasación de la condena, con su respectiva liquidación y ejecución, de conformidad con la remisión efectuada al Código General del Proceso<sup>13</sup>, el cual no determina una condición subjetiva, para la materialización de las erogaciones procesales en estudio, pregonándose por un régimen objetivo propio de dicha jurisdicción, existiendo solo una exclusión de las costas cuando el asunto sea de interés público<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Propio de este régimen es el dispuesto por el Código de Procedimiento Civil en sus artículos 392 y siguientes.

<sup>12</sup> <http://www.rae.es/drae/srv/search?id=IwJvh1m1PDXX2G9DnACY>.

<sup>13</sup> Código de Procedimiento Civil, Artículo 392 numeral 1º reza: “Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto.”

<sup>14</sup> Inciso 2º artículo 361 del CGP. “Las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente, de conformidad con lo señalado en los artículos siguientes”.

Considerándose en últimas, que bajo los argumentos del poder configurativo del legislador en asuntos procesales<sup>15</sup>, la determinación de condenar en costas bajo un régimen objetivo en materia contenciosa administrativa, es procedente bajo la nueva redacción normativa consignada en el artículo 188 de la ley 1437 de 2011, siendo un imperativo para el juez, conforme el artículo 192 del CPACA.

### **2.3.3. Caso concreto.**

Aterrizando al caso concreto, se tiene que la controversia jurídica, se centra en los factores, que deben tenerse en cuenta, en la reliquidación de la pensión post mortem del señor JOSÉ DE LA CRUZ MONTES PACHECO, bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985.

Al efecto, la inconformidad no se centra en el régimen pensional a aplicar, sino en la interpretación normativa, sobre los factores salariales a tener en cuenta, para efectos de determinar el Ingreso Base de Liquidación, donde la parte demandada, recurre a un criterio de taxatividad, consignado en el Decreto 1158 de 1994.

No obstante, como bien se deja sentado en apartes precedentes, la jurisprudencia ha reiterado de manera clara y precisa, que los factores que sirven de sustento a la liquidación de la mesada pensional, consignados en la ley, son meramente enunciativos, por lo cual, el ingreso base de liquidación, debe ser dado por aquellas sumas que percibe el trabajador, de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, ***independientemente de la denominación que le sean dadas.***

Por lo tanto, verificado el caso puesto a consideración, la Sala considera, que la decisión de primera instancia debe ser confirmada, en razón a que, muy a pesar que la pensión de jubilación reconocida a la señora MARÍA TAMAR NADER DE MONTES (Q.E.P.D.), sustituida a su cónyuge, demandante

---

<sup>15</sup> Ver entre otras. Corte Constitucional. Sentencia C-632 de 2012. P Dr. Mauricio González Cuervo.

en esta oportunidad, JOSÉ DE LA CRUZ MONTES PACHECO, se efectuó bajo parámetros de la ley 33 de 1985 – según se avizora en las consideraciones de la resolución de reconocimiento -, la interpretación dada en cuanto a los factores a tener en cuenta, a la hora de liquidar la misma, no es la coherente, con la línea jurisprudencial esbozada.

De allí que, considerando, que a folio 2 del cuaderno de primera instancia, se observa certificación de fecha 1 de marzo de 2013 suscrita por la Oficina de Recursos Humanos del Hospital Universitario de Sincelejo, en las que se señalan, que en el último año de servicio (1997-1998 año del retiro definitivo el servicio), la señora MARÍA TAMAR NADER DE MONTES, devengó, además de su asignación básica, los siguientes factores salariales y sumas de dinero: **prima de servicio, prima de navidad, auxilio de alimentación, bonificación especial de recreación, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, Domingos y festivos.**

De los factores devengados en el último año de servicios, a más de la asignación básica, bonificación por servicios prestados y bonificación por dominicales y festivos, que fueron incluidos en el acto administrativo de reconocimiento a la difunta MARIA TAMAR NADER DE MONTES (Resolución No. 018756 de octubre 8 de 1997), deben incluirse los siguientes factores como IBL, a fin liquidar la pensión de jubilación postmortem reconocida a su conyugue, saber: prima de servicios<sup>16</sup>, prima de navidad, **auxilio de alimentación**<sup>17</sup> y prima de vacaciones, excluyéndose la **bonificación especial de recreación**, conforme lo expuesto en el acápite que antecede.

En razón de lo antes anotado, esta Colegiatura considera, que acertó el Juez A quo, al declarar la nulidad de los actos administrativos acusados

---

<sup>16</sup> Cuyo reconocimiento y pago es viable, al considerarse que la difunta señora MARÍA TAMAR NADER DE MONTES, laboraba para el sector salud, siendo cobijada por el art. 17 de la ley 10 de 1990.

<sup>17</sup> Si bien es cierto, la primera instancia, en providencia del 6 de abril de 2015, negó por extemporánea la adición de la sentencia, respecto del factor en comento, lo cierto es que bien puede considerarlo la segunda instancia, en tratándose de asuntos laborales, donde se permiten los fallos ultra y extra petita, cuando el debate si ha tocado el tema, como en el presente caso.

(entendido este concepto, en los términos antes señalados), en lo que respecta a la reliquidación pensional, toda vez que los mismos, no tuvieron en cuenta lo dispuesto por la ley 33 de 1985, interpretada conforme la línea jurisprudencial descrita, en donde la pensión, debió ser liquidada **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 año de servicios y que sirvieron de base para realizar los aportes.**

Sin embargo, la Sala nota que la decisión en alzada, en la reliquidación pensional ordenada, ordenó incluir la bonificación por recreación como factor salarial, estipulación que en criterio de este Tribunal, no es procedente, toda vez que dicho emolumento, no puede calificarse como derecho salarial, tal como se esbozó en líneas anteriores, de modo, que en ese sentido será modificada la sentencia apelada.

De otro lado, en consideración a la condena en costas y agencias en derecho impuesta por el A quo, se estima que la misma corresponde a un régimen objetivo, conforme al novedoso parámetro establecido en el artículo 188 del CPACA, de modo que, por el solo hecho de haber prosperado en su totalidad, las pretensiones de la demanda y por tanto, resultar vencido en el proceso, la UGPP demandada debe soportar la carga impositiva de asumir las costas y agencias en derecho, que el juez considere, en consecuencia, al estar dicha imposición de esa carga, dentro de un régimen objetivo y estar en cabeza, en este caso, del vencido en la controversia, el juez no tiene la necesidad de realizar mayores elucubraciones, en donde se analicen las circunstancias subjetivas del vencido procesalmente, para detectar la procedencia o no de esa carga. En consecuencia, se tendrá por no próspero, el cargo esbozado en el recurso de alzada, tendiente a que se le exonere a la demandada, de la condena en costas impuesta por el A quo.

En ese orden, dando respuesta al primer planteamiento jurídico propuesto, se avizora que la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL**

**Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL “UGPP**, debe liquidar la pensión de jubilación postmortem del demandante, incluyendo además de la asignación básica, los factores salariales devengados en el último año de servicios (considerado este, como aquel laborado por la difunta MARÍA TAMAR NADER DE MONTES), no solo aquellos que ya hubiesen sido reconocidos, con la salvedad que, sí sobre dichos factores no se han hecho aportes, la entidad podrá **compensarlos**, cuando realice el pago de las respectivas mesadas, excluyéndose la **bonificación especial de recreación e incluyéndose el subsidio de alimentación**, conforme lo dicho.

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 otros<sup>18</sup>. 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 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:

---

<sup>18</sup> 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 1975, 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.

*“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 párrafo 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”<sup>19</sup>.*

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

---

<sup>19</sup> 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.

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.).

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 legítima<sup>20</sup>, en todo el

---

<sup>20</sup> 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"

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...”.*

**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<sup>21</sup>, 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...**”<sup>22</sup>.*

---

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> 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.

**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<sup>23</sup>.

**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<sup>24</sup> 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”<sup>25</sup>.

**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

---

<sup>23</sup> 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...”.

<sup>24</sup> 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)”.

<sup>25</sup> Párrafo 32. Observación citada en la Sentencia C-671 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

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<sup>26</sup> 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<sup>27</sup>.

**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<sup>28</sup>. Sobre esta presunción de inconstitucionalidad prima facie del retroceso en materia de derechos sociales se dijo en la Sentencia C-038 de 2004 que,

---

<sup>26</sup> 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).

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> 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.

“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<sup>29</sup> se empezó a sentar las bases de un “test de no regresividad”, para que el control de constitucionalidad sea más estricto<sup>30</sup>. 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;<sup>31</sup> 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

---

<sup>29</sup> M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

<sup>30</sup> Negrillas fuera del texto.

<sup>31</sup> 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.

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 expectativas" o de "derechos adquiridos"<sup>32</sup> y ha establecido una categoría intermedia de protección que denominó "expectativa legítima"<sup>33</sup>.

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

---

<sup>32</sup> 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](http://www.dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=2&id_publicacion=180).

<sup>33</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 228 de 2011.

jurisdicción<sup>34</sup> (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.

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.

---

<sup>34</sup> Así lo consideró la Corte Constitucional en sentencia C – 836 de 2001.

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.

### **3.- CONDENA EN COSTAS - SEGUNDA INSTANCIA.**

En virtud de lo anterior y siendo consecuentes con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del CGP, no se condena en costas a las partes, toda vez que su recurso de alzada, prosperó parcialmente.

### **4.- DECISIÓN**

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

#### **FALLA:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia del 27 de febrero de 2015, proferida en audiencia inicial, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, en el sentido de **excluir** la bonificación por recreación, como factor para reliquidar la pensión de jubilación postmortem del actor e **incluir** el subsidio de alimentación.

Se **CONFIRMA** la sentencia recurrida, en lo restante.

**SEGUNDO:** No se **CONDENA** en costas de segunda instancia a la entidad demandada toda vez que el recurso prosperó parcialmente.

**TERCERO:** Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

**NOTIFIQUÉSE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

Estudiado y aprobado en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 0133/2015

Los Magistrados,

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**LUIS CARLOS ALZATE RÍOS**

**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**