



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE Sala Segunda de Decisión Oral

Sincelejo, cinco (05) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-004-2014-00247-01
ACTOR:	NANCY DEL SOCORRO CANCHILA CONTRERAS
DEMANDADA:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – “UGPP”
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación, interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia datada 7 de diciembre de 2015, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Sincelejo, mediante la cual, se declaró la nulidad del acto acusado y se dispuso el restablecimiento del derecho requerido.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

La señora **NANCY DEL SOCORRO CANCHILA CONTRERAS**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – “UGPP”**, con el fin de que se acceda a las siguientes reclamaciones:

¹ Folio 1 - 2 del cuaderno de primera instancia.

1. Se declare la nulidad parcial de la Resolución N° 60499 de diciembre 12 de 2008, mediante la cual, se reconoció pensión de vejez a la actora.
2. Se declare la nulidad absoluta de la Resolución No. UGM – 037411 de marzo 9 de 2012, mediante la cual, se negó la reliquidación de la pensión de vejez a la actora, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.
3. A título de restablecimiento del derecho, solicita la demandante, que se ordene a la entidad demandada, le reconozca y pague la reliquidación de la pensión de vejez, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.
4. Se condene a la entidad demandada, a liquidar y pagar a favor de la demandante, las mesadas adicionales, desde el día 4 de julio de 2007, en la cuantía que se determine pagar en la sentencia.
5. Se condene a pagar, sobre las mesadas adeudadas, las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al I.P.C.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

La señora **NANCY DEL SOCORRO CANCHILA CONTRERAS**, laboró en el Hospital Regional II Nivel de Sincelejo, hoy Hospital Universitario de Sincelejo, en el cargo de operaria, en el periodo comprendido entre el 20 de agosto de 1977, hasta el día 29 de febrero de 2000.

Mediante Resolución No. 60499 de diciembre 12 de 2008, la **CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL - CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN** -, reconoció pensión de vejez a la señora **NANCY DEL SOCORRO CANCHILA CONTRERAS**, en cuantía de \$ 511.759.99, con efectos fiscales a partir del 4 de julio de 2007.

² Folio 2 - 3 del cuaderno de primera instancia.

La accionante, solicitó ante la Caja de Previsión Social la reliquidación de su pensión, con el fin que se le incluyeran, todos los factores salariales devengados el último año de servicio, la cual fue resuelta, desfavorablemente, mediante Resolución No. UGM-037411 de marzo 9 de 2012.

La demandante, solicitó conciliación ante la procuraduría 164 administrativa judicial II ante el Tribunal Administrativo, declarándose fallida dicha diligencia.

1.3.- Contestación de la demanda³.

La **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – “UGPP”**, luego de aceptar como ciertos algunos hechos de la demanda, se opuso a las pretensiones, formulando como excepciones de mérito, las siguientes:

- **Inexistencia de la obligación por indebida interpretación normativa.** En razón a que la parte actora, pretendía que le fueran aplicadas normas, que no regían su situación fáctica, al solicitar que se le aplicara íntegramente la Ley 33 de 1985; recordando que en su caso, se debían respetar los elementos pensionales de la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión y a todas las demás condiciones, se les debía dar el tratamiento estatuido en el actual sistema general de pensiones.

Así las cosas, el ingreso base de liquidación y los factores salariales que lo componen, se regían por las normas contenidas en la Ley 100 de 1993; siendo válido señalar, en su criterio, que la liquidación se efectuaba con el promedio de los ingresos de los últimos diez (10) años de servicios, con los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994, pues, así lo contempló el artículo 36 de la citada ley.

³ Folios 84 - 89 del cuaderno de primera instancia.

- **La legalidad del acto administrativo demandado.** Arguye, que los actos administrativos demandados, se ajustan al ordenamiento jurídico, pues, se respeta el régimen de transición, en lo que hace a edad, tiempo de servicio y monto pensional o tasa de remplazo, resultando que aspectos como los pedidos en la demanda, se rigen por la ley 100 de 1993, concretamente, el Decreto 1158 de 1994.

- **Prescripción trienal de ciertas mesadas.** Sin que se entienda allanamiento alguno, respecto de las pretensiones deprecadas en la demanda, solicitó se declarara la prescripción extintiva de ciertas mesadas, que se causaron con posterioridad a la fecha, en que se hizo exigible la prestación.

1.4. Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Sincelejo, mediante sentencia datada diciembre 7 de 2015, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y no probadas, las otras excepciones propuestas por la entidad demandada.

A su vez, declaró la nulidad parcial del acto administrativo, contenido en la Resolución No. 60499 de diciembre 12 de 2008 y la nulidad de la Resolución No. UGM-037411 de marzo 9 de 2012, expedidas por la Caja Nacional de Previsión Social.

A título de restablecimiento del derecho, ordenó a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – “UGPP”**, a reliquidar la pensión de jubilación de la señora **NANCY DEL SOCORRO CANCHILA CONTRERAS**, reconocida en cuantía equivalente al 75%, del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicio, previo a la adquisición del status, como son: sueldo, prima de servicios, prima de navidad,

⁴ Folio 119 - 127 del cuaderno de primera instancia.

domingos y festivos, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, auxilio de alimentación y transporte.

Así mismo, ordenó que de la liquidación efectuada, la entidad accionada, debía pagar a la demandante, las diferencias causadas entre las mesadas pagadas y las reliquidadas, a partir del 3 de diciembre de 2011.

Como fundamento de su decisión, el A-quo señaló, que la situación pensional del demandante, se encontraba amparada por el régimen de transición, estipulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, que su pensión de jubilación, en cuanto edad, tiempo de servicios y monto, se regía por la Ley 33 de 1985.

En virtud de lo anterior, consideró, que la actora tenía derecho a que la entidad le pagara y reliquidara la pensión mensual vitalicia de jubilación, con base en los presupuestos establecidos en la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta, que la cuantía de la pensión, fue liquidada con base en el promedio de los salarios devengados entre el 1 de abril de 1994 y el 29 de febrero de 2000, desconociendo el principio de integralidad de la norma y la jurisprudencia, por lo que los actos acusados en este caso, estaban viciados de nulidad, debiéndose reliquidar y tomar como base, el promedio de lo devengado en el último año de servicios.

Respecto a la prescripción de las mesadas, indicó, que el derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación, surgió a partir del 7 de marzo de 2000, fecha en que se hizo exigible dicha prestación y siendo que la demandante, a través de derecho de petición de fecha 27 de mayo de 2011, interrumpió el término prescriptivo, tenía hasta el 27 de mayo de 2014, para presentar la demanda, lo cual solo se hizo hasta el 3 de diciembre de 2014, operando el fenómeno de la prescripción de las prestaciones causadas con anterioridad, es decir, que se encontraban prescritas, las mesadas pagadas con anterioridad al 3 de diciembre de 2011.

1.4.- El recurso⁵.

Inconforme con la decisión de primer grado, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – “UGPP”**, la apeló, a fin de que sea revocada en esta instancia.

Manifiesta en su recurso de alzada, que no es cierto que por el simple hecho de ser beneficiaria del régimen de transición, la 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 citada ley 100.

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

1.5.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 11 de abril de 2016, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia de 7 de diciembre de 2015⁶.

- Posteriormente, mediante auto de 12 de mayo de 2016, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo⁷.

⁵ Folios 133 – 141, cuaderno de primera instancia.

⁶ Folio 3 cuadernos de segunda instancia.

⁷ Folio 12 cuaderno de segunda instancia.

- Las partes, no alegaron en esta instancia procesal y el Agente del Ministerio Público delegado ante este Tribunal, no emitió concepto de fondo.

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.

-. ¿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?

-. ¿Qué régimen rige en 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 de la ley 100 de 1993, 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 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de la misma anualidad, para lo cual realizó exhaustivos debates apoyándose en antecedentes históricos, normativos y

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

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

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.

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

Se entiende por costas “la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable y comprende, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte

⁸ 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.

gananciosa efectuó y a la que le deben ser reintegradas”⁹.

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.

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 vencido¹⁰, 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:

⁹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil General*. Tomo I. Editorial Dupré. Bogotá-Colombia 2009.

¹⁰ Propio de este régimen es el dispuesto por el Código de Procedimiento Civil en sus artículos 392 y siguientes.

“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”¹¹, existe una tasación de la condena, con su respectiva liquidación y ejecución, de conformidad con la remisión efectuada al Código General del Proceso¹², el cual no determina una condición subjetiva, para la materialización de las erogaciones procesales en estudio, pregonándose por un régimen objetivo propio de dicha jurisdicción, existiendo solo una exclusión de las costas cuando el asunto sea de interés público¹³.

Considerándose en últimas, que bajo los argumentos del poder configurativo del legislador en asuntos procesales¹⁴, la determinación de condenar en costas, bajo un régimen objetivo en materia contenciosa administrativa, es procedente bajo la nueva redacción normativa consignada en el artículo 188 de la ley 1437 de 2011, siendo un imperativo para el juez, conforme el artículo 192 del CPACA.

2.3.3.- Caso concreto.

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

¹¹ <http://www.rae.es/drae/srv/search?id=lwJvh1m1PDXX2G9DnACY>.

¹² 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.”

¹³ 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”.

¹⁴ Ver entre otras. Corte Constitucional. Sentencia C-632 de 2012. M. P. Dr. Mauricio González Cuervo.

Se encuentra probado que a la actora, le fue reconocida pensión de jubilación, mediante Resolución No. 60499 de diciembre 12 de 2008, por valor de \$ 511.759.99, efectiva a partir del 4 de julio de 2007¹⁵.

La señora NANCY DEL SOCORRO CANCHILA CONTRERAS, mediante solicitud del 27 de mayo de 2011¹⁶, 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. UGM 037411 de marzo 29 de 2012¹⁷, negó dicha reliquidación, con fundamento en que el status jurídico de pensionado 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.

Se allegó, certificación laboral de fecha 4 de noviembre de 2011¹⁸, expedida por la Líder de la Unidad de Talento Humano del Hospital Universitario de Sincelejo, en el que se hace constar, que la señora NANCY DEL SOCORRO CANCHILA CONTRERAS, prestó sus servicios en dicha entidad en el cargo de Operaria, desde el 27 de agosto de 1977, hasta el 29 de febrero de 2000 y en el último año de servicios, devengó, además de la asignación básica, los siguientes factores salariales: *prima de servicio, prima de navidad, domingos y festivos, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, auxilio de alimentación y auxilio de transporte.*

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 NANCY DEL SOCORRO CANCHILA CONTRERAS, sin que exista discusión alguna, sobre el cumplimiento de los requisitos, para que esta sea beneficiario del régimen de transición del Art. 36 de la ley 100 de 1993¹⁹,

¹⁵ Folios 18 - 22 del Cuaderno de 1ª instancia.

¹⁶ Conforme se desprende de los considerandos de la Resolución No. UGM 037411 de marzo 29 de 2012 (folio 23 – 25).

¹⁷ Folios 23 – 25, cuaderno de primera instancia.

¹⁸ Folio 16, cuaderno de primera instancia

¹⁹ Se destaca que en el presente asunto, no existe discusión alguna sobre la aplicación del régimen de transición en favor de la demandante. Valga anotar, que la actora nació el 4 de julio de 1952, laboró en el Hospital Regional de Sincelejo, desde el 27 de agosto de 1977

previéndose que el cargo de censura, se soporta, 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, la Sala considera, que la decisión de primera instancia, debe ser **confirmada**, toda vez que se encuentra acreditado, 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. Ya que, como bien se deja sentado en apartes precedentes, la jurisprudencia ha reiterado de manera clara y precisa, que los factores que sirven de sustento a la liquidación de la mesada pensional, consignados en la ley, son meramente enunciativos, por lo cual, el ingreso base de liquidación, debe ser dado por aquellas sumas que percibe el trabajador, de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, **independientemente de la denominación que le sean dadas**.

Por lo tanto, en el caso puesto a consideración, la Sala advierte, que muy a pesar que la pensión de jubilación reconocida a la señora NANCY DEL SOCORRO CANCHILA CONTRERAS, 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 folio 16 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 servicio, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, auxilio de alimentación y auxilio de transporte**²⁰, conforme lo

al 27 de febrero de 2000, adquiriendo su status jurídico de pensionada a partir del 4 de julio de 2007 (Cfr. Resolución No. 60499 de diciembre 12 de 2008, folio 18 del C.1).

²⁰ Si bien es cierto, se trata de una empleada territorial, para efectos de factores salariales como la bonificación por servicios, debe tenerse en cuenta que se trata de una empleada del sector salud, con vinculación anterior a la vigencia de la ley 10 de 1990.

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 del actor.

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, 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.**

En ese orden, dando respuesta al primer planteamiento jurídico propuesto, se avizora que la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL “UGPP**, debe liquidar la pensión de jubilación del 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 otros²¹. En consecuencia, lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados”.*

Siendo así, la manera de cómo interpretar el ingreso base de liquidación de las personas que gozan de régimen de transición, se limita a esos funcionarios, por lo que en este aspecto, tales argumentos serían la ratio decidendi de la sentencia, por ende, frente a cualquier otra aplicación o argumentación que gire en torno al art. 36 de la ley 100 de 1993, la misma solo alcanzaría la condición de obiter dictum, dado que no es el fondo de la situación estudiada por la Corte, por ende, carecería de fuerza vinculante obligatoria, como ocurre en este caso.

²¹ 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.

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, modificatorio 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”²².

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

²² 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.

interpretaciones en ella contenidas, solo serían aplicables a aquellas personas que gozando de régimen de transición, se les aplica el régimen especial de pensiones y a su vez adquieren su derecho a la pensión (status pensional, lo que se adquiere con edad y tiempo de servicios) con posterioridad al 5 de julio de 2005 o 31 de julio de 2010, según el caso.

4. No puede perderse de vista, que la pensión es claramente un derecho de contenido social y por ello es un derecho humano, a la luz de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia, en especial de la Convención Americana de los Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1998 (estos dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (dentro del sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos) y el texto de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Todos estos instrumentos internacionales, que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, consagran la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro de los que se puede clasificar las pensiones. De estos instrumentos y de la progresividad, se ha inferido un principio aplicable a la protección de los derechos en estudio, cual es la PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD, es decir, que no pueden existir medidas legislativas o interpretativas que vayan en contra de las conquistas de los trabajadores, normas internacionales que no hacen otra cosa que materializar el Estado Social de Derecho y sus fines (arts. 1 y 2 de la C. P.).

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 legítima²³, en todo el sentido de la palabra, especialmente si se considera que las autoridades, cualesquiera que ellas fueren, deben guardar coherencia en sus decisiones, legítima principios como el de no regresividad o de progresividad que impera en materia laboral.

Es de anotarse que tales principios han sido naturalizados así, por la Corte Constitucional:

“2. Principio de progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos pensionales y expectativas legítimas ante eventuales reformas laborales

2.1. *El principio de progresividad de los derechos sociales, económicos y culturales (DESC) y la prohibición concomitante de la regresividad de éstos derechos se encuentra consagrado en el artículo 48 de la C.P que establece que, “El Estado, con la participación de los particulares, ampliará **progresivamente** la cobertura de la seguridad social...”.*

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 constitucionalidad²⁴, ya que específicamente se encuentran estipulados en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y*

²³ 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”

²⁴ 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.

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...**"²⁵.

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 derechos²⁶.

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 salud²⁷ 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

²⁵ 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.

²⁶ 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...".

²⁷ 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)".

aplicado tras el examen exhaustivo de todas las alternativas posibles”²⁸.

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 1997²⁹ 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 derechos³⁰.

²⁸ Párrafo 32. Observación citada en la Sentencia C-671 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

²⁹ 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).

³⁰ 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

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 derechos³¹. Sobre esta presunción de inconstitucionalidad *prima facie* del retroceso en materia de derechos sociales se dijo en la Sentencia C-038 de 2004 que,

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

2.8. Igualmente en la Sentencia C-038 de 2004³² se empezó a sentar las bases de un “test de no regresividad”, para que el control de constitucionalidad sea más estricto³³. 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;³⁴ y (iii) si las reformas se

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.

³¹ 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.

³² M. P. Eduardo Montealegre Lynnet.

³³ Negrillas fuera del texto.

³⁴ 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

encuentran justificadas conforme al principio de proporcionalidad y razonabilidad.

2.9. Del mismo modo se debe resaltar que el test de proporcionalidad en materia de regresividad de los derechos sociales ha utilizado los tres pasos que se plantean en el juicio de igualdad, es decir el principio de **idoneidad** que consiste en verificar si la medida regresiva tiene un fin constitucionalmente legítimo y un presupuesto constitucional que la justifique, en segundo lugar el presupuesto de **la necesidad** en donde se valora si de todas las medidas posibles, la que escogió el legislador es la menos regresiva, hasta llegar hasta al último paso del test de verificar la **proporcionalidad en sentido estricto** que consiste en confrontar el principio de no regresividad con otros principios constitucionales como la garantía de sostenibilidad del sistema o los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia cuando se trata de valorar el sistema de seguridad social, para establecer si en el caso concreto se presenta un mayor menoscabo del principio de progresividad frente al principio constitucional que se enfrenta a éste. Así por ejemplo en la Sentencia C-038 de 2004 se dijo que si se utiliza como presupuesto de justificación de la regresividad de un derecho social el fomento del empleo se debe constatar, "(i) que las medidas no fueron tomadas inopinadamente sino que se basaron en un estudio cuidadoso, y (ii) que el Congreso analizó otras alternativas, pero consideró que no existían otras igualmente eficaces que fueran menos lesivas, en términos de la protección del derecho al trabajo. Y (iii) finalmente debe el juez constitucional verificar que la medida no sea desproporcionada en estricto sentido, esto es, que el retroceso en la protección del derecho al trabajo no aparezca excesivo frente a los logros en términos de fomento del empleo".

2.10. Por otra parte y en cuanto a la aplicación del principio de progresividad y prohibición de regresividad específicamente **en materia de pensiones**, se constata que la Corte acogió la regla de la presunción de inconstitucionalidad prima facie y el control estricto de constitucionalidad mediante la verificación de la proporcionalidad del retroceso utilizando el "test de no regresividad". Sin embargo, se debe subrayar que en este caso ha valorado especialmente si se trata de retrocesos de "meras expectativas" o de "derechos adquiridos"³⁵ y ha establecido una categoría intermedia de protección que denominó "expectativa legítima"³⁶.

al trabajador menor de edad; el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones legales.

³⁵ 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.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C – 228 de 2011.

Señalándose en consecuencia, que aceptar la tesis SU – 230 de 2015, en todo su rigor, no es acoger un precedente, sino atender 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 jurisdicción³⁷ (baste con leer el art. 270 del CPACA), son estos criterios, los que deben prevalecer ante las distintas interpretaciones de la ley que puedan hacer otros operadores judiciales, materializando la igualdad jurídica y la confianza legítima que el propio Estado creó, amén de la aplicación de principios como el de in dubio pro operario y el de inescindibilidad normativa, donde la duda, de existir, que no lo es, debe interpretarse a favor del trabajador, sin quebrar el régimen laboral que le resulta aplicable.

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

6. Sustento evidente de la sentencia C – 258 de 2013, es la sostenibilidad del sistema pensional en Colombia, en tanto, las excesivas pensiones, percibidas por los funcionarios atrás mencionados, resultaron afectándolo y quebrando la balanza que lo debe regir (homeóstasis). Si esta es la consideración, en casos como el tratado, si de aplicación analógica se trata, debería acudir

³⁷ Así lo consideró la Corte Constitucional en sentencia C – 836 de 2001.

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.

A lo anterior hay que adicionar, máxime que finalmente, la posición en mención, ha sido asumida por el Honorable Consejo de Estado, en similares términos a los que este Tribunal ha expuesto, tal y como aparece en **SENTENCIA UNIFICADA** de la Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, de fecha 25 de febrero de 2016³⁸, donde se manifestó:

“Ahora bien, en punto de los factores salariales de la liquidación de la citada prestación pensional, en tesis mayoritaria de la Sala Plena de esta Sección, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010³⁹. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, la Sala concluyó que se deben tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el demandante durante el último año de servicio.

En este último punto, y en consonancia con lo dispuesto por el Tribunal, cabe decir, que en virtud a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1 de la Ley 62 de 1985, la liquidación de la pensión debe estar de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, regla a la que están obligados todos los servidores públicos, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional. Lo anterior significa, que si no han sido objeto de descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes.

Tal ha sido la filosofía del legislador, que actualmente se ha elevado a rango constitucional a través del Acto Legislativo 1 de 2005, en el sentido de establecer que para efectos de la

³⁸ Expediente con radicación interna 4683-2013. C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

³⁹ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto en la referida sentencia, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores salariales contenidos en la leyes 33 y 62 de 1985 para el sector oficial. Pese a tal discrepancia, la Sección Segunda, en forma unánime, ha reconocido que la sentencia del 4 de agosto de 2010 constituye sentencia de unificación jurisprudencial y en tal carácter la ha aplicado, tanto en sentencias de segunda instancia, como en el mecanismo de extensión de jurisprudencia, al igual que en sentencia de tutela contra providencias judiciales”.

liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Máxima que implica, a partir del año de 2005, que sobre todos los factores que constituyen base para liquidar la pensión deban realizarse los respectivos aportes, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, como también lo ha señalado la Sala⁴⁰...

Quiere en esta oportunidad el Consejo de Estado señalar que, de conformidad con lo expuesto y como se expresó con anterioridad en esta providencia, el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%). La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4° de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013, pues conforme a la parte resolutive de la referida sentencia de control constitucional, "las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL), aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso".

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

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub Sección B, sentencia de 6 de noviembre de 2014. M. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Exp. No. Interno 3155-2013.

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” (Citas del texto).

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, anotando eso sí, que la pensión debe 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, por lo que habrá de modificarse el numeral tercero de la parte resolutive del fallo apelado, en tanto dispuso que tal liquidación se hará con el promedio del último año de servicio, previo a la adquisición del status pensional, sin que esto constituya afectación de la reformatio in pejus, pues, se trata de la esencia misma de lo pedido.

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

En consecuencia, se tendrá por no próspero, el cargo esbozado en el recurso de alzada, tendiente a que se le exonere a la demandada, de la condena en costas impuesta por el A quo, 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, 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, de ambas instancias.

4.- DECISIÓN

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

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia del 7 de diciembre de 2015, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, el cual quedará así:

*“**TERCERO:** Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho ORDÉNESE a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, a reliquidar la pensión de jubilación de la señora NANCY DEL SOCORRO CANCHILA CONTRERAS, reconocida en cuantía equivalente al 75% del promedio de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, como con: el sueldo, la prima de servicios, la prima de navidad, domingos y festivos, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, auxilio de alimentación y auxilio de transporte”*

CONFIRMAR en lo restante la mencionada sentencia, conforme lo expuesto.

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. 123/2016

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA