



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sala Segunda de Decisión Oral

Sincelejo, nueve (9) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-007-2015-00158-01
ACTOR:	CECILIA MARÍA CABALLERO ROMERO
DEMANDADO:	NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
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 adiada¹ 5 de junio de 2016, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Sincelejo, mediante la cual, se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1.- ANTECEDENTES

1.1 Pretensiones¹.

La señora **CECILIA MARÍA CABALLERO ROMERO**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, con el fin de que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 00768 de agosto 10 de 2007, por medio de la cual, se reconoció una pensión vitalicia de jubilación.

¹ Folios 1 – 2, Cuaderno de primera instancia.

Como consecuencia de lo anterior, pide la actora, se ordene a la entidad demandada reliquidar su pensión de jubilación teniendo en cuenta, todos los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior, a la causación de su derecho.

Así mismo, solicita se inaplique por inconstitucional el Decreto 3752 del 22 de diciembre de 2003, artículo 3, por violar el artículo 53 de la Constitución Política y el artículo 15, numeral 2, literal b, de la Ley 91 de 1989.

Que sobre la mesada resultante, se hagan los reajustes pensionales conforme a la Ley 71 de 1988 y se reconozcan y liquiden los intereses de mora, sobre las sumas adeudadas.

1.2 Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda².

La señora CECILIA MARÍA CABALLERO ROMERO, laboró como docente nacionalizada y en virtud de tal calidad, le fue reconocida pensión vitalicia de jubilación, mediante Resolución N° 00768 de agosto 10 de 2007, expedida por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, delegada de la Nación - Ministerio de Educación y del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Para la liquidación de la citada prestación, solo se tuvo en cuenta la asignación básica mensual; desconociendo los demás factores salariales, tales como, la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de alimentación, y prima de grado.

Como soportes jurídicos de su pretensión, adujo preceptos de carácter constitucional y legal, como lo son los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Política; Ley 91 de 1989 e inaplicabilidad del Decreto 3752 de 2003.

² Folios 2 - 3 del cuaderno de primera instancia.

En su concepto de violación, argumentó que el acto demandado desmejoró su situación prestacional, al determinar que el ingreso base de liquidación de su pensión de jubilación, era el que se causaba con posterioridad a la Ley 812 de 2003 y no el causado con anterioridad a la vigencia de la citada ley. Con ello, también, dice, se vulneró la condición más favorable o beneficiosa al trabajador, consagrada en el artículo 53 de la Constitución.

Adujo, que al no incluirse todos los factores salariales en el reconocimiento de su pensión, se le desconocieron sus derechos adquiridos y se desmejoraron sus prestaciones, pues, para efectos de su vinculación se le aplicó la Ley 91 de 1989, en lo relacionado con aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y en el reconocimiento de su pensión, se le aplica una norma violatoria de la Constitución y la ley.

Concluye, que se le debe reconocer la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales (prima de navidad, prima de vacaciones, prima de alimentación y la prima de grado), aplicando la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2, literal b), en igualdad de condiciones que a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que se pensionaron con anterioridad a diciembre de 2003 y con posterioridad al 24 de julio de 2007.

1.3. Contestación de la demanda³.

La parte demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, por carecer de fundamentos de hecho y de derecho que avalen su prosperidad. En cuanto a los hechos señaló, que algunos parecían ser ciertos y los otros, si lo eran de acuerdo a los documentos que obraban en el expediente.

Como argumento central de su defensa, manifestó, después de hacer una relación normativa sobre la temática objeto de la acción, que el

³ Folios 65 – 77, cuaderno de primera instancia.

reconocimiento de las prestaciones, causadas a partir del 23 de diciembre de 2003, tienen en cuenta como factores salariales, únicamente, la asignación básica mensual (Ley 91 de 1989) y el sobresueldo (Decreto 3621 de 2003), reglamentándose ello, en la ley 91 de 1989.

Precisa, que el Decreto 3752 de 2003, modifica los actos en cuanto a los factores salariales se refiere, para la liquidación correspondiente, en virtud de los aportes y cotizaciones efectuadas, implementándose por las regionales tal precepto normativo; donde si bien, este fue modificado por el Art. 160 de la Ley 1151 de 2007, estableciendo que a partir de 25 de julio de 2007, la liquidación de las pensiones a los docentes afiliados al FOMAG se realizaría teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales y de acuerdo al tipo de vinculación, este tipo de situación no se ajusta al caso objeto de demanda, por lo cual, al momento en que el demandante adquiere el status de pensionado, se encontraba vigente el Art. 3 del Decreto 3752 de 2003, manteniéndose inmodificable, al denotarse situaciones jurídicas consolidadas y respecto de las cuales, la Ley 1151 de 2007, no estableció modificación alguna.

Propuso como excepciones: *Inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, buena fe, pago, Prescripción de derechos, excepción genérica o innominada.*

1.4.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia proferida el 15 de junio de 2016, declaró no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada. A su vez, declaró la nulidad del acto acusado y condenó a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reliquidar la pensión de jubilación de la señora Cecilia del Carmen Caballero Romero, con la inclusión de todos los factores salariales por ella devengados en el

⁴ folios 100 – 110, cuaderno de primera instancia.

último año de servicio, esto es, la asignación básica, prima de alimentación, prima de grado, 1/12 de la prima vacacional y la prima de navidad.

Así mismo, condenó a la parte accionada a pagar a la demandante, las diferencias de las mesadas pensionales dejadas de percibir, que resulte entre los valores que le habían sido reconocidos y pagados y los que dejó de percibir, por la no inclusión de todos los factores salariales.

Declaró probada la excepción de prescripción del derecho a recibir el pago del reajuste de las mesadas causadas, anteriores al 23 de julio de 2012.

Negó las demás pretensiones de la demanda.

Como argumentos de su decisión, el A quo señaló, que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la demandante tenía más de 35 años de edad y más de 15 años de servicios, por tanto, era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la citada normatividad.

En ese sentido, para la liquidación de su pensión debía tenerse en cuenta el 75% del salario promedio mensual, de todo lo devengado durante el último año de servicio, previo a adquirir el status de pensionada.

Entonces, como el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no incluyó en la pensión de jubilación, todos los factores salariales devengados por la actora en su último año de servicio, se concluía que si le asistía derecho a que la entidad demandada, reliquidara su prestación, incluyendo, además de la asignación básica, la prima de alimentación, prima de grado, prima vacacional docente y la prima de navidad.

Respecto a la prescripción, señaló, que como la demanda fue presentada el 23 de julio de 2015, el reajuste pensional tendría efectos a partir del 23 de julio de 2012.

1.5.- El recurso⁵.

Inconforme con la decisión de primer grado, la parte demandada la impugnó, con el objeto de ser revisada y revocada en esta instancia.

El apelante, luego de hacer un recuento normativo del régimen aplicable al demandante, indicó, que la juez *A quo*, yerra en su decisión al condenar a la entidad y se reiteran los argumentos señalados en primera instancia, sosteniéndose, que los requisitos para acceder a la pensión están delimitados por normas, de las cuales, no existe posibilidad de reconocer y pagar, el reajuste a la cuantía de la pensión vitalicia de jubilación a favor del docente.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 31 de agosto de 2016, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada⁶.
- En proveído de 30 de septiembre de 2016, se dispuso correr traslado a las partes, para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para emitir concepto de fondo⁷.
- Las partes, no alegaron en esta instancia procesal y el Agente del Ministerio Público, 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.

⁵ Folios 126 – 142 del cuaderno de primera instancia.

⁶ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folio 12, cuaderno de segunda instancia.

2.2. Problema Jurídico.

De los extremos de la litis, por demás ceñido al recurso interpuesto, el problema jurídico, consiste en determinar: ¿Hay lugar a la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios?

3.- Análisis de la Sala.

El presente asunto, trata de la reliquidación de una pensión reconocida a favor de un docente, que está a cargo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por ende, por virtud de la Ley 100 de 1993, inciso 2º del artículo 279, excluido del Sistema Integral de Seguridad Social, cuando expresó:

“Así mismo, se exceptúan a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración...”.

En esas condiciones, si el régimen de seguridad social en materia de pensión de jubilación, no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación – derecho e invalidez de los docentes, cabe concluir, que estas prestaciones, siguen sometidas al régimen legal anterior, que no es otro que el de la Ley 33 de 1985.

Siendo así, los docentes cobijados por el régimen señalado, 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, resultando aplicable lo afirmado en sentencia de 4 de agosto de 2010, expediente 012-2009, con ponencia del Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, en donde se concertó, que la liquidación del Ingreso Base de Liquidación (IBL), debe contener, además 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.

Lo que se recalcó en sentencia del 3 de febrero de 2011, expediente 0670-10. C. P. Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, cuando el Honorable Consejo de Estado, dijo:

“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.

Insistiéndose, que los anteriores argumentos se predicán de todo servidor público, incluyendo a los docentes nacionales y nacionalizados, quienes para el efecto, gozan de las atribuciones del régimen de transición, haciendo una interpretación sistemática de ciertas normas, como lo son la ley 33 de 1985, ley 71 de 1988, ley 91 de 1989, ley 100 de 1993, ley 707 de 2003 y ley 812 de 2003.

Sobre la anterior apreciación, el Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 3 de abril de 2008⁹, manifestó:

“El artículo 15 numeral 1° de la Ley en mención indicó las disposiciones que se aplicarían a los docentes Nacionales y Nacionalizados y a los que se vincularan con posterioridad al 1° de enero de 1990. Para resolver el sub – lite en lo pertinente dispuso: ... El señor Bernardo Fernández Calderón, en su calidad de docente nacionalizado ha venido prestando sus servicios en el ramo de la educación, desde el 1 de octubre de 1977, por ende se le aplica la disposición antes transcrita, en cuanto señala que a los docentes que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de prestaciones económicas y sociales

⁸ 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; 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.

⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección B. Expediente con radicación interna 1564-07. C. P. Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez.

mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.

Es decir, el demandante mantiene el régimen vigente en la entidad territorial en la fecha en que formuló la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, que lo fue el 12 de noviembre de 2002. En materia de pensión de jubilación en esa época se hallaba vigente la Ley 33 de 1985, “por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público.” El artículo 1° de esta Ley dispuso: ... El inciso segundo del artículo 1° de la Ley 33 de 1985 dispuso que no quedaran sujetos a la regla antes transcrita, los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción, ni aquellos que por Ley disfrutaban de un régimen especial de pensiones.

Además del régimen especial que se ha establecido en favor de los docentes oficiales referido a la posibilidad que tienen de percibir simultáneamente pensión de jubilación, sueldo y cuando haya lugar a ella, acceder a la pensión gracia; en materia de pensión ordinaria de jubilación el ordenamiento jurídico no ha previsto ninguna especialidad en su tratamiento. Así se desprende de la normatividad que se ha expedido a favor de los servidores del ramo de la docencia.

Lo anterior por cuanto el régimen especial de pensiones se caracteriza porque algunas de sus disposiciones contemplan de manera expresa, condiciones relacionadas con la edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada pensional distintos a los establecidos en la norma general.

La Ley 33 de 1985 se aplica a los empleados oficiales de cualquier orden, salvo los regímenes de excepción y los especiales, en los términos antes indicados. Se repite, el ordenamiento jurídico no prevé un régimen especial de pensión ordinaria de jubilación en favor de los docentes oficiales.”

Aterrizando lo anterior al caso **que ocupa la atención de la Sala**, se tiene que la controversia jurídica se centra en los factores, que deben tenerse en cuenta en la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora CECILIA MARÍA CABALLERO ROMERO, bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985.

Así, se sabe que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, mediante Resolución No. 0768 de agosto 10 de 2007¹⁰, reconoció a favor de

¹⁰ Folios 20 – 21, cuaderno de primera instancia.

la actora pensión de jubilación en cuantía de \$1.153.127,00, efectiva a partir del 28 de febrero de 2007, como docente nacionalizado. De la citada resolución se extrae, que al momento de liquidarse la pensión de la actora, la entidad, tuvo como ingreso base de su liquidación el promedio de lo devengado en el último año de servicios, a la fecha en que adquirió el status de pensionada, esto es la suma de \$1.537.503,00.

A folio 21 del cuaderno de primera instancia, se observa certificación de fecha 4 de junio de 2015, suscrita por la Líder de Programa Administrativa y Financiera, en la que se señala, que en el último año de servicios, la señora CECLILIA MARÍA CABALLERO ROMERO, devengó, además de su asignación básica, los siguientes factores salariales: prima de alimentación, prima de grado, prima vacacional y prima de navidad.

También se encuentra probado, que al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la señora CECLILIA MARÍA CABALLERO ROMERO, tenía más de 40 años de edad, pues, nació el día 27 de febrero de 1952, tal como se aprecia de la copia de la cédula de ciudadanía (folio 24); y más de 15 años de servicios, pues, estuvo vinculada como docente desde el 3 de mayo de 1975 hasta el 27 de febrero de 2007, conforme se aprecia en la certificación de tiempo de servicios (folio 23) y en la Resolución 00768 de 2007 (folios 20 – 21).

Así las cosas, con las pruebas relacionadas, 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 y 62 de 1985.

Así mismo, debe señalarse, como bien se deja sentado en apartes precedentes, que 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.

Siendo así, el acto administrativo demandado debía ser declarado nulo, toda vez que la mesada pensional de la señora CECILIA MARÍA CABALLERO ROMERO, fue liquidada meramente con la asignación básica, como factor salarial¹¹, debiéndose reconocer en el procedimiento liquidatario, las demás sumas de dinero que recibió aquél, como contraprestación directa de sus servicios¹², percibidos durante el último año de servicios, esto es, a más de la **asignación básica, la prima de alimentación, prima de grado, prima vacacional docente y la prima de navidad.**

Por lo tanto, verificado el caso puesto a consideración, la Sala considera, que la decisión de primera instancia, debe ser **confirmada**, en razón a que, muy a pesar que la pensión de vejez a la que tiene derecho la accionante, se efectuó bajo parámetros de la Ley 33 de 1985, 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 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, tal como lo ha realizado en varias de sus decisiones¹³ y que hoy se reiteran e integran como argumentos a la presente decisión, sin necesidad de transcripción, pues resulta fácil su consulta en la página web de este tribunal, máxime cuando la posición que se ha adoptado, finalmente, ha sido asumida por el Honorable Consejo de Estado, que en **sentencia unificada** de la Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, de fecha 25 de febrero de 2016¹⁴, manifestó:

“Ahora bien, en punto de los factores salariales de la liquidación de la citada prestación pensional, en tesis mayoritaria de la Sala

¹¹ Folios 20 - 21 del cuaderno de primera instancia.

¹² Folio 22 del Cuad. de Primera Instancia.

¹³ Ver Sentencias del 4 de febrero de 2016, Expedientes 2013-00271-01/2016-00363-01; Sentencia de 30 de marzo de 2016, expediente 2015-00135-00; sentencia 3 de marzo de 2016, expediente 2013-00247-01; entre otras; M. P. Dr. Rufo Arturo Carvajal Argoty.

¹⁴ Expediente con radicación interna 4683-2013. C.P Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

Plena de esta Sección, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010¹⁵. 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 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 Sala¹⁶...

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 4º 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

¹⁵ "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".

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub Sección B, sentencia de 6 de noviembre de 2014. C. P. Gerardo Arenas Monsalve. Exp. No. Interno 3155-2013.

(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 sentencias 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” (Citas del texto).

Acorde con lo anterior, este Tribunal igualmente se aparta del precedente de la Honorable Corte Constitucional en sentencia **SU-427 de 2016**, en cuanto a interpretación del cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas previstas en la Ley 100 de 1993 y reitera lo dicho en sentencia del 4 de noviembre de 2016¹⁷:

“Sobre este particular, ha de expresarse por parte del Tribunal que la pensión es un derecho de contenido social y un derecho humano, a la luz de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia, en especial de la Convención Americana de 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 1988 (estos dentro del sistema Interamericano de Derechos Humanos), el Pacto Internacional de Derechos Económicos,

¹⁷ Sentencia proferida por la Sala Tercera de Decisión Oral. Radicación No. 70-001-33-33-004-2015-00106-01, Demandante: Marly del Cristo Manjarres de Reyes, Demandado: U.G.P.P. M.P. Silvia Rosa Escudero Barboza.

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.

Los anteriores instrumentos internacionales, hacen parte del Bloque de Constitucionalidad y consagran la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro de los que se puede clasificar las pensiones¹⁸. En virtud de ello, se ha inferido un principio aplicable a la protección de los derechos objeto de pronunciamiento, yes la prohibición de regresividad, por lo tanto, en los Estados partes de estos instrumentos internacionales, no pueden existir medidas legislativas o interpretativas que vayan en contra de las conquistas de los trabajadores, normas de carácter internacional que no hacen otra cosa que materializar el Estado Social de Derecho y los fines del Estado (artículos 1 y 2 de la C.P.)”.

4. Condena en costas - Segunda instancia.

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1º y 2º 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.

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,

¹⁸ El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, consagra: “Artículo 11. 1. 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.” Por su parte el Protocolo de San Salvador, en su artículo 1, consagra: “Artículo 1. Obligación de Adoptar Medidas. Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.” Adicionalmente, este protocolo, establece el derecho a la seguridad social y la protección de la vejez (artículo 9) y la protección de los ancianos (artículo 17). El Texto de la Constitución de la OIT, regula en su artículo 19 numeral 8: “8. En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación.” (Negrillas para resaltar). De esta norma se ha deducido la prohibición de regresividad en materia laboral, tanto desde el punto de vista legal, como de la aplicación judicial del derecho laboral”.

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 15 de junio de 2016, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: 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 Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobada en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 215/2016

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS
(Ausente con permiso)

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA