



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sala Segunda de Decisión Oral

Sincelejo, veintidós (22) de julio de dos mil dieciséis (2016)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-005-2015-00033-01
DEMANDANTE: HILDA CUMPLIDO CÁRDENAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES “COLPENSIONES”
M. 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 5 de noviembre de 2015, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió a las suplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

La señora **HILDA CUMPLIDO CÁRDENAS**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control subjetivo de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**, con el objeto que se declare la nulidad de la Resolución No. 00821 de enero 25 de 2008, mediante la cual, se reconoció la pensión de vejez a la actora y la nulidad del acto ficto o presunto, ocasionado por el silencio de la administración, como consecuencia de la reclamación administrativa de fecha 16 septiembre de 2014, a través de la cual, se solicitó la reliquidación de la pensión de vejez.

¹ Folio 1 del cuaderno de primera instancia.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicita la actora se ordene a COLPENSIONES, reliquidar su pensión de vejez, teniendo en cuenta el 75% del salario devengado durante su último año de servicios, como empleada publica y los factores salariales, de acuerdo al artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

La señora **HILDA RAQUEL CUMPLIDO CÁRDENAS**, nació el 26 de marzo de 1950 y prestó sus servicios al Estado, específicamente en la Gobernación de Sucre, desde el 30 de septiembre de 1971, hasta el 8 de abril de 1973; así mismo, lo hizo en EMPOSUCRE, desde el 15 de octubre de 1982, hasta el 30 de junio de 1989 y con EMPAS ESP, desde el 6 de agosto de 1990, hasta 12 de enero de 2003.

La actora, realizó aportes para su pensión, inicialmente, en CAJANAL, posteriormente, en el ISS, hoy COLPENSIONES; de igual manera, cotizó en calidad de empleada privada.

El día 12 de junio de 2006, solicitó reconocimiento y pago de pensión de vejez ante el ISS, hoy Colpensiones, entidad que mediante Resolución No. 7950 de 10 de julio de 2007, reconoció pensión de vejez.

La citada resolución, fue modificada por la Resolución No. 00821 de enero 25 de 2008, la cual ordenó el pago de la pensión de vejez, por un monto mensual en cuantía de \$501.745.00, a partir del 26 de marzo de 2005.

Anotó la actora, que en la solicitud de la prestación económica del 12 de junio de 2006, no se aportó la certificación del tiempo de servicios y

² Folios 2 - 7 del cuaderno de primera instancia.

formatos diligenciados, para bono pensional, en el tiempo laborado en la Gobernación de Sucre.

Por lo anterior, señaló, que el Instituto de Seguros Sociales, tomó como base para liquidar el monto de la prestación económica, el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 y como fórmula, para determinar el ingreso base de liquidación, el señalado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Fue así, como solicitó ante Colpensiones, la reliquidación de su pensión de vejez, para que se hiciera un nuevo estudio de la prestación, pues, con la acreditación del tiempo de veinte años de servicios, prestados al Estado, debía darse aplicación a normas distintas, para resolver su derecho a la pensión, por ser más beneficiosas. Sin embargo, Colpensiones guardó silencio al respecto, configurándose un acto administrativo ficto o presunto, que niega la solicitud.

Sostuvo la demandante, que al 1 de abril de 1994, contaba con 11 años de servicios y 44 años de edad, por lo que considera, es beneficiaria del régimen de transición, establecido en la Ley 33 de 1985 y Ley 62 de 1985.

Indicó, que devengó en su último año de servicios, salario básico, prima de servicios o semestral, prima de navidad.

Como **soporte jurídico** de su pretensión, alega como violadas, normas de orden constitucional: artículos 1, 2, 4, 13, 25, 48 y 53 de la C. P.; legal: Ley 33 de 1985, artículo 1; Ley 62 de 1985, artículo 1.

Concepto de la violación: Para la accionante, existe una violación de los presupuestos en comento, toda vez, que se le debió reliquidar la pensión de jubilación, incluyéndole el promedio de todo lo devengado, al momento de adquirir el status de pensionada, teniendo en cuenta el 75%, en aplicación de lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 de 1985.

1.3. Contestación de la demanda³.

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, dado que el acto administrativo, mediante el cual se negó la prestación económica, se ajusta a las preceptivas de ley.

Frente a los hechos, señaló, que algunos eran ciertos y otros, eran solo apreciaciones jurídicas de la parte actora.

Argumentó, que no era procedente la reliquidación de la pensión de jubilación del actor, con base en el 75% de lo percibido en su último año de servicio, ya que de ser así, la liquidación de la pensión, se realizaría con base en salarios no devengados, realmente por la actora y sobre los cuales, no se realizaron cotizaciones para financiar la pensión.

Propuso las siguientes excepciones de mérito:

- **Falta de causa para demandar.** Arguye, que el ISS desató la solicitud favorablemente, aplicando la norma vigente y para el cálculo de su pensión de vejez, se le tuvo en cuenta 1099 semanas, válidamente cotizadas, con un ingreso base de liquidación de \$732.864.00, al cual se le aplicó el 75%; luego en la Resolución No. 00828 de 2009, se modificó la fecha de causación de la pensión y se reconoció el retroactivo a que hubo lugar.
- **Cobro de lo no debido.** Considera la entidad, que no adeuda valor alguno por concepto de reliquidación pensional. Que estudió la solicitud de pensión de vejez, de acuerdo a lo dispuesto en el Sistema General de Pensiones, no existiendo tardanza en su reconocimiento, ni en el pago de sus valores.

³ Folio 47 - 53, cuaderno de Primera instancia.

- **Buena fe.** Señala, que ha cancelado oportunamente las mesadas pensionales, por lo que solicita, que en el evento de un fallo condenatorio, se le exonere de la sanción moratoria.
- **Prescripción** de todos aquellos derechos, que el transcurso del tiempo los hizo fenecer, por el no ejercicio oportuno de la acción.

1.3.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de noviembre 5 de 2015, proferida en audiencia inicial, resolvió declarar no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada, salvo la excepción de prescripción y declaró la nulidad de los actos administrativos: Resolución No. 00821 de 25 de enero de 2008, por medio de la cual, se modificó la Resolución No. 7950 de julio 10 de 2007, a través de la cual, se reconoció un derecho pensional y del acto ficto, surgido por la no contestación de la petición, elevada el día 16 de septiembre de 2014.

A título de restablecimiento del derecho, ordenó a COLPENSIONES a reconocer el derecho pensional de la señora Hilda Cumplido Cárdenas, aplicando el régimen contemplado en la ley 33 de 1985, por principio de favorabilidad laboral, en cuantía equivalente al 75%, calculando el IBL, conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, incluyendo los factores salariales, devengados durante el tiempo tomado para liquidar, como la prima de servicios y la prima de navidad.

Como argumento de su decisión, el A-quo, estimó, que se logró probar en el expediente, que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, establecido en el artículo 36 del Estatuto del Régimen de Seguridad Social en Pensiones, puesto que para su entrada en vigencia, esto es el 30 de junio de 1995, la actora contaba con más de 35 años de edad.

⁴ Folios 92 – 99 del cuaderno N° 1 de primera instancia.

Así mismo, se logró acreditar que la señora Hilda Cumplido Cárdenas, laboró 20 años de servicio público, verificados en el 2003 y la edad de 55 años, que la alcanzó en el 2005; siéndole favorable la aplicación del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, ya que el monto de la pensión, que obedece al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, incluyendo todos los factores salariales devengados, como lo ha reiterado la jurisprudencia, es más oneroso a su favor y atendiendo la liquidación de pensión de jubilación, que ofrece la ley 33 de 1985, en concordancia con lo establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

En cuanto a la prescripción propuesta por la demandada, señaló, que el derecho pensional de la demandante, le fue reconocido, inicialmente, mediante Resolución No. 7950 de julio 10 de 2007, modificada a través de la Resolución No. 00821 de enero 25 de 2008, momento a partir del cual, surgió el derecho de reclamación pensional, el cual fue ejercido por la demandante, el 16 de septiembre de 2014, interrumpiendo por una sola vez y por un lapso igual, la prescripción trienal, hasta el 17 de septiembre de 2017. Luego, dijo, si la demanda fue presentada el 24 de febrero de 2015, la prescripción se decretó respecto de las mesadas anteriores al 16 de septiembre de 2011,

1.4.- El recurso⁵.

Inconforme con la sentencia de primer grado, la demandada, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** -, la apeló, a fin que sea revocada en esta instancia.

Manifiesta en su recurso de alzada, que la demandante pretende la reliquidación de la pensión de jubilación, concedida bajo los términos de la ley 33 de 1985, por presuntamente haberse tratado de un servidor

⁵ Folios 108 - 110 del cuaderno de primera instancia.

público, pero que atendiendo a los precedentes judiciales y a las circulares que reconocen prestaciones económicas, para los regímenes generales y especiales, es claro, que se le debe aplicar las directrices contenidas en la circular No 001 de 2012, toda vez que su derecho, se causó antes del 7 de mayo de 2013, esto es en el año 2007.

Sostuvo, que con dicha circular, se mantiene la tesis contenida en la Ley 33 de 1985, en el sentido, que se tiene derecho a la pensión mensual vitalicia de jubilación, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobre los cuales cotizaron los últimos 10 años de servicios, pero no en lo relacionado con el ingreso base de liquidación de la pensión, el cual se regirá, por lo estipulado en la ley 100 de 1993, con la excepción contenida en el inciso 3 del artículo 36 de la misma ley.

Por lo anterior, siempre se liquidarán las pensiones, con fundamento en lo dispuesto en la normatividad en mención, sin que puedan tomarse otros aspectos, contenidos en normas anteriores, más allá si se es o no, beneficiario del régimen de transición. En el caso concreto de la demandante, se evidencia de las semanas cotizadas, que la liquidación se efectuó, teniendo en consideración los 10 últimos años anteriores, al reconocimiento de su pensión, por lo que no hay lugar a reliquidar la prestación económica.

Concluyó, que la prestación económica, fue concedida bajo los presupuestos señalados en el Acuerdo 049 de 1990, aprobada mediante Decreto 758 del mismo año, la cual es pertinente para los trabajadores oficiales o particulares, que siempre hubieren cotizado para el ISS. Entonces, de la resolución 00427 de 2003, se evidencia, que fue concedida la pensión correctamente, teniendo en cuenta un total de 1218 semanas, con un IBL de \$516.202.00, aplicándose una tasa de reemplazo de 87%.

1.5.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de marzo 11 de 2016, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia de noviembre 5 de 2015⁶.
- Por auto de 27 abril de 2016, se ordenó el traslado de alegatos a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo⁷.
- **La parte demandante**⁸: solicitó se confirmara la sentencia de primera instancia, toda vez que se le debe aplicar la ley 33 de 1985, reformada por la ley 62 de 1985, debiéndose liquidar su primera mesada pensional, teniendo en cuenta el 75%, del salario devengado como empleada pública y los factores salariales, como prima de navidad y prima de servicios.
- **La parte demandada**⁹: solicitó, se revocara en todas sus partes, la sentencia de primera instancia, puesto que verificada la historia laboral de la actora, no se evidencia el tiempo de servicio, ya que solo acredita 12 años 1 mes y 2 días, razón por la cual, no es posible acceder a la reliquidación de la prestación, de acuerdo con la norma en cita. De igual forma, el monto de la pensión de jubilación, no se debe entender como el valor de la pensión, sino que equivale al porcentaje aplicable al IBL y este, se establece conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y no teniendo en cuenta, el promedio de los salarios devengados en el último año.
- **Ministerio Publico** No emitió concepto.

⁶ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folio 13, cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folios 20 – 21, cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folios 22- 23, cuaderno de segunda instancia.

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.

Vistos los extremos de la litis, para esta Sala, el problema jurídico se centra en determinar:

¿Hay lugar a la reliquidación de la pensión de jubilación de la accionante, de conformidad con la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, incluyendo los factores salariales, tales como prima de navidad y prima de servicios, por encontrarse cobijada en el régimen de transición?

Para soportar la anterior decisión, esta Sala considera prudente abordar el siguiente hilo conductor: i) El régimen de Transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, sus beneficios y su aplicación integral, ii) 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, iii) Caso en concreto.

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

El legislador colombiano, bajo el apremio de la regulación del régimen pensional, expidió la ley 100 de 1993, "*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dicta otras disposiciones*", previendo que debido a las problemáticas temporales, que se suscitarían con la vigencia

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

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

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

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

Como se observa, dicho artículo, permite el efecto en el tiempo, de normas anteriores a la entrada en vigencia de la nueva normatividad, en aras de hacer efectivo el respeto a derechos consolidados (Corte Constitucional. Sentencia T-168 de 2009 M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto), con la aclaración que para el sector público territorial, el Sistema General de Pensiones, entró en vigencia el 30 de junio de 1995.

En cuanto a los regímenes de transición, la Honorable Corte Constitucional, ha señalado¹⁰:

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

Respecto al régimen de transición en materia pensional

¹⁰ Sentencia T-105 de 2012, con ponencia del Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

concretamente, la Corte señaló en sentencia T-235 de 2002:

“La sustitución de una norma por otra exige la necesidad de un régimen de transición. La existencia de normas transitorias es indispensable en la legislación sobre seguridad social en pensiones porque hay derechos en vía de adquisición.

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

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

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

La jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, reiteradamente ha sostenido, que a los beneficiarios del régimen de transición, se les aplicará, integralmente, el régimen anterior, al cual se hallaban afiliados, esto es, en cuanto a la edad, para acceder a la pensión de jubilación, al tiempo de servicio y al monto de la prestación, por ser de la esencia del régimen de transición, el cual opera de pleno derecho.

Es así, como se ha pronunciado¹¹:

“Conforme a la norma transcrita, quienes para el 1º de abril de 1994 - fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 - tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados,

¹¹ Sentencia de fecha 7 de junio de 2007, expediente: 76001-23-31-000-2002-01420-01 (5852-05) con ponencia del Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado.

se les aplicará el régimen anterior al cual se hallaban afiliados, esto es, en cuanto a la edad para acceder a la pensión de jubilación, al tiempo de servicio y al monto de la prestación.

Para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante se hallaba dentro del régimen de transición, pues reunía los dos presupuestos exigidos en la norma legal y por tanto debió aplicársele el régimen anterior, ya que había cumplido - para esa fecha - más de 15 años de servicios al Estado y más de 40 años de edad.

(...)

Es claro entonces que el demandante tiene derecho a que se le aplique en su integridad el régimen consagrado en la disposición legal anterior, primero, por encontrarse dentro del régimen de transición y, segundo, por haber adquirido el status de pensionado el 13 de octubre de 1993.

La aplicación del régimen anterior se hace en forma integral y no parcial, por lo cual no es aplicable en este asunto, y referente a la materia objeto de discusión, la Ley 100 de 1993".

Ahora bien, en lo que respecta a la norma de transición, para el caso de empleados públicos, la disposición aplicable, es la Ley 33 de 1985, que exige, para acceder la pensión de vejez, 55 años de edad y 20 años de servicios, estableciendo un monto pensional equivalente al 75%, del ingreso base de liquidación.

Sobre el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, de los servidores públicos cobijados por el régimen de transición pensional, previsto en la Ley 100 de 1993, que hayan laborado en una entidad estatal afiliada al I.S.S, se cita la sentencia fechada 6 de octubre de 2011¹², proferida por el Honorable Consejo de Estado, en la que se precisó:

"En este punto es dable precisar que antes de la Ley 100 de 1993 quien tenía la obligación de reconocer y de pagar la pensión de jubilación a los servidores públicos era la entidad de previsión a la que estaba afiliado el servidor o en su defecto, la última entidad pública empleadora (Decreto 1848 de 1969, artículo 75).

¹² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección "B". Rad.: 13001-23-10-000-2003-02154-01 (0599-11). Actor: Raúl Antonio Ospino Vizcaíno, Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje SENA. C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

La regla general descrita anteriormente, tiene una variación en el caso de las entidades públicas que estuvieron afiliadas y sus servidores cotizaron durante su vinculación al Instituto de Seguros Sociales. Esta situación se presentó principalmente con los trabajadores oficiales de algunas empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta que tuvieron esa posibilidad en virtud de la legislación del Seguro Social.

En estos, casos se registra una situación compleja, pues tales trabajadores cuando son sujetos del régimen de transición, son sujetos potenciales de dos regímenes de transición: el del sector público y el del Seguro Social. Y surge la duda acerca de cuál es la entidad que debe reconocer la pensión respectiva.

Si se considera que el régimen de transición aplicable es el del Instituto de Seguros Sociales, procedería a dar aplicación al régimen del ISS anterior a la Ley 100 de 1993, es decir el reglamento de pensiones del Seguro Social establecido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 750 de 1990. En este caso la pensión la concedería el ISS, cuando los trabajadores cumplan 60 años de edad y acrediten un mínimo de 1000 semanas cotizadas.

En cambio, si se considera que el régimen de transición aplicable es el del sector público, procedería dar aplicación a la Ley 33 de 1985.

Así las cosas, en virtud del principio de favorabilidad se le debe aplicar el régimen de transición del sector público; y quien debe reconocer y en principio realizar el pago de la pensión de jubilación es la última entidad empleadora, por cuando el ISS no puede entenderse como caja de previsión.

No obstante, se debe subrayar que la pensión no queda indefinidamente a cargo de la entidad pública, pues al cumplirse los requisitos de pensión de seguro social, el trabajador debe reclamar su pensión a esa entidad de seguridad social y la entidad empleadora queda subrogada, correspondiéndole únicamente el mayor valor, si lo hubiere entre las dos pensiones."

Las breves, pero importantes citas jurisprudenciales, permiten señalar, que los elementos pensionales aplicables, por vía transicional, son el tiempo de servicio, la edad y el monto de la pensión.

2.2.2.- 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 3° de la Ley 33 de 1985, modificado a su vez, por el artículo 1° 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 3°, modificado por el artículo 1° 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 3° de la Ley 33 de 1985, pues mientras en algunas

ocasiones se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y, finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.

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. (Negrillas 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"¹³.

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.

¹³ Ver entre otras Consejo de Estado; Expediente 0516-08, C. P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero; Expediente 0287-10. C. P. Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez; Expediente 1520-10. C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

2.3.3.- Caso concreto.

Aterrizando al caso concreto, se tiene que se controvierte la legalidad de Resolución No. 00821 de enero 25 de 2008, por medio de la cual, se resolvió modificar la resolución No. 7950 de julio 10 de 2007 y del acto ficto, que se configuró por el silencio de la administración, frente a la petición formulada por la actora, el día 16 de septiembre de 2014, mediante la cual, la señora **HILDA CUMPLIDO CÁRDENAS** solicitó al Instituto de Seguros Sociales I.S.S.¹⁴, la reliquidación de la pensión de jubilación.

Mediante sentencia proferida el día 5 de noviembre de 2015, el Juez de primera instancia, ordenó a **COLPENSIONES**, reliquidar la pensión de la señora **HILDA CUMPLIDO CÁRDENAS**, con base en lo establecido en la Ley 33 de 1985, es decir, con el 75%, conforme lo establecido en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, incluyendo, todos los factores salariales, devengados durante el tiempo tomado para liquidar, al igual que las diferencias de las mesadas pensionales, con el debido reajuste anual de conformidad con el I.P.C.

Por su parte, la entidad demandada, solicita en el recurso de apelación, se revoque la anterior decisión, considerando, que dentro del proceso, no quedó totalmente demostrado, que la demandante cumpliera con el requisito de 20 años de servicios, como empleada pública.

Así mismo, que siempre se liquidarán las pensiones, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin que puedan tomarse otros aspectos contenidos en normas anteriores, sin importar si se es beneficiario o no.

Ahora bien, una vez verificado el caso puesto a consideración y el acervo probatorio recopilado, la Sala considera, que la decisión de primera instancia, debe ser confirmada, toda vez que se encuentra acreditado,

¹⁴ Hoy Colpensiones

que la actora, efectivamente, es beneficiaria del régimen de transición, previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, siéndole aplicable las disposiciones previstas en la Ley 33 de 1985.

Revisados los documentos que reposan en el expediente, se tiene por probado, que al momento de entrada en vigencia del régimen de transición, previsto en la Ley 100 de 1993 – artículo 36, la señora HILDA CUMPLIDO CÁRDENAS, tenía más de 35 años de edad, pues, nació el día 26 de marzo de 1950, tal como se aprecia en la copia de la cédula de ciudadanía¹⁵ y se acepta en la resolución No. 7950 del 10 de julio de 2007.

Así mismo, se tiene por probado, que la señora **HILDA CUMPLIDO CÁRDENAS**, prestó sus servicios en la Gobernación de Sucre¹⁶, desde el 30 de septiembre de 1971, hasta el 8 de abril de 1973, como **Secretaria Mecnógrafa**; en EMPOSUCRE¹⁷, desde el 15 de octubre de 1982, hasta el 30 junio de 1989 y en EMPAS¹⁸, desde el 6 de agosto de 1990, hasta el 12 de enero de 2003, como **Auxiliar Administrativa**.

De igual manera, se encuentra acreditado, que en el último año de servicios, es decir, julio de 2003 a julio de 2004, la demandante recibió, además de la asignación básica, los siguientes factores salariales: **prima de servicios o semestral y prima de navidad**¹⁹.

Se allegó copia de la Resolución No. 7959 de julio 10 de 2007²⁰, mediante la cual, el Seguro Social, hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, reconoció a la señora **HILDA RAQUEL CUMPLIDO CÁRDENAS**, la pensión de jubilación por valor de \$549.648, efectiva a partir de agosto 1º de 2007, con fundamento en lo dispuesto por el Art. 36 de la Ley 100 de 1993. En este acto administrativo, se indicó, que la liquidación se basó en

¹⁵ Folio 33 C.1

¹⁶ Folio 19 C.1

¹⁷ Folio 24 C.1

¹⁸ Folio 32 C.1

¹⁹ Folio 32 C.1

²⁰ Folios 24 – 29 C.1

1099 semanas cotizadas, con un IBL de \$732.864 y un porcentaje de liquidación del 75%.

También se allegó copia de la Resolución No. 00821 de enero 25 de 2008²¹, mediante la cual, el Seguro Social, hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, modificó la resolución No. 7950 de julio 10 de 2007, en lo referente a la fecha de causación, quedando en el día 26 de marzo de 2007. La liquidación se basó en 1099 semanas cotizadas, con un IBL de \$668.994, al cual se le aplicó un porcentaje del 75%.

Posteriormente, el 16 de septiembre de 2014²², la actora solicitó a Colpensiones, la revocatoria de la Resolución No. 00821 de enero 25 de 2008 y en su lugar, se reconociera, que prestó sus servicios como funcionaria del Estado, por espacio superior a 20 años, lo cual le daba derecho a que se liquidara su pensión, de acuerdo a lo estipulado por la Ley 33 de 1985, tomándose como ingreso base de liquidación, la asignación básica del último año de servicios y se incluyeran, los factores de prima de navidad y prima de servicios.

La entidad demandada, no contestó la petición aludida, dando lugar al surgimiento del acto ficto o presunto, que niega la reliquidación de la pensión de vejez, que ahora se ataca en sede judicial.

En ese orden de ideas, atendiendo al **asunto planteado**, se tiene, que conforme a las normas y jurisprudencia arriba citadas y acorde con el acervo probatorio, obrante en el *sub examine*, la señora **HILDA CUMPLIDO CÁRDENAS**, es beneficiaria del régimen de transición, dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que incluso es aceptado por el ente demandado en los actos administrativos que expidió, sin mayor dificultad, siéndole aplicable las disposiciones previstas en la Ley 33 de 1985, por ende, su pensión, debió ser liquidada en cuantía del 75% del promedio de los factores salariales y demás sumas de dinero, que reciba el trabajador,

²¹ Folios 30 - 31 C.1

²² Folios 11 – 16 C.1

como contraprestación directa de sus servicios, percibidos durante el último año de servicios, indistintamente si sirvieron o no, de base para realizar aportes, pues, aceptarlo así, desconocería el régimen de transición, señalado por el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y la jurisprudencia vigente al efecto.

Ahora bien, se precisa, que la parte recurrente alega que la demandante, cuenta con la edad mínima, pero no con el tiempo de servicio, ya que solo acredita 12 años, 1 mes y 2 días y por tanto, no es posible acceder a la reliquidación de la prestación, de acuerdo a la norma en cita.

Frente a tales argumentaciones, se señala, que las mismas no corresponden a lo acreditado en el proceso por la parte demandante; pues, de conformidad con la certificación de fecha 4 de septiembre de 2014, suscrita por la Líder de Programa de Recursos Humanos de la Gobernación de Sucre, la señora HILDA CUMPLIDO CÁRDENAS, prestó sus servicios en el Departamento de Sucre, como empleada pública en el cargo de Secretaria Mecnógrafa, nombrada el 30 de septiembre de 1971, hasta el 8 de abril de 1973²³.

A su vez, mediante certificación de agosto 4 de 2014, suscrita por el Gerente de la Empresa Oficial de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Sincelejo – EMPAS E.S.P., la señora HILDA CUMPLIDO CÁRDENAS, laboró en esa empresa, en el cargo de auxiliar administrativo, durante el tiempo comprendido entre el 6 de agosto de 1990, hasta el 12 de enero de 2003²⁴.

Así mismo, del contenido de la Resolución No. 7950 de julio 10 de 2007²⁵, la demandante, laboró en EMPOSUCRE, desde el 15 de octubre de 1982, hasta el 30 de junio del 1989.

²³ Folio 19 C.1

²⁴ Folio 32 C.1

²⁵ Folio 24 - 29 C.1

Las anteriores probanzas acreditan, que la accionante laboró por más de 20 años para el sector público, sin que la parte accionada, las hubiese contradicho. De ahí que se les da pleno valor, para reconocer el beneficio de transición, que contempla el art. 36 de la ley 100 de 1993, a favor de la demandante.

En cuanto a lo alegado por la recurrente, referente a que siempre se liquidaran las pensiones, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin que se puedan tomar otros aspectos contenidos en normas anteriores; debe decirse, que además de los presupuestos de la edad, tiempo de servicio y el quantum de la pensión del régimen de transición, se debe aplicar los criterios de liquidación en su integridad, sin que sea debido o permitido, escindir ese presupuesto, puesto que como se insiste, la aplicabilidad del régimen pensional que le cobija, es completa e íntegra, por lo tanto, atendiendo las directrices de la Ley 33 de 1985, 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, en el último año de servicio.

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

De lo anterior se hace la salvedad, que sí sobre dichos factores no se realizaron aportes, la entidad que reconoce la pensión, deberá tenerlos en cuenta, pero realizará los descuentos a que haya lugar, 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 otros²⁶. En consecuencia, lo que esta*

²⁶ 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

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:

"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.

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.

Entonces, la Sala debe puntualizar en el mismo estándar de racionalidad seguido a lo largo de esta sentencia de unificación, que el referido Acto Legislativo 1 de 2005, modificadorio del artículo 48 de la Carta Política, precisó en el parágrafo 1º que, “A partir del 31 de julio de 2010 no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública”, y justamente, es el mismo Acto Legislativo el que menciona, en su artículo 1º, qué se entiende por causación del derecho pensional, al indicar que ello ocurre cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento; elemento capital para diferenciar la fecha en que se liquida la prestación de aquella en que el derecho como tal emerge a la vida jurídica”²⁷.

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

4. No puede perderse de vista, que la pensión es claramente un derecho de contenido social y por ello es un derecho humano, a la luz de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia, en especial de la Convención Americana de los Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1998 (estos dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (dentro del sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos) y el texto de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Todos estos instrumentos internacionales, que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, consagran la

²⁷ 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.

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 legítima²⁸, en todo el sentido de la palabra, especialmente si se considera que las autoridades, cualesquiera que ellas fueren, deben guardar coherencia en sus decisiones, legitima principios como el de no regresividad o de progresividad que impera en materia laboral.

²⁸ 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"

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 constitucionalidad²⁹, 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...**”³⁰.

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

²⁹ 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.

³⁰ 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.

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 derechos³¹.

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 salud³² 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"³³.

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

³¹ 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...".

³² 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)".

³³ Párrafo 32. Observación citada en la Sentencia C-671 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

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 1997³⁴ 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 derechos³⁵.

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 derechos³⁶. 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

³⁴ 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).

³⁵ 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.

³⁶ 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.

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 2004³⁷ se empezó a sentar las bases de un “test de no regresividad”, para que el control de constitucionalidad sea más estricto³⁸. 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;³⁹ y (iii) si las reformas se encuentran justificadas conforme al principio de proporcionalidad y razonabilidad.

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

³⁷ M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

³⁸ Negrillas fuera del texto.

³⁹ 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.

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"⁴⁰ y ha establecido una categoría intermedia de protección que denominó "expectativa legítima"⁴¹.

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 jurisdicción⁴² (baste con leer el art. 270 del CPACA), son estos criterios, los que deben prevalecer ante las distintas interpretaciones de la ley que

⁴⁰ 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 Guarizo 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.

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia C – 228 de 2011.

⁴² Así lo consideró la Corte Constitucional en sentencia C – 836 de 2001.

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.

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.

En este punto es bueno anotar, que lo aquí señalado, es conteste con la sentencia de unificación de la sección Segunda del Consejo de Estado, sentencia del 25 de febrero de 2016, Expediente: 25000234200020130154101, Referencia: 4683-2013, Actor: ROSA ERNESTINA AGUDELO RINCÓN, AUTORIDADES NACIONALES, con ponencia del Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE. Textualmente, en dicha providencia se dijo:

“Quiere insistir el Consejo de Estado en las razones que sustentan su postura tradicional con respecto al ingreso base de las pensiones del régimen de transición, y que ahora reitera:

1) La complejidad de los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición, hace altamente razonable la interpretación que tradicionalmente ha tenido esta Corporación respecto de la expresión “monto” contenida como criterio general en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

2) Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencia de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica. La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional. El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como lo son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico, que en todo caso ya se asumió para la generalidad de los pensionados, quedando muy pocos pendientes de esa decisión. Debe recordarse que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, además de introducir el concepto de sostenibilidad financiera al sistema pensional, dispuso que el Estado “asumirá la deuda pensional que esté a su cargo”.

3) Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa

oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas.

4) La Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa, en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le sería aplicable, dado que como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a defender su posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos aquí expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema.

5) Los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que la misma Corte Constitucional ha estimado incorporados a la Constitución Política colombiana en virtud del llamado "bloque de constitucionalidad", no se predicán exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales. Si la interpretación tradicional del Consejo de Estado sobre el concepto de "monto" en las pensiones del régimen de transición del sector público se ha aplicado a la generalidad de los pensionados de dicho sector, tanto en sede administrativa como en las decisiones judiciales, y esa interpretación ha sido compartida por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y de tutela, no parece acorde con los referidos principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que se pretende introducir con la sentencia SU-230 de 2015.

En efecto, si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional y queda pendiente, en consecuencia, un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el asunto conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera que imponga el cambio jurisprudencial que plantea la sentencia SU-230 de 2015, y en cambio sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los principios de igualdad y de progresividad".

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 entidad 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.- CONDENAS EN COSTAS - SEGUNDA INSTANCIA.

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1º 2º y 3º del artículo 365 del Código General del Proceso, condénese en costas a la parte demandada y liquídense, de manera concentrada, por el juez *a quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo, lo concerniente a las agencias en derecho.

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 5 de noviembre de 2015, proferida en audiencia inicial, por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada. En firme la presente providencia, por el A quo, de manera concentrada, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C.G.P.

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

Aprobada en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 00113/2016

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA
(Ausente con permiso)