



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, tres (3) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-005-2013-00247-01
ACTOR: EDITH MARÍA LÓPEZ CÁRDENAS
DEMANDADA: UNIDAD ADMINISTRATIVA
ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES
PARAFISCALES - UGPP
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia del 30 de junio de 2015, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se concedió a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1.- Pretensiones¹:

La señora **EDITH MARÍA LÓPEZ CÁRDENAS**, 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 los actos administrativos contenidos en las Resoluciones No. RDP 011955

¹ Folio 3 del cuaderno de primera instancia.

del 12 de marzo de 2013 y No. RDP 024711 del 29 de mayo de 2013, por medio de las cuales, se negó la reliquidación de la pensión de jubilación.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó la actora, se condene a la UGPP a reconocerle y pagarle la reliquidación de la pensión, con la inclusión de todos los factores salariales, devengados en el último año de servicios, esto es, entre el 1º de julio de 2006 y el 30 de junio de 2007, de conformidad con las Leyes 33 y 62 de 1985 y la jurisprudencia de Unificación del Consejo de Estado de agosto 4 de 2010.

Se ordene a la UGPP, reconocer y pagar en forma retroactiva a la actora, la reliquidación a partir del 30 de junio de 2007 y que dicha entidad, dé cumplimiento a la sentencia, dentro del término de establecido en el artículo 192 del C. P. A. C. A. y pague la condena, de conformidad con lo previsto en el artículo 195 ibídem, aplicando los ajustes de valor (indexación), desde la fecha en que se reconoció la pensión, hasta cuando se haga efectivo el respectivo pago.

1.2.- Hechos de la demanda²:

La señora Edith María López Cárdenas, nació el día 16 de octubre de 1949 y se desempeñó como servidora pública en el Departamento de Sucre, durante el periodo comprendido entre el 14 de octubre de 1970 y el 18 de mayo de 2005.

La demandante, al cumplir con las exigencias legales, solicitó a CAJANAL, el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación.

² Folios 1 - 2 del cuaderno de primera instancia.

Mediante Resolución N° 28083 del 10 de junio de 2006, CAJANAL reconoció y ordenó el pago de la pensión a favor de la actora, con efectividad a partir del 19 de mayo de 2005.

En dicha resolución, se aceptó, expresamente, que la señora López Cárdenas, cumplió el status jurídico de pensionada el 16 de octubre de 2004; y se le liquidó la pensión, teniendo en cuenta, únicamente, la asignación básica y la prima de antigüedad de los años 1994 y 1995.

Igualmente, se reconoció expresamente, que la demandante era beneficiaria del régimen de transición y adicionalmente, que su prestación se reconocía con fundamento en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Refirió la actora, que además de la asignación básica, devengó entre el 19 de mayo de 2004 y el 19 de mayo de 2005, otros factores salariales, como prima de alimentación, horas extras, prima de vacaciones y prima de navidad. Y fue retirada en forma definitiva del servicio, el día 1° de julio de 2007, mediante Resolución N° 0441 del 26 de Octubre de 2007.

Mediante petición radicada el día 29 de enero de 2013, la demandante solicitó la reliquidación de su pensión, con la inclusión de todos los factores salariales, devengados en el año anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionada, sin embargo, la UGPP, mediante Resolución No. RDP 011955 del 12 de marzo de 2013, negó dicha reliquidación.

Contra la anterior decisión, la actora interpuso recurso de apelación el día 7 de mayo de 2013, el cual fue resuelto mediante Resolución N° RDP 024711 de mayo 29 de 2013.

Como **soporte jurídico** de su pretensión, alega como violadas, normas de orden constitucional (Arts. 2, 13, 16, 25, 29, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución Política de Colombia); y legal (Decreto 2266 de 1979, Ley 91 de 1989; Ley 4 de 1992; ley 60 de 1993; ley 115 de 1994, Leyes 33 y 62 de 1985, Artículo 102 de la Ley 1437 de 2011).

Concepto de la violación: Para la parte actora, el acto acusado vulnera las citadas normas de carácter constitucional y legal, toda vez que considera, tiene derecho a que se le reliquide su pensión, incluyendo todos los factores salariales, devengados durante el último año de servicios, siéndole aplicable lo dispuesto en las leyes 33 y 62 de 1985.

1.3. Contestación de la UGPP³.

La entidad demandada, luego de aceptar como ciertos algunos hechos de la demanda, se opuso a las pretensiones, formulando como excepción de mérito, la siguiente:

- **Inaplicabilidad del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, respecto de elementos pensionales distintos a la edad, tiempo de servicio y monto de pensión.**

Señaló, que el régimen de transición, se erigía como un mecanismo intermedio, entre una reglamentación pensional

³ Folios 81 - 89, cuaderno No. 1 de Primera instancia.

anterior derogada y la nueva normatividad, sin que se concluyera, necesariamente, el derecho adquirido a gozar de manera plena del régimen anterior.

Indicó, que la parte demandante acudía a una tendencia equivocada, al asumir que el beneficio del régimen de transición, implicaba aplicar en su totalidad normas anteriores, desconociéndose que los regímenes de transición, una vez establecidos, se constituían en ordenamientos autónomos, los cuales, si bien no podían ser desmejorados, tampoco podían ser objeto de mejoras, donde se les incluyeran beneficios de las normas anteriores, no contemplados, expresamente, por el legislador cuando definió el ordenamiento transicional.

Expuso, que la excepción propuesta, tenía asidero o encontraba su génesis, en el desproporcional alcance que se le había dado al principio de favorabilidad, pues, como consecuencia de la aplicación desmedida de tal principio, se desconocía, frontalmente, otros principios que delimitaban el obrar de quienes representaban la voluntad estatal, véanse, los principios de legalidad o de sostenibilidad fiscal, que al parecer, resultaban totalmente irrelevantes, al momento de interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico.

Arguyó, que dentro del *sub judice*, no existía duda en la aplicación o interpretación de una norma u otra y enfatizó, en que el legislador no se permitió vacío normativo alguno y si bien, la Ley 100 de 1993 previó un régimen de transición para salvaguardar, no derechos adquiridos, sino meras expectativas, de quienes se encontraban a punto de pensionarse, de conformidad con las disposiciones legales vigentes, antes de la

creación del Sistema General de Seguridad Social, dicha norma, de igual forma, consagró la pauta que había de seguirse para efectos de liquidar las pensiones, de quienes eran acreedores de los beneficios que se derivaban de la transición en mención; en otros términos, se previó la forma en cómo se debía de calcular el IBL, de todas aquellas pensiones que por mandato legal, tendrían que ser reconocidas, habida cuenta de lo normado dentro del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Y si bien se tenía claro, que era dable aplicar las disposiciones normativas contenidas en la Ley 100 de 1993, en lo que tocaba al cálculo del respectivo IBL, se habían de tener en cuenta para efectos de identificar los factores constitutivos de salario, las normas que desarrollaban la materia y que encontraban su desarrollo dentro del Decreto 1158 de 1994, preceptiva legal que regulaba los factores salariales sobre los cuales, se calculaban los aportes o cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y por tanto, sobre los cuales se calculaba el ingreso base de liquidación pensional.

En tales términos, anotó, que revisando los factores salariales enlistados en el Decreto 1158 de 1994, en comparación con los factores que pretendía la accionante le fueran incluidos dentro de la reliquidación, se colegía, que estos últimos, no se encontraban relacionados dentro de dicha norma, razón por la que se creía, que no había lugar a que prosperaran las pretensiones de la demanda, pues, no era posible que la entidad, en ejercicio de sus facultades legales, reconociera una pensión o resolviera efectuar una reliquidación, en la que fueran incluidos ciertos factores de los que primero, no encontraban en

la Ley soporte alguno y segundo, de los cuales no se acreditaba el respectivo aporte a la caja de previsión.

Así las cosas, solicitó, se negaran las pretensiones de la demanda, por cuanto consideró, no había lugar a reliquidar la pensión de la parte demandante, en los términos expuestos.

- Por otra parte, solicitó, sin que se entendiera allanamiento alguno respecto las pretensiones de la demanda, que se declarara la **prescripción extintiva de ciertas mesadas**, que se causaron con posterioridad a la fecha en que se reconoció la respectiva prestación.

En efecto, indicó, que en el evento de resultar probado lo manifestado por la parte demandante, debía declararse el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva, teniendo en cuenta que la pensión se reconoció el 10 de junio de 2006 y la actora, efectuó la correspondiente petición el día 29 de enero de 2013, precisando, que el término prescriptivo se contabilizaría a partir del momento mismo, en que se hizo exigible la obligación, hasta su respectiva interrupción, de acuerdo a los parámetros legales consignados en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

1.3.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 30 de junio de 2015, declaró no

⁴ Folios 124 - 134 del cuaderno N° 1 de primera instancia.

probada la excepción de inaplicabilidad del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, respecto de los elementos pensionales distintos a la edad, tiempo de servicio y monto de pensión, propuesta por la entidad demandada.

A su vez, declaró la nulidad de las Resoluciones No. RDP 011955 de marzo 12 de 2013 y No. RDP 024711 de mayo 29 de 2013; a título de restablecimiento del derecho, ordenó a la UGPP, reliquidar la pensión de jubilación, de la señora EDITH LÓPEZ CÁRDENAS, en cuantía equivalente al 75% del promedio de todos los salarios devengados en el último año de servicio, es decir, incluyendo en su ingreso base de liquidación, además de la asignación básica, la prima de transporte, prima vacacional, prima de antigüedad, prima de navidad y prima de alimentación.

Así mismo, condenó a la UGPP, a reconocer y pagar a la actora, previa comparación con las mesadas pagadas, las diferencias de las mesadas pensionales, que resulte entre los valores que le fueron reconocidos y cancelados y los que dejó de percibir, por la no liquidación en cuantía del 75% del promedio mensual de los factores salariales reconocidos. Todo lo anterior, con los reajustes de ley y debidamente indexados.

De igual forma, ordenó a la UGPP, efectuar *“las deducciones sobre descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales, sobre los cuales no se hubiere efectuado la deducción legal para pensión”* (sic).

También, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción trienal, de las mesadas pensionales anteriores al 31 de octubre de 2010.

Como argumento de su decisión, el A-quo consideró, que la demandante reunió los requisitos de transición, señalados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo tanto, para efectos del reconocimiento de su pensión, le era aplicable el régimen anterior, esto es, la Ley 33 de 1985 y por ello, resultaba claro que la liquidación y pago de su pensión, se debió realizar con base en lo preceptuado en esta ley, que limitó el valor de la pensión al 75% del promedio mensual, obtenido en el último año de servicios, inmediatamente anterior a la fecha en que se causó esta prestación, especialmente cuando ello resultaba más favorable.

Así entonces, expuso, que como la demandada liquidó el derecho pensional conforme a la regla contenida en el inciso 3o del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hacía falta para consolidar su derecho, incurrió en violación del principio de inescindibilidad de la ley, que prohíbe la aplicación parcial de las normas legales, pues, no podía aplicar, por una parte, la Ley 33 de 1985, en cuanto a la edad y tiempo de servicio y por otra, la Ley 100 de 1993, para establecer la base de liquidación de la pensión.

Concluyó, que se debía reliquidar la pensión de la demandante, con inclusión del promedio de todos los factores devengados en el último año de servicios, en un porcentaje del 75%, aplicando en su integridad la Ley 33 de 1985 y no sobre la base salarial

reglada en el inciso 3o del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, éste resultaría aquí, menos favorable.

En ese sentido, indicó, que estaba acreditado que el último año de servicios de la actora, era el período comprendido entre el 1º de julio 2006 a 1º de julio de 2007 y la certificación expedida por la oficina de recursos humanos, daba cuenta que la referida señora, devengó en ese período, además de su asignación básica, los siguientes factores: prima de transporte, prima vacacional, prima de antigüedad, prima semestral, prima de navidad y prima de alimentación.

Por manera que como CAJANAL, hoy sucedida procesalmente por la UGPP, liquidó la pensión de jubilación conforme lo establece el inciso 3o del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y no conforme lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985; consideró, que a la demandante le asistía el derecho a obtener la reliquidación y pago de su pensión de jubilación, teniendo en cuenta el 75%, del promedio de todos los factores devengados durante el último año de servicios, con excepción de la prima semestral, ya que se declaró la nulidad de la Ordenanza 08 de 1985, por considerar que la autoridad pública que la expidió, no tenía competencia para ello.

Finalmente, señaló, que la actora presentó solicitud de reliquidación de pensión, el día 15 de enero de 2008, interrumpiendo por una sola vez y por un lapso igual la prescripción trienal- contemplada en el artículo 102 del Decreto 14848/69, artículo 41 del Decreto 3135 de 1968-, hasta el 15 de enero de 2011 y la demanda fue presentada el día 31 de octubre de 2013, es decir, por fuera del término de interrupción.

En esta circunstancia, la prescripción trienal la decretó, respecto de las mesadas anteriores al 31 de octubre de 2010, en virtud de lo establecido en el artículo 94 del C. G. del P, referido a que con la presentación de la demanda, se interrumpe el término para la prescripción.

1.4.- El recurso.

- **La demandante**⁵, presentó inconformidad en dos puntos específicos a saber: i) *La no inclusión de la Prima Semestral como Factor Salarial*, y ii) *El decreto de Prescripción frente a algunas mesadas pensionales*.

En cuanto al primer punto, señaló, que la Ordenanza 08 de 1985, que creó la prima semestral, de la cual era beneficiaria, produjo unos efectos jurídicos que de manera alguna, podían ser desconocidos por la jurisdicción, pues, resultaba claro que conforme el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, su derogatoria producía efectos a futuro y las situaciones jurídicas creadas durante su vigencia, no se afectaban por este sólo hecho.

Alegó, que debía tenerse en cuenta, que al momento de obtener su derecho a la pensión, la referida ordenanza, se hallaba vigente y produciendo efectos jurídicos plenos, hasta el día 4 de marzo de 2010, cuando mediante decisión del Tribunal Administrativo de Sucre, fue declarada nula.

Por lo anterior, solicitó, se modificara la sentencia de primera instancia, ordenando para la correspondiente reliquidación de

⁵ Folios 141 - 143 del cuaderno de primera instancia.

la pensión, incluir la prima semestral, creada mediante la Ordenanza 08 de 1985.

En relación al segundo punto, manifestó, que no podía darse aplicación a la prescripción que refería el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, por cuanto la entidad demandada, era la responsable de no dar la respuesta oportuna a las solicitudes elevadas, que pese a que databan desde el 15 de enero de 2008, tan sólo fueron resueltas el 12 de marzo de 2013, por tanto, la falta de diligencia o negligencia de la entidad, no podía servirle de excusa para su propio beneficio.

- La **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP"**⁶, apeló la sentencia de primera instancia, a fin que sea revisada y revocada.

Manifiesta en su recurso de alzada, que no es cierto que por el simple hecho de ser beneficiario del régimen de transición, el demandante, tenga derecho a pensionarse conforme a todas y cada una de las disposiciones contenidas en la Ley 33 de 1985, pues, lo que este régimen garantiza, son sólo tres elementos pensionales (edad, tiempo de servicio y monto de la pensión), por lo que habrá de entenderse, en lo que respecta al IBL y los factores salariales que lo conforman, que éstos encuentran sustento legal en la Ley 100 de 1993, situación que abierta y específicamente determinó y consagró el legislador, en el inciso segundo y tercero del citado artículo 36 de la ley 100 de 1993.

⁶ Folios 145 – 151.

Igualmente, se opuso la entidad, a la orden de pagar a la demandante, las diferencias causadas entre las mesadas pagadas y las reliquidadas, ajustando dichas sumas de acuerdo al IPC, pues, al quedar definidos los alcances del Régimen de Transición aplicable y al no asistirle derecho a la actora, a la reliquidación ordenada por el juez en primera instancia, era claro, que la pensión concedida, se encontraba ajustada a derecho, por lo que no había lugar al pago de las diferencias ordenadas.

A su vez indicó, como argumento de inconformidad, la condena en costas fijada por el juez de primera instancia, donde si bien, se pregonaba la facultad discrecional del juzgador, no se podían desconocer los principios fundamentales de la actuación judicial, como lo era el debido proceso.

1.5.- Trámite procesal en segunda instancia.

- En auto de 14 de octubre de 2015, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia de 30 de junio de 2015⁷.
- Mediante auto de 9 de noviembre de 2015, se ordenó el traslado de alegatos a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo⁸.
- **La parte demandante**⁹: reiteró lo dicho en el recurso de alzada, referente a la inclusión de la prima semestral, en la reliquidación

⁷ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folio 16, cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folios 20 - 28, cuaderno de segunda instancia.

de la pensión y la inaplicación de la prescripción en las mesadas pensionales.

- **La parte demandada**¹⁰: sostuvo que el A quo fundamentó su decisión, aplicando, incorrectamente, las normas que regulan el Régimen de Transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Reiteró, que la prestación reconocida a la actora, fue bien liquidada conforme con las normas citadas y los antecedentes jurisprudenciales vigentes, pues, se realizó con base en el 75% del salario devengado, dentro del tiempo que le hacía falta para adquirir el status pensional, contado desde el momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (19 de Abril de 1994), con la inclusión de los factores salariales enlistado en el artículo 12 del Decreto 1158 de 1994 y era por ello, que no había lugar a la declaratoria de nulidad de los actos administrativos demandados.

Para fundamentar sus argumentos, citó el precedente sentado por la Honorable Corte Constitucional, en sentencia de Unificación SU-230/15 (abril 29) M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la cual, a su juicio, se determinó la verdadera interpretación, aplicación y alcance que se le debía dar al régimen de transición, establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

- **El Ministerio Público**¹¹: solicitó se confirmara la sentencia de primera instancia, al considerar que toda persona que se le

¹⁰ Folio 29 - 32, cuaderno de segunda instancia.

¹¹ Folio 33 - 41, cuaderno de segunda instancia.

aplique el régimen de transición, es decir, la ley 33 de 1985, reformada por la ley 62 de 1985, debían incluirse todos los factores salariales, que devengaron en el último año de servicio, antes de adquirir el estatus pensional.

Por consiguiente, la entidad accionada, debía reliquidar la pensión de jubilación a la accionante, con base en el 75%, del promedio de lo devengado durante el último año de servicio, con la inclusión de todos los factores salariales, percibidos durante el mismo periodo.

En cuanto a la aplicación de la Ordenanza N° 08 de 1985, en la reliquidación solicitada, compartió la decisión del A quo, por cuanto mal podría aplicarse tal ordenanza, cuando se le había decretado su nulidad por parte de este Tribunal.

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 de la demandante, incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios?
- ¿En el caso concreto, los factores señalados por el a quo, como integrantes de la reliquidación pensional ordenada, se ajustan al ordenamiento jurídico?
- De ser así ¿Hay lugar a declarar la prescripción de ciertas mesadas pensionales?
- ¿Qué régimen, rige la condena por concepto de costas y agencias en derecho, dentro de los procesos contenciosos administrativos?

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, modificado a su vez por el artículo 1º de la Ley 62 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 3° 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 quo¹².

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

¹² 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.

los cuales no se realizaron aportes, la entidad que reconoce la Pensión, deberá tenerlos en cuenta, pero realizará los descuentos a que haya lugar.

2.3.2.- De la condena en costas y el régimen objetivo implementado con el artículo 188 de la ley 1437 de 2011.

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”*¹³.

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.

¹³ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil General*. Tomo I. Editorial Dupré. Bogotá-Colombia 2009.

En dicha decisión judicial, la Corte Constitucional abarca la exequibilidad de la norma en comento, 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 vencido¹⁴, 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”¹⁵, existe una tasación de la condena, con su respectiva liquidación y ejecución, de conformidad con la remisión efectuada al Código General del Proceso¹⁶, el cual no determina una condición subjetiva, para la materialización de

¹⁴ Propio de este régimen es el dispuesto por el Código de Procedimiento Civil en sus artículos 392 y siguientes.

¹⁵ <http://www.rae.es/drae/srv/search?id=lwJvh1m1PDXX2G9DnACY>.

¹⁶ 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.”

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 público¹⁷.

Considerándose en últimas, que bajo los argumentos del poder configurativo del legislador en asuntos procesales¹⁸, 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, en donde además, se debe liquidar en la sentencia, lo referente a las agencias de derecho, como parte integral del concepto reiterado.

2.3.3. De la prescripción

De conformidad con lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, *“en la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada”*.

La prescripción, es entendida, como aquel modo de extinguir las obligaciones y en materia laboral, opera, por regla general, al cabo de los tres (3) años siguientes, a la fecha en que se hace exigible el correspondiente derecho y se interrumpe, desde cuando el interesado exige su reconocimiento y pago ante la administración (Art. 102 del Decreto 1848/69, art. 41 Decreto 3135 de 1968), aclarándose, que **la interrupción opera por una sola**

¹⁷ 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”*.

¹⁸ Ver entre otras. Corte Constitucional. Sentencia C-632 de 2012. P Dr. Mauricio González Cuervo.

vez, la cual principia a contarse de nuevo, a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente (Art. 488-489 del C.S.T y Art. 151 del C.P.T. y de la SS).

Así entonces, **la prescripción opera por ministerio de la ley**, estableciendo la forma y el momento en la que esta se interrumpe, por lo cual, en asuntos como el aquí estudiado, tal interrupción, se da con la simple presentación de la petición, ante la entidad encargada del reconocimiento de la prestación o en su defecto, desde la presentación de la demanda, según el caso.

Se señala, que si bien, las prestaciones sociales pensionales, tienen, legalmente, un tratamiento especial, dada su condición de imprescriptibles, lo cierto es, que las acciones que emanen de tales derechos, si lo son; por tal virtud, se aplica dicho fenómeno a las mesadas pensionales, según el término señalado por el legislador.

2.3.4.- Caso concreto.

Aterrizando al caso concreto, se tiene, que una vez vistas las consideraciones planteadas y la postura de la parte demandada en el recurso de apelación, la Sala considera lo siguiente:

Se encuentra probado que a la parte actora, le fue reconocida pensión de jubilación, mediante Resolución No. 28083 de junio 10

de 2006, por valor de \$381.500, efectiva a partir del 19 de mayo de 2005¹⁹.

La señora EDITH MARÍA LÓPEZ CÁRDENAS, mediante solicitud de fecha 19 de diciembre de 2012, radicada ante la entidad el 29 de enero de 2013²⁰, pidió le fuera reliquidada su pensión de vejez, con la inclusión de los factores devengados durante el último año de servicios; sin embargo, la entidad, a través de la Resolución No. RDP 011955 de marzo 12 de 2013²¹, negó dicha reliquidación, con fundamento en que el status jurídico de pensionada, lo adquirió en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo tanto, se le respetaba el tiempo de servicios y el monto establecido en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, pero la liquidación se debía efectuar con los factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994.

La anterior decisión, fue confirmada en todas sus partes en la Resolución No. RDP 024711 de mayo 29 de 2013²².

Se allegó, certificación laboral de fecha 18 de marzo de 2010²³, expedida por la Asesora de Recursos Humanos del Departamento de Sucre, en el que se hace constar, que la señora López Cárdenas, prestó sus servicios al Departamento de Sucre, en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales, desde el 7 de marzo de 1975, hasta el 30 junio de 2007 y devengó en su último año de servicios, además de su asignación básica, los siguientes factores salariales: *prima de transporte, prima*

¹⁹ Folios 17 - 21 del Cuaderno de 1ª instancia.

²⁰ Conforme se desprende de los considerandos de la Resolución No. RDP 011955 de marzo 12 de 2013.

²¹ Folios 32 - 33 del Cuaderno de 1ª instancia.

²² Folios 42 - 44 del Cuaderno de 1ª instancia.

²³ Folios 23 - 29 del Cuaderno de 1ª instancia.

vacacional, prima de antigüedad, prima semestral, prima de navidad y prima de alimentación.

En sentencia proferida el día 30 de junio de 2015, el Juez de primera instancia, ordenó a la **UGPP**, reliquidar la pensión de la señora EDITH MARÍA LÓPEZ CÁRDENAS, con base en lo establecido en la Ley 33 de 1985, es decir, con el 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicios, teniendo en cuenta los factores salariales devengados, salvo aquel que hace referencia a la prima semestral y reajustándola anualmente, de conformidad con el I.P.C.

En ese orden, se tiene que la controversia jurídica en la presente actuación, se circunscribe a la cuantificación del IBL, de la mesada pensional de la señora LÓPEZ CÁRDENAS, sin que exista discusión alguna, sobre el cumplimiento de los requisitos, para que esta sea beneficiaria del régimen de transición del Art. 36 de la ley 100 de 1993²⁴, previéndose que el cargo de censura, se soporta en mayor medida, en la aplicación de la normativa aplicable al caso, respecto del IBL y los factores salariales, donde la parte demandada, recurre a un criterio de taxatividad, consignado en el Decreto 1158 de 1994.

Siendo así, 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

²⁴ Según registro civil de nacimiento, la demandante nació el 16 de octubre de 1949 (Folio 14) y laboró, de manera continua, desde el 7 de marzo de 1975, hasta el 30 de junio de 2007 (folio 23).

periódica, como contraprestación directa por sus servicios, **independientemente de la denominación que le sean dadas.**

Por lo tanto, en el caso puesto a consideración, la Sala advierte, que muy a pesar que la pensión de jubilación reconocida a la señora EDITH MARÍA LÓPEZ CÁRDENAS, 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.

En efecto, acorde con la certificación que aparece a folios 23 – 29 del C.1, se tiene, que de los factores devengados en el último año de servicios, a más de la asignación básica, se deben incluir los siguientes factores como IBL, a fin liquidar la pensión de jubilación reconocida, a saber: **prima de transporte, prima vacacional, prima de antigüedad, prima de navidad y prima de alimentación**, conforme con lo expuesto en el acápite que antecede; de allí que a *contrario sensu* de lo manifestado por la demandada, la valoración liquidatoria, de cara a la inclusión de estos factores, permite concluir, que el régimen pensional dispuesto por la Ley 33 de 1985, es más favorable, para los intereses de la actora.

Lo anterior, con la salvedad de la inclusión de la denominada **prima semestral**, toda vez que dicha erogación, prevista para los empleados del Departamento de Sucre, fue extinguida del ordenamiento jurídico.

Sobre esta última consideración, la actora, insiste se le tenga en cuenta la prima semestral, en la reliquidación de la pensión, sin embargo, debe recalcar, que los actos administrativos que la crearon, se declararon nulos por parte de este Tribunal, mediante sentencia de mayo 22 de 2008, que definió con efectos de cosa juzgada erga omnes, al ser consecuencia de acción de simple nulidad, la suerte de las normas que servían de fundamento a la prima semestral reclamada.

En ese sentido, no es procedente incluir en la reliquidación la prima semestral, pues, quedó sin sustento legal, al haber desaparecido del mundo jurídico, los actos que la crearon.

Igualmente, se precisa, que la declaratoria judicial de la nulidad de los actos administrativos, tiene efectos retroactivos, es decir, se aplican, como si el acto, cuya nulidad se decretó, no hubiera existido; siendo ello así, resulta imposible, usar para el efecto, la teoría de los derechos adquiridos, pues, en tal circunstancia, se carecería de un título jurídico, que sirva de soporte a la adquisición del derecho.

De ahí que, se recalque que tal prima, nació de manera ilegítima, pues, dicha ordenanza fue declarada ilegal, mediante sentencia, la cual se encuentra en firme, por tanto, no se puede tener como un derecho adquirido.

En ese orden de ideas, esta Colegiatura considera, que acertó el Juez A quo, al declarar la nulidad de los actos administrativos acusados (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**, excluyéndose la **prima semestral**, conforme lo antes anotado.

Luego entonces, se avizora que la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP**, debe liquidar la pensión de jubilación de la demandante, incluyendo además de la asignación básica, los factores salariales devengados en el último año de servicios, 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.

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 otros²⁵. 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

²⁵ 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.

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, modificador 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”²⁶.

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).

²⁶ 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.

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 legítima²⁷, en todo el sentido

²⁷ 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

de la palabra, especialmente si se considera que las autoridades, cualesquiera que ellas fueren, deben guardar coherencia en sus decisiones, legítimos 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 constitucionalidad²⁸, 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

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”

²⁸ 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.

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...**"²⁹.

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 derechos³⁰.

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 salud³¹ en

²⁹ 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.

³⁰ 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...".

³¹ 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)".

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”³².

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 1997³³ que establece que la progresividad de los derechos sociales hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores

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

³³ 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).

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 derechos³⁴.

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 derechos³⁵. 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

³⁴ 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.

³⁵ 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.

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 2004³⁶ se empezó a sentar las bases de un “test de no regresividad”, para que el control de constitucionalidad sea más estricto³⁷. 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;³⁸ 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

³⁶ M. P. Eduardo Montealegre Lynnet.

³⁷ Negrillas fuera del texto.

³⁸ 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.

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"³⁹ y ha establecido una categoría intermedia de protección que denominó "expectativa legítima"⁴⁰.

Señalándose en consecuencia, que aceptar la tesis SU – 230 de 2015, en todo su rigor, no es acoger un precedente, sino atentar

³⁹ 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.

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C – 228 de 2011.

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 jurisdicción⁴¹ (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

⁴¹ Así lo consideró la Corte Constitucional en sentencia C – 836 de 2001.

excesivas pensiones, percibidas por los funcionarios atrás mencionados, resultaron afectándolo y quebrando la balanza que lo debe regir (homeóstasis). Si esta es la consideración, en casos como el tratado, si de aplicación analógica se trata, debería acudirse a efectuar un análisis similar, esto es, establecerse si pensiones como las de la 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 parte demandante, recurre en parte, la sentencia de primera instancia, en razón a que no podía darse aplicación a la prescripción referida en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, por cuanto, la entidad demandada era la responsable de no dar la respuesta oportuna, a las solicitudes elevadas, que pese a que databan del 15 de enero de 2008, tan sólo fueron resueltas el 12 de marzo de 2013, por tanto, la falta de diligencia o negligencia de la entidad, no podía servirle de excusa para su propio beneficio, con ello, no había lugar a considerar el fenómeno de la prescripción.

En relación a este aspecto, la Sala considera, que la decisión adoptada por el A quo, se encuentra ajustada a derecho, toda vez que si bien son elevadas sendas peticiones para hacer exigible el derecho de la reliquidación de la pensión de jubilación, se entiende que el término de prescripción, solo se interrumpe en una sola oportunidad.

Al efecto, se tiene que el derecho pensional a la demandante, le fue reconocido mediante Resolución No. 28083 de junio 12 de 2006 y la primera de las peticiones de reliquidación pensional, fue elevada el 15 de enero de 2008⁴², interrumpiéndose por una sola vez y por un lapso igual, la prescripción trienal, esto es, hasta el 15 de enero de 2011; sin embargo, la demanda fue presentada el día 31 de octubre de 2013, siendo ésta última fecha la que define el término de prescripción.

En ese sentido, el tribunal acoge la postura del A quo, en declarar el fenómeno de la prescripción, para las mesadas causadas con anterioridad al 31 de octubre de 2010, como quiera que tales erogaciones originadas desde la exigibilidad del derecho pensional, sólo fueron interrumpidas con la presentación de la demanda que dio origen al presente asunto, lo que aconteció el 31 de octubre de 2013⁴³, por lo que en relación a este punto, será confirmada la decisión recurrida.

De la condena en costas

Respecto, a la condena en costas y agencias en derecho impuesta por el A quo, se estima que la misma corresponde a un

⁴² Ver archivo No. 23, obrante en el CD allegado por la entidad demandada.

⁴³ Folio 13, del cuaderno de primera instancia.

régimen objetivo, conforme al novedoso parámetro establecido en el artículo 188 del CPACA, de modo que, por el solo hecho de haber prosperado 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, de allí que no hay lugar a revocar la decisión recurrida, en tal sentido.

3.- CONDENA EN COSTAS - SEGUNDA INSTANCIA.

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1° 2° y 3° del artículo 365 del Código General del Proceso, no se condena en costas a las partes.

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: CONFIRMAR la sentencia del 30 de junio de 2015, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, conforme las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas de segunda instancia a las partes.

TERCERO: Ejecutoriada 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 Justicia XXI.

NOTIFIQUÉSE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobada en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 0031/2016

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ