



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL**

Sincelejo, veintiséis (26) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Magistrado Ponente: MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente:	70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor:	MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL “UGPP”
Medio de control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema:	RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

SENTENCIA No. 047

I. ASUNTO A DECIDIR

Decide la Sala, la apelación formulada por la entidad demandada contra la sentencia del 09 de septiembre de 2015, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo con funciones en el sistema oral, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda¹.

2.1.1. Pretensiones².

MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho instaurado en contra de la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Parafiscal de la Protección Social "UGPP", solicitó la declaración de nulidad parcial de la Resolución No. RDP 056331 del 12 de diciembre de 2013 y la nulidad de la Resolución No. RDP 057823 del 20 de diciembre de la misma anualidad, la primera de ellas, mediante la cual se negó la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación, y la segunda, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. RDP 056331 de 2013.

Como consecuencia de tales declaraciones y a título de restablecimiento del derecho pretende:

- Se ordene a las entidades demandadas, reliquidar la pensión de jubilación de la actora, teniendo en cuenta para su cálculo, el promedio del 75% de todos los factores salariales devengados en el último año, tales como: sueldo, prima técnica anual, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación especial de recreación y cualquier otro emolumento que la actora demuestre haber recibido en ese periodo como contraprestación de su relación laboral, pensión que ha de pagarse en cuantía mensual no inferior a \$2.394.951.88, efectiva a partir del 14 de enero de 2013.
- Se ordene liquidar y pagar a las entidades demandadas las diferencias de las mesadas entre lo que se ha venido cancelando por concepto de la resolución que reconoció inicialmente la pensión y la que se determine pagar en la sentencia, diferencias calculadas sobre la base de una cuantía inicial no inferior a \$2.394.951.88.
- Se condene al pago de la indexación sobre las diferencias dejadas de cancelar, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, tal y como lo autoriza el artículo 48 de la Constitución Política, el inciso final del

¹ Fl. 36-46 C. N° 1.

² Fl. 36-37 C. N° 1.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

artículo 187 y el inciso primero del artículo 193 del CPACA, así como la reiterada jurisprudencia del H. Consejo de Estado.

- Que se condene a la entidad demandada, a que si no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el numeral anterior, pague los intereses moratorios, después de este término conforme lo ordena el inciso 3° del mismo artículo y el numeral 4° del artículo 195 del CPACA.
- Se disponga que la entidad demandada de cumplimiento al fallo, dentro del término previsto en el numeral segundo del artículo 192 del CPACA.
- Se condene el pago de agencias en derecho, y gastos y costas procesales a la parte demandada, si estas llegaren a causarse.

2.2. Los supuestos fácticos³.

La señora MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ, laboró al servicio del Estado como servidor público, por un período superior a los 20 años de servicio, siendo su último lugar de servicio la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE SINCELEJO.

De igual forma, indicó que adquirió su status jurídico de pensionada el día 20 de diciembre de 2002 y a 1° de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, ostentaba una edad superior a los 35 años y había laborado por más de 15 años.

En este orden, sostuvo que la entonces Caja Nacional de Previsión Social EICE hoy UGPP, mediante Resolución N° 1901 del 19 de enero de 2006, reconoció una pensión de vejez a la actora, en cuantía de \$495.466.00 efectiva a partir del 01 de enero de 2003; posteriormente mediante Resolución No. UGM 038364 del 14 de marzo de 2012, reliquida la pensión, elevando la cuantía en suma de \$ 1.425.616.00, efectiva a partir de 01 de octubre de 2011.

En efecto, detalló que mediante petición del 04 de diciembre de 2013 a la UGPP, solicitó la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, siendo resuelta de forma desfavorable por conducto de la Resolución RDP 056331 del 12 de diciembre de 2013, frente a la cual la accionante elevó recurso de apelación el 19 de diciembre de 2013, el cual fue resuelto mediante Resolución No. RDP 057823 del 20 de diciembre de 2013, confirmando en toda y cada una de sus partes el acto recurrido.

³ Fl. 2-3 C. N° 1.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

Así las cosas, la actora resaltó que la pensión liquidada conforme lo establece la Ley 33 de 1985 en concordancia con el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 debe comprender todos los factores salariales devengados en su último año de servicio del 12 de enero de 2012 al 13 de enero de 2013, tales como: sueldo, prima técnica anual, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, y bonificación especial de recreación.

2.3. Recuento procesal.

La demanda fue presentada el 16 de junio de 2014⁴; admitida por auto del 03 de octubre de 2014⁵ y notificada por medio electrónico a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP", al Ministerio Público, y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, el 30 de enero de 2015⁶.

2.4. Contestación de la demanda.

2.4.1. Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscal de la Protección Social "UGPP"⁷.

La Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Parafiscal de la Protección Social "UGPP", mediante apoderado judicial contestó la demanda en término, oponiéndose a las pretensiones de la misma, por cuanto carecen de sustento fáctico y jurídico que permita acceder a ellas.

Como apoyo a su defensa, la parte demandada propuso las excepciones de "*inepta demanda (por no demandar la totalidad de los actos administrativos que versan sobre lo pretendido)*", "*inexistencia de la obligación*", "*presunción de legalidad de los actos administrativos expedidos por Cajanal EICE en liquidación*", "*buena fe*" y por último "*prescripción trienal*".

En primera medida aduce que, la parte actora debía demandar la totalidad de los actos administrativos objeto de la Litis, puesto que de no haberse cumplido con dicho requisito se configuraría la excepción de inepta demanda, la cual parece haberse originado en el presente caso.

⁴ Fl. 46-47 C. N° 1.

⁵ Fl. 48-49 reverso C. N° 1.

⁶ Fl. 105-108 C. N° 1

⁷ Fl. 140-148 C. N° 1

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

Así las cosas, trajo a colación el artículo 100 del C.G.P, y los artículos 162 y 163 del C.P.A.C.A, señalando que dentro de los requisitos de la demanda, esta debe contener lo que se pretende de forma clara e individualizada, por lo que necesariamente se exige demandar la totalidad de los actos que hayan conformado el agotamiento de la vía gubernativa, de manera que, al demandarse solo uno de los actos en relación a lo solicitado, en este caso, el que resolvió el recurso presentado contra un acto ficto o presunto, así como, los que negaron la reliquidación, omitiendo incluir el acto de reconocimiento de la pensión y el que inicialmente reliquidó la misma, por tal motivo, se configura la excepción de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales.

Al respecto citó, la sentencia del 19 de junio de 2008, expediente 6336-05, así como, las providencias de fechas: 18 de mayo de 2011, Exp. 1282-10, 13 de septiembre de 1990, y del 20 de mayo de 1991 del Honorable Consejo de Estado.

En cuanto a la excepción de "inexistencia de la obligación", refiere que, no es posible acceder a la reliquidación de la pensión de vejez solicitada por la parte actora, teniendo en cuenta el 75% del promedio devengado en el último año de servicio con la inclusión de todos los factores salariales, toda vez que, la misma se pensionó en virtud del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, de tal manera que el reconocimiento y liquidación de su pensión se realizó de acuerdo con lo establecido en dicha normatividad.

Al respecto señaló, que cumplió con la totalidad de los presupuesto señalados por el legislador, tal como se puede constatar en la pensión de vejez que se otorgó a favor de la actora, tomando como base el 75% del IBL, luego de que la misma acreditara 55 años de edad y 20 años de servicio, tal como lo disponía el régimen aplicable, esto es la Ley 33 de 1985.

Seguidamente, refiere que en lo que respecta a los factores salariales objeto de la Litis, el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994, complementario de la Ley 100 de 1993, señala lo siguiente:

“el salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema general de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario;*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados”*

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

Teniendo en cuenta lo anterior, precisa que claramente la norma no contempla la prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y bonificación especial de recreación, como factores salariales, es por ello que resulta evidente negar la solicitud de reliquidación pensional, puesto que en virtud del régimen de transición es claro que dicha reliquidación se debe efectuar atendiendo a lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994.

En cuanto a la “presunción de legalidad de los actos administrativos expedidos por Cajanal EICE en liquidación, precisa que, todos los actos administrativos expedidos por una autoridad pública están revestidos de presunción de legalidad, tanto en sus aspectos formales, los cuales son: i) la competencia del funcionario que los expidió, ii) el sujeto destinatario de la decisión, iii) el objeto de la decisión y iv) el cumplimiento de las formalidades establecidas para su expedición, por lo tanto, han de permanecer vigentes hasta tanto no sea desvirtuada la presunción de legalidad.

Finalmente solicitó que, de encontrarse probadas las pretensiones de la actora, se declare la operancia del fenómeno jurídico de la prescripción trienal, precisando que el mismo se contabilizará a partir del momento en se hizo exigible la obligación hasta su respectiva interrupción, de conformidad con lo señalado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

2.5. La sentencia recurrida⁸.

El Juez de instancia accedió a las pretensiones de la demanda, ordenando a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscal de la Protección Social “UGPP”, a reliquidar la pensión de jubilación, a favor de la demandante. Por un monto equivalente al setenta y cinco por ciento (75%), con la inclusión de todos los factores salariales devengados por la actora durante el último año de servicio, tales como: asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima técnica anual, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y bonificación especial de recreación. Por ende la entidad hará las correspondientes deducciones de las mesadas pensionales que hayan sido canceladas a la actora en los actos administrativos demandados.

En ese sentido, el Juez de Primera instancia declaró la nulidad de la Resolución No. RDP 056331 del 12 de diciembre de 2013 proferida por la Subdirectora de Determinación de Derechos Pensionales de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, mediante la cual se negó la solicitud de reliquidación de la pensión de vejez realizada por la

⁸ Fl. 167-174 C. N° 1.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

accionante, a su vez, declaró la nulidad de la Resolución RDP N°. 057823 del 20 de diciembre de 2013, a través de la cual, se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la resolución RDP 056331 del 12 de diciembre de 2013, que confirmó la totalidad del acto recurrido.

Como sustento de su declarativa, citó el artículo 11 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1° de la Ley 797 de 2003, así como el artículo 36 de la citada ley, precisando que de acuerdo con los hechos señalados en la demanda y los actos acusados, se encuentra demostrado que la actora laboró para el Municipio de Sincelejo en los períodos comprendidos a partir del 27 de abril de 1971 hasta el 21 de marzo de 1972 y desde el 30 de marzo de 1984 hasta el 13 enero de 2013, es decir que, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no contaba con los más de 15 años de servicio que exige la ley pero si tenía más de 35 años de edad.

Así las cosas, considera el *A quo* que, no es posible aplicar el Decreto 1158 de 1994, toda vez que, con ello se vulneraría el artículo 53 de la Constitución Política, el cual señala que cuando hay una norma de transición siempre debe aplicarse la más favorable al trabajador, en este caso al que aspira al status de pensionado, por tal motivo, a la parte accionante se le debe aplicar el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, así como los Decretos 1045 de 1978 y 1042 del mismo año.

Por otra parte sostuvo que, a toda persona que se le aplique el régimen de transición, esto es la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 de la misma anualidad, deben de incluirse todos los factores salariales que devengaron en el último año de servicio antes de adquirir el status pensional.

Por tal motivo, resaltó que según consta en la Resolución N°. 001901 del 19 enero de 2006, se reconoció pensión de vejez a favor de la actora, teniendo en cuenta solo la Asignación Básica Mensual y la Bonificación por Servicios Prestados, al igual que en la Resolución N°. UGM 03864 del 14 de marzo de 2012, la cual, concedió la reliquidación de la pensión a favor de la actora en base a la asignación básica y la bonificación por servicios prestados a partir del 01 de octubre de 2001 al 30 de diciembre de 2011, decisión que fue ratificada en las resoluciones N°. RDP 056331 del 12 de diciembre de 2012 y RDP 057823 del 20 diciembre de 2013, dejando por fuera todos los demás factores salariales devengados por la demandante en el último año, tales como: prima de servicio, prima de navidad, prima técnica anual y prima de vacaciones.

En consecuencia, declaró que a la actora le asiste el derecho a que le sea reliquidada su pensión, incluyendo todos los factores salariales que no le fueron tenidos en cuenta.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

Ahora bien, en lo que respecta al tema de prescripción, refiere el juez primigenio, que antes de las resoluciones demandadas, existió una anterior, la Resolución N°. UGM 038364 del 14 de marzo de 2012, mediante la cual se resolvió una petición elevada por la accionante el día 03 de noviembre de 2011, donde solicitó que se reliquidara su pensión, la cual fue resuelta sin incluir todos los factores salariales devengados por la actora en su último año de servicio. Siendo a partir de esta fecha (03 de noviembre de 2011) que se comenzará a contabilizar el término de prescripción trienal, por lo que a partir del 03 de noviembre de 2008 hacia atrás ha operado la prescripción.

En razón a ello y a las normas estudiadas, el sentenciador de instancia estimó que en el caso concreto la demandante tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional de jubilación incluyendo todos los factores salariales devengados en su último año de servicio (2012 a 2013), el cual se hará efectivo a partir del 03 de noviembre de 2008.

2.7. El recurso de apelación.

Dentro del término de ejecutoria de la sentencia de primera instancia, la entidad demanda interpuso recurso de apelación así:

2.7.1. Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales- UGPP⁹.

Estando dentro del término de ejecutoria de la sentencia de primera instancia, la parte demandada interpuso recurso de apelación, solicitando su revocatoria, con base en los siguientes argumentos:

Como argumentos de defensa, precisó que los actos objetos de litigio fueron expedidos con el lleno de las formalidades establecidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 1158 de 1994 y parte del artículo 1° de la Ley 33 y 62 de 1985, y de acuerdo con los criterios de las altas cortes en cuanto a la interpretación del régimen de transición, así como lo preceptuado en la sentencia SU 230 de 2015 de la Corte Constitucional.

De acuerdo a lo anterior, hace referencia específicamente a dos aspectos objeto de censura, siendo el primero de ellos, la indebida interpretación y aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual resulta aplicable a la señora ARSANIOS RODRÍGUEZ; y por último la condena en costas que se adoptó en la parte final de la decisión objetada.

⁹ Fl. 177-184 C. N° 1.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

En este orden, expuso que el régimen de transición es un beneficio legal para aquellas personas que a la fecha de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 tuviesen 40 años de edad en el caso de los hombre o 35 años edad para las mujeres, o que acreditaran haber laborado por un período no inferior a 15 años.

Al respecto señala, que expresamente el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dispone que las personas que cumplan algunas de las condiciones señaladas en el párrafo anterior tienen derecho a pensionarse conforme la edad, tiempo de servicio y monto de pensión que se halle dispuesto en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados, quedando los demás aspectos regulados por lo dispuesto en la Ley 100.

En este sentido, manifestó que las personas que son beneficiarias del régimen de transición se les debe respetar los criterios previstos en este, como son la edad, tiempo de servicio y monto, en cuanto a este último criterio, precisa la entidad que el mismo corresponde al porcentaje a tener en cuenta del promedio determinado una vez que se haya obtenido el ingreso base para liquidar la pensión (IBL) pero no incluye el IBL, toda vez que el mismo está expresamente consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de manera que, el término de un año que contenía la antigua normatividad, no se incluyó dentro de los aspectos del régimen de transición, lo que implica que esta disposición se encuentra derogada, así como los factores salariales que contempla el régimen anterior.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, señaló que si bien la demandante es beneficiaria del régimen de transición, esto no le da derecho a pensionarse conforme a todas y cada una de las disposiciones contenidas en el Ley 33 y 62 de 1985, como lo consideró *el A quo*, quien respecto al ingreso base de liquidación y factores salariales ordenó tomar el promedio de todos los factores salariales devengados por la accionante en su último año de servicio, posición de la que se aparta esta entidad, toda vez que, tales conceptos deberían ser tratados conforme lo dispone la Ley 100 de 1993.

Seguidamente señaló, que comoquiera que los factores salariales, no hacen parte de los tres requisitos o condiciones que salvaguarda la Ley 100 del régimen anterior, siendo estos (la edad, tiempo de servicio y monto), resulta necesario aplicar lo señalado por la citada ley, la cual fue complementada en este aspecto, esto es de los factores salariales, por el Decreto 1158 del 1994, el cual en su artículo 10 estableció los factores salariales que deben tenerse en cuenta.

Alegó que, con la decisión de sólo tomar como elementos salvaguardados de la Ley 33 de 1985, la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión, no se vulneró

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

derecho alguno de la demandante, simplemente se dio aplicación a la normativa legal que crea el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de

1993, garantizando con ello el respeto y la preponderancia de los principios constitucionales, como el de legalidad, es por ello que no puede entonces decirse que el procedimiento de reconocimiento y liquidación de la pensión a favor de la actora no se ajustó a los preceptos legales vigentes para la fecha.

No obstante, indicó que si bien existen diferentes criterios de interpretación sobre el alcance del régimen de transición, la Honorable Corte Constitucional en sentencia SU 230 de 2015, fijó una nueva interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, precisando que el ingreso base de liquidación IBL, contrario a lo ordenado por el juez de primera instancia, no es un aspecto del régimen de transición, por tal motivo debe regirse por las por las reglas contenidas en el régimen general.

Así las cosas, precisó que si bien existía un precedente jurisprudencial que se seguía para resolver problemas jurídicos como el que ahora se discuten, lo cierto es que esa postura cambió a partir de los recientes pronunciamientos de la Sala Plena de la Corte Constitucional, la cual estableció un nuevo precedente interpretativo sobre el alcance del inciso 2 y 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en ese orden de ideas, indicó que no ha vulnerado norma superior alguna, simplemente aplicó lo dispuesto en el régimen de transición, haciendo una sana interpretación de lo que quiso decir el legislador.

Por último, alegó que el sujeto fallador es quien tiene la facultad discrecional para efectos de dictaminar si condena en costas y agencias en derecho a la parte que resulte vencida, pero tal prerrogativa no debe desconocer principios fundamentales de la actuación judicial, es decir que si bien el Juez tiene la potestad para imponer la condena en comento, este debe observar ciertos criterios previstos por el legislador en el artículo 392 del C.P.C.

2.8. Actuación en segunda instancia¹⁰

Mediante auto de 18 de diciembre de 2015, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en contra de la sentencia de la referencia¹¹; por auto de 10 de febrero de 2016, se corrió traslado a las partes por diez días para alegar de conclusión¹².

¹⁰ Fl. 1 al 28 C. alzada.

¹¹ Fl. 3 C. Alzada.

¹² Fl. 8 C. Alzada.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

2.9. Alegatos de conclusión.

2.9.1. De la parte demandante¹³

El apoderado de la parte demandante, arguyó que la actora es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia su pensión debe reliquidarse conforme el régimen especial consagrado en el inciso 2° del artículo 36 de la precitada ley, inciso 2° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, Decretos 1047 de 1978, 1835 de 1994, 1933 de 1989 y demás concordantes, reconociendo la totalidad de los factores salariales que por ley le corresponden.

Por tal motivo, solicita se confirma la sentencia de primera instancia, toda vez que la misma se encuentra ajustada a derecho, pues el fallo judicial responde a una correcta aplicación de las normas constitucionales, de las normas con fuerza de ley y de las sentencias de unificación del Consejo de Estado.

2.9.2. De la parte demandada¹⁴

Estando dentro de la oportunidad para alegar de conclusión, el apoderado de la entidad demandada, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de alzada; adicionalmente, expresó que la Corte Constitucional en la sentencia de unificación 230 del 29 abril de 2015, de forma palmaria ratificó aspectos como: i) Que los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 sólo tienen derecho a conservar del régimen anterior la edad, el tiempo de servicio y el monto pensional, los demás aspectos como el Ingreso Base de Liquidación y los factores salariales se deberán regir por la Ley 100 de 1993; y ii) La importancia de aplicar el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y el carácter vinculante del mismo.

Atendiendo a lo anterior, solicita que se aplique la sentencia de unificación anteriormente citada y en consecuencia se revoque la providencia de fecha 09 de septiembre de 2015.

2.9.3. Ministerio Público¹⁵.

El delegado del Ministerio Público ante esta corporación, indicó que cuando hay una transición de normas debe aplicarse siempre la más favorable al trabajador, en este

¹³ Fl. 15 ib.

¹⁴ Fl. 16-20 ib.

¹⁵ Fl. 21-27 ib.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

caso al que aspira al status de pensionado. Por ello se debe aplicar a la actora el régimen de transición previsto en la Ley 33 de 1985 reformada por la Ley 62 de 1985.

Añade que, a toda persona que se le aplique el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por consiguiente la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, deben incluirse todos los factores salariales que devengaron en el último año de servicio antes de adquirir el status pensional; régimen bajo el cual se encuentra cobijada la actora.

Por lo último señaló que, la entidad accionada deberá reliquidar la pensión de jubilación de la señora MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ aplicando el 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicio, con la inclusión de todos los factores salariales percibidos durante el mismo periodo.

Por lo anteriormente expuesto, solicitó que se confirme la sentencia proferida por el A quo.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación ya identificada.

3.1. Problema jurídico

Corresponde al Tribunal resolver el recurso de apelación, para tal fin, formulará los siguientes problemas jurídicos:

¿La Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Parafiscal de la Protección Social UGPP-, debe reliquidar la pensión de jubilación de la actora, que se encuentra en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, aplicando el IBL de esta última normatividad o el porcentaje establecido en la Ley 33 y 62 de 1985?

¿La señora Magaly del Carmen Arsanios Rodríguez tiene derecho a que en la reliquidación de la pensión de jubilación se le incluya en el ingreso base de liquidación todos los factores salariales devengados durante su último año de servicio, por encontrarse amparada por el régimen de la ley 33 de 1985, teniendo en cuenta que fue una empleada de carácter territorial?

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

Guardando congruencia entre lo alegado en el recurso de apelación con lo que será la resolución en esta instancia, para dar solución a los problemas jurídicos propuestos, es necesario que la Sala determine la normatividad que en materia de liquidación pensional le es aplicable al señora MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ.

Para resolver el mérito del *sub examine*, se abordará el siguiente hilo conductor: (i) Régimen pensional Ley 33 de 1985; (ii) Liquidación pensional en virtud de la Ley 33 de 1985; (iii) Unidad inseparable del régimen pensional; (iv) Miramientos sobre la sentencia C-258 de 2013, reiterada en la sentencia SU-230 de 2015, de la misma Corporación y posición de esta Jurisdicción y de su órgano de cierre; (v) Reciente posición del Consejo de Estado Sobre los alcances de la sentencia C-258 de 2013 y la sentencia SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional (vi) Caso concreto; (vii) Conclusión.

3.2. Régimen pensional Ley 33 de 1985.

La Ley 33 de 1985, dispuso en su artículo 1º, que el empleado público tendrá derecho al pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio base para los aportes durante el último año de servicio, siempre que preste o haya prestado 20 años continuos o discontinuos de servicios y tenga 55 años de edad; esta norma derogó el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, que disponía que la pensión sería equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

Precisó, además, en su artículo 3º, los factores que deben servir para determinar la base de liquidación de los aportes, así:

“ARTICULO 3o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.”

La disposición antes referida fue modificada por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, que respecto a los elementos salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación, estableció:

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

“ARTÍCULO 1. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.”

En suma, las disposiciones antes transcritas, indican que quienes accedan a la pensión de jubilación al amparo de la regla general señalada en el primer inciso del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, su liquidación debe realizarse con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, teniendo en cuenta los factores indicados en el artículo 3° de la misma ley, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

3.3. Liquidación pensional en virtud de la Ley 33 de 1985.

Atinente a los factores que se deben tener en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, es del caso aplicar la tesis fijada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia del 4 de agosto de 2010, Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la que se concluyó que para establecer el ingreso base de liquidación de las pensiones, no se debe acudir a la relación taxativa de factores salariales señalados en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificada por el artículo 1° de la Ley 62 de la misma anualidad, sino a todas aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé. Cita la providencia, así:

“Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.”

(...)

la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede

concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiado su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.”

De igual forma, en el proveído en mención el Consejo de Estado para explicar su posición, en cuanto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta para definir la cuantía de la mesada pensional, se apoya en el principio de favorabilidad de la ley en materia laboral, en el siguiente sentido:

“La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, parte del supuesto que las pensiones de jubilación se liquidan con base en los factores que fueron objeto de aportes para la seguridad social y a su turno, enlista los factores susceptibles de las deducciones legales. Esta premisa normativa puede ser interpretada en el sentido que sólo los factores mencionados por la norma pueden tenerse en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, concluyendo que cuando el trabajador efectúe aportes sobre factores no enlistados en dichas normas debe ordenarse su devolución. Sin embargo, también podría entenderse válidamente que pueden incluirse todos los factores salariales devengados por el empleado deduciendo el pago que por aportes debía haberse efectuado al momento de reconocer el beneficio pensional.

Para desatar dicha ambigüedad interpretativa es preciso acudir al principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios¹⁶.”

La Sala destaca que, la anterior posición jurisprudencial se viene reiterando desde entonces en sentencias proferidas con posterioridad¹⁷, en las cuales se da aplicación a las leyes 33 y 62 de 1985, en su integridad; es decir, para efectos de las reliquidaciones ordenadas se han tenido en cuenta todos los factores salariales recibidos por el trabajador en el último año de servicios.

Luego entonces, como la preceptiva contenida en el artículo 1º de en la Ley 62 de 1985, debe entenderse como un principio general; por lo tanto, no puede considerarse de manera taxativa, de allí que, tengan que incluirse todos los factores efectivamente devengados, advirtiendo que conviene realizar los aportes que correspondan,

¹⁶ Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁷ Véase las sentencias de la Sección Segunda, del 3 de febrero de 2011, Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, No. Interno 0665-08; del 17 de marzo del 2011, Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, No. Interno 1159-10; 14 de diciembre de 2011, Consejero Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón, No. Interno 0306 -2010; del 7 de febrero de 2013, Consejero Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón, No. Interno 1542-2012; del 20 de marzo de 13, Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, No. Interno 03412012.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

atendiendo en todo caso el concepto de salario determinado por el Decreto 1045 de 1978. Con esa perspectiva, el Consejo de Estado expuso:

“Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.”¹⁸

De acuerdo con las miramientos anteriores, se tiene que la Ley 33 de 1985, admite que para la liquidación de la mesada de la pensión vitalicia de jubilación del empleado se tengan en cuenta todos los factores salariales devengados por éste durante el año último de servicio, y en caso de que no se hayan efectuado las deducciones por aportes sobre todos los factores, se concede a la Caja de Previsión respectiva el derecho a realizarlo, para cubrir los nuevos factores salariales base de liquidación pensional.

3.4. Unidad inseparable del régimen pensional.

Adicionalmente, cabe señalar que cada régimen pensional se debe aplicar en su integridad, en virtud del principio de inescindibilidad de la norma; es decir, sin división alguna y sin que sea procedente tomar una parte de uno y otra de otro, para hacer un reconocimiento pensional, el cual se encuentra resguardado como derecho fundamental por la máxima norma constitucional, especialmente cuando ello resulta más favorable para el trabajador. Al respecto, el Consejo de Estado¹⁹ ha manifestado lo siguiente:

“Entre tanto, como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como

¹⁸ Consejo de Estado, Sección 2ª, sentencia del 16 de febrero de 2012, radicación N°25000-23-25-000-200700001-01(0302-11), C.P: Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁹ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá D.C., 04 de agosto del 2010, Radicado 0112-09, Actor Luis Mario Velandia, Demandado Caja Nacional de Previsión Social.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación y así lo solicitó en la demanda”²⁰.

Más adelante, señaló en la misma providencia:

“Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación.

En efecto, durante el último año de servicio, comprendido entre el 31 de octubre de 2001 y el 31 de octubre de 2002, el actor devengó los siguientes conceptos: asignación básica; alimentación; bonificación por recreación; bonificación semestral; bonificación por servicios; diferencia de horario; dominicales y festivos; horas extras; inc. (Sic) Antigüedad; prima de productividad; prima de navidad; prima de vacaciones; indemnización de vacaciones.

CAJANAL, de acuerdo con lo probado en el proceso, al liquidarle la pensión de jubilación tuvo en cuenta la asignación básica, dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y, diferencia de horario, factores que fueron devengados entre el 1 de abril de 1994 y el 31 de octubre de 2002”.

A su vez, la Corte Constitucional, sobre este tema expuso, en Sentencia T-892/13:

“5.2. El régimen de transición y sus reglas básicas fijadas en la SU- 130 de 2013.

5.2.1. En cuanto al régimen de transición previsto en la Ley 100/93, el artículo 36 que lo regula, básicamente, se ocupa de (i) establecer en qué consiste el régimen de transición y los beneficios que otorga; (ii) señala qué categoría de trabajadores pueden acceder a dicho régimen; y (iii) define bajo qué circunstancias el mismo se pierde.

5.2.2. Acorde con ello, el régimen de transición allí consagrado prevé como beneficio para acceder a la pensión de vejez, que la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la misma, sea la establecida en el régimen anterior al cual se encuentre afiliado el trabajador.

5.2.3. Para tal efecto, el legislador precisó que el régimen de transición va dirigido a tres categorías de trabajadores, a saber:

Mujeres con treinta y cinco (35) o más años de edad, a 1° de abril de 1994.

Hombres con cuarenta (40) o más años de edad, a 1° de abril de 1994.

Hombres y mujeres que, independientemente de la edad, acrediten quince (15) años o más de servicios cotizados, a 1° de abril de 1994.

²⁰ Al respecto ver la sentencia de 13 de marzo de 2003, proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda de esta Corporación, Consejera ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero, Radicación número: 17001-23-31-000-1999-0627-01(4526-01), Actor: Carlos Enrique Ruiz Restrepo, Demandado: Universidad Nacional de Colombia.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

Conforme con lo anterior, para ser beneficiario o sujeto del régimen de transición pensional y así quedar exento de la aplicación de la Ley 100/93 en lo referente a la edad, el tiempo y el monto de la pensión de vejez, no se requiere cumplir paralelamente el requisito de edad y el de tiempo de servicios cotizados, sino tan solo uno de ellos, pues la redacción disyuntiva de la norma así lo sugiere. Cabe precisar que la excepción a dicha regla se refiere al sector público en el nivel territorial, respecto del cual la entrada en vigencia del SGP es la que haya determinado el respectivo ente territorial (L.100, art. 151”).

Colofón de las normas cuya parte pertinente se transcribió, de las cuales esta Colegiatura acoge la interpretación y argumentos expuestos por el H. Consejo de Estado sobre la materia, la tesis frente al problema jurídico que se planteó, es que para liquidar las pensiones de jubilación reconocidas bajo la Ley 33 de 1985, se debe tener en cuenta el 75% del promedio de lo devengado por el trabajador en el último año de servicios; así mismo, para dicha liquidación deben ser incluidos todos los factores salariales devengados por el trabajador durante el último año de labor. En caso de que no se hayan efectuado las deducciones por aportes sobre todos los factores, se concede a la Caja de Previsión respectiva el derecho a realizarlo, para cubrir los nuevos factores salariales base de liquidación pensional.

Ahora, la anterior regla no es absoluta sino que debe examinarse cada caso de manera particular, pues para que proceda el reconocimiento de un determinado haber para efectos pensionales, aquel debe reputarse legal o causarse legalmente, es decir, el empleado tener derecho al mismo; además, porque existen pagos que, aún reconocidos en forma habitual, no son de naturaleza salarial, por no corresponder a la retribución directa del servicio, lo que significa que, no todo aquello que percibe el trabajador en forma habitual constituye salario.

3.5. Miramientos sobre la sentencia C-258 de 2013, reiterada en la sentencia SU-230 de 2015, de la misma Corporación y posición de esta Jurisdicción y de su órgano de cierre²¹.

Inicialmente, es menester destacar que la posición de esta Jurisdicción y de su órgano de cierre sobre la materia, es la de aplicar todos los elementos del régimen anterior, a quienes gozan del régimen de transición (edad, monto, entendido este como tasa de reemplazo e IBL), es decir, que para liquidar las pensiones de jubilación reconocidas bajo la Ley 33 de 1985, se deben tener en cuenta todos los factores salariales devengados por el trabajador durante el último año de servicio en que alcanzó el status de pensionado; y en caso de que no se hayan efectuado las deducciones por aportes

²¹ Sobre este tema la Sala se ha pronunciado en otras oportunidades ver Sentencia N° 049 del 6 de octubre de 2015, Exp. 2015-00038-00, Gustavo Adolfo Hernández Fonseca vs COLPENSIONES; anteriormente esta Corporación sobre este tema se expresó, Sala Primera de Decisión Oral, Sentencia N° 160 del 24 de septiembre de 2015 M.P. Dr. Luis Carlos Alzate Ríos.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

sobre todos los factores, se concede a la Caja de Previsión respectiva el derecho a realizarlo, para cubrir los nuevos factores salariales base de liquidación pensional.

Igualmente, para la Sala, es claro que la posición asumida por la CORTE CONSTITUCIONAL en las sentencias en cita (C-258 de 2013 y SU-230 de 2015), posee una clara aplicación restrictiva, por las siguientes razones:

I. La sentencia C-258 de 2013, estudia la constitucionalidad del artículo 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 (artículo 28 del Decreto 104 de 1994) y ciertos funcionarios de la Rama Judicial, el Ministerio Público y órganos de control, como el Procurador General de la Nación (artículo 25 del Decreto 65 de 1998), 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 (artículo 25 del Decreto 682 de 2002). Las palabras mismas de la sentencia en estudio lo dicen en el aparte final del numeral 4.1.1., **Alcance del control constitucional rogado de las leyes**, que fijó el alcance del control ejercido en la misma, expresó:

“Por estas mismas razones, no es procedente la integración normativa con disposiciones legales que establecen o regulan otros regímenes especiales, ni con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que consagra el régimen de transición. Cabe señalar frente a este último, que la demanda de inconstitucionalidad propuesta por los ciudadanos no tiene por objeto atacar la existencia misma del régimen de transición, sino del régimen especial dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992.” (Negrillas para resaltar)²²

En otras palabras, la argumentación sobre cómo interpretar el ingreso base de liquidación de las personas que gozan de régimen de transición, se limita a estos funcionarios, por lo que en este aspecto esta sería la *ratio decidendi* de la sentencia, y frente a cualquier otra aplicación o argumentación que en ella se contiene en torno al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la misma claramente sería *obiter dicta*, dado que este no es el fondo de la situación estudiada por la Corte²³.

²² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-258 de 2013. Aparte conclusivo del numeral 4.1.1. **Alcance del control constitucional rogado de las leyes**.

²³ En este sentido, resulta ilustrativa la doctrina especializada sobre el tema y la misma posición de la Corte Constitucional sobre el tema. *“Por su parte, la ratio decidendi es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutoria. En cambio constituye un mero dictum, toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario.”* Corte Constitucional, Sentencia SU-047 de 1999.

Sobre el tema del precedente puede consultarse:

- López, D.E. (2006). Interpretación constitucional. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- López, D.E. (2006). El derecho de los jueces. Bogotá: Legis S.A.
- Cross, R. Harris, J.W. (2012). El precedente en el derecho inglés. Madrid: Marcial Pons.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

2. El sustento evidente de la sentencia C – 258 de 2013, es la sostenibilidad del sistema pensional en Colombia, en tanto, las excesivas pensiones, percibidas por los funcionarios atrás mencionados, resultaron afectándolo y quebrando la balanza que lo debe regir (homeóstasis). Si esta es la consideración, en casos como el tratado, si de aplicación analógica se trata, debería acudir a efectuar un análisis similar, esto es, establecerse si pensiones como las de la parte accionante, afectan la sostenibilidad del sistema pensional, para lo cual, es evidente que ello solo 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.

3. En este mismo sentido, al no estar la Corte Constitucional estudiando la constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en la sentencia ya referida, la interpretación que de esta norma hace la Corte no es *ratio decidendi* y por ello carece de la fuerza vinculante obligatoria que poseen sus fallos²⁴, dicha interpretación²⁵.

4. 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 artículo 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, ello *per se* no excluye otro tipo de interpretaciones en torno a dicha norma, pues de lo contrario se borraría de un tajo la independencia como pilar de la función judicial.

5. 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 I de 2005, en el siguiente sentido:

²⁴ Consagra la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia: "ARTICULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

I. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto *erga omnes* en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general...."

²⁵ "En cuanto a la existencia de cosa juzgada constitucional indica que según el artículo 243 superior "los fallos que dicte la Corte hacen tránsito a cosa juzgada"; que el artículo 6º del Decreto 2067 de 1991 ordena rechazar "las demandas que recaigan sobre normas amparadas por una sentencia que hubiera hecho tránsito a cosa juzgada" y que el artículo 21 del mismo Decreto se refiere al carácter obligatorio de esas decisiones tanto para las autoridades como para los particulares, así como el artículo 48 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, señala que la parte resolutive de las sentencias tiene carácter obligatorio y de efecto "erga omnes". CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1299 de 2005.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

“Ahora bien, como la demandante encuentra regulada su situación por el Decreto 546 de 1971 -no por el Decreto 104 de 1994-, ello implica, que en esta oportunidad al reconocimiento pensional, no se aplican las restricciones determinadas por la Sentencia C-258 de 2013, pero sí, los condicionamientos a los que hace referencia el Acto Legislativo 1 de 2005, a partir de su vigencia -25 de julio de 2005-, en aras de la salvaguarda de la sostenibilidad del sistema pensional.

*Entonces, la Sala debe puntualizar en el mismo estándar de racionalidad seguido a lo largo de esta sentencia de unificación, que el referido Acto Legislativo 1 de 2005, modificadorio del artículo 48 de la Carta Política, precisó en el parágrafo 1° 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 1°, qué se entiende por causación del derecho pensional, al indicar que ello ocurre cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento; elemento capital para diferenciar la fecha en que se liquida la prestación de aquella en que el derecho como tal emerge a la vida jurídica.”²⁶*

Así las cosas, el Consejo de Estado ha unificado la interpretación en torno a la aplicación de la sentencia C-258 de 2013, y las limitaciones e interpretaciones en ella contenidas, solo serían aplicables a aquellas personas que gozando del régimen de transición, se les aplica el régimen especial de pensiones y a su vez adquieran su derecho a la pensión (estatus 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.

6. 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 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, 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. 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 pensiones²⁷. De estos instrumentos y de la

²⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN. CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN (E). Sentencia del 12 de septiembre de 2014. REF.: Expediente No. 25000-23-42-000-2013-00632-01 (1434-2014). Actor: GLADYS AGUDELO ORDÓÑEZ. Demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-.

²⁷ 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

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

progresividad, se ha inferido un principio aplicable a la protección de los derechos en estudio, y es la PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD²⁸, es decir, en los Estados partes de estos instrumentos, no pueden existir medidas legislativas o interpretativas que vayan en contra de las conquistas de los trabajadores²⁹, normas internacionales 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.). Por lo dicho, la interpretación planteada por la Corte Constitucional en las últimas posiciones frente al tema, interpretan de manera regresiva el derecho a la pensión y por ello, han de prevalecer las interpretaciones que materialicen la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, a la luz de los tratados internacionales suscritos por Colombia, ya traídos a colación, como lo es la posición unánime, uniforme y actual del Consejo de Estado.

7. Al menos, como se dijo anteriormente, 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 legítima³⁰, 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:

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.

²⁸ Sobre este aspecto, puede consultarse: Courtts, C. (Compilador) (2006). Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia derechos sociales. Buenos Aires: Centro de Estudios Sociales. En línea: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/25896.pdf> consultada el 19-08-2015.

²⁹ En este sentido, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, INFORME N° 100/01. CASO 11.381. MILTON GARCÍA FAJARDO Y OTROS. NICARAGUA. 11 de octubre de 2001. En línea: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2001sp/Nicaragua11381.htm> consultada el 19-08-2015.

³⁰ 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"

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

“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 constitucionalidad³¹, ya que específicamente se encuentran estipulados en

el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que establece que, “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, **para lograr progresivamente**, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Del mismo modo en el artículo 11.1 del PIDESC se establece que, “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a **una mejora continua de las condiciones de existencia...**”³².

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 derechos³³.

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 salud³⁴ en donde se dijo que “la progresividad no priva de contenido la obligación estatal, y por ello

³¹ 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.

³² 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.

³³ 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...”.

³⁴ 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)”.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

las medidas regresivas, que disminuyen una protección a la salud ya alcanzada, se presumen contrarias al Pacto". En estos eventos estableció el Comité, que el Estado tiene que demostrar que esas medidas eran necesarias y que "se han aplicado tras el examen exhaustivo de todas las alternativas posibles"³⁵.

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 1997³⁶ 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 derechos³⁷.*

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 derechos³⁸. Sobre esta presunción de inconstitucionalidad prima facie del retroceso en materia de derechos sociales se dijo en la Sentencia C-038 de 2004 que,*

³⁵ Párrafo 32. Observación citada en la Sentencia C-671 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

³⁶ 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).

³⁷ Por ejemplo en la Sentencia C-671 de 2002 en donde se dijo que, "La progresividad hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de esos derechos sociales prestacionales, pero ese mandato de progresividad no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, coberturas universales de los contenidos mínimos de esos derecho...". En el mismo sentido la Sentencia C-251 de 1997 (F.j. 8 y 9), Sentencia SU- 225 de 1998 (Fl. 11), Sentencia SU-624 de 1999, C-1165 y C-1489 de 2000.

³⁸ 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.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

*“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 2004³⁹ se empezó a sentar las bases de un “test de no regresividad”, para que el control de constitucionalidad sea más estricto⁴⁰. 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;⁴¹ y (iii) si las reformas se encuentran justificadas conforme al principio de proporcionalidad y razonabilidad.*

2.9. *Del mismo modo se debe resaltar que el test de proporcionalidad en materia de regresividad de los derechos sociales ha utilizado los tres pasos que se plantean en el juicio de igualdad, es decir el principio de **idoneidad** que consiste en verificar si la medida regresiva tiene un fin constitucionalmente legítimo y un presupuesto constitucional que la justifique, en segundo lugar el presupuesto de **la necesidad** en donde se valora si de todas las medidas posibles, la que escogió el legislador es la menos regresiva, hasta llegar 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; (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*

³⁹ M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

⁴⁰ Negrillas fuera del texto.

⁴¹ En el artículo 53 de la C.P. se consagra los principios de igualdad de oportunidad para los trabajadores, remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en casos de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho; primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad; el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones legales.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

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"⁴² y ha establecido una categoría intermedia de protección que denominó "expectativa legítima."⁴³

Señalándose en consecuencia, que aceptar la tesis SU-230 de 2015, en todo su rigor, no es acoger un precedente, sino atentar contra los mentados principios, obligatorios por mandato constitucional y de convencionalidad.

8. Por ello, en caso de que la norma (el artículo 36 de la Ley 100 de 1993) genere duda en su interpretación, la misma debe solventarse a favor del trabajador, en aplicación del principio general del derecho laboral del *in dubio pro operario*, consagrado en el artículo 53 de la C.P.

9. Con fundamento en el mismo principio, toda interpretación que se haga de las fuentes formales del derecho, y la jurisprudencia lo es conforme lo consagra el C.P.A.C.A. y lo ha interpretado de forma unánime la Corte Constitucional⁴⁴, debe realizarse a favor del trabajador, por lo que existiendo posiciones jurisprudenciales que soportan las dos interpretaciones estudiadas (el monto no incluye el IBL por lo que este se encuentra regido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 – el monto incluye porcentaje e IBL por lo que este se encuentra regulado por la normativa anterior) debe aplicarse la que favorece el derecho en discusión del trabajador, es decir, para el caso concreto la segunda de las interpretaciones del alcance del IBL.

10. Suma a favor de la interpretación acá planteada, principio de la inescindibilidad del régimen o la normativa aplicable⁴⁵, pues el planteamiento de las últimas providencias referenciadas de la Corte Constitucional, toma elementos del régimen anterior y los amalgama con los de la Ley 100 de 1993, sin aplicar íntegramente una de las normativas.

⁴² 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.

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2011.

⁴⁴ Ver, entre otras, sentencias C-836 de 2001 y relacionada con la obligatoriedad de las sentencias de unificación del Consejo de Estado, la sentencia C-634 de 2011.

⁴⁵ Sobre este punto, ha dicho la doctrina: "Ahora bien, como se trata de diferentes regímenes pensionales, debe tenerse presente que la selección de uno u otro comporta la aceptación de todas sus condiciones, sin que sea jurídicamente posible acoger solamente lo favorable de uno y de otro, en razón del principio de inescindibilidad que rige la interpretación de la ley. Código Civil. Art. 31. "Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes". Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. Concepto del 9 de marzo de 2006. Radicación 1718.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

Por lo tanto, para este Tribunal, en ejercicio de su independencia y autonomía, atendiendo los anteriores argumentos, se inclina a aplicar en este caso, la posición del Consejo de Estado y desecha la de la Corte Constitucional planteada en sus decisiones ya referidas (C-258 de 2013 y SU-230 de 2015), concluyendo que el monto incluye el Ingreso Base de Liquidación de la pensión, que se encuentra regido por las normas anteriores, esto es, las Leyes 33 y 62 de 1985.

3.6. Reciente posición del Consejo de Estado, sobre los alcances de la sentencia C-258 de 2013 y la sentencia SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional⁴⁶

El máximo tribunal de lo contencioso administrativo, también se pronunció sobre la aplicación de la sentencia de la referencia, concretamente, sobre la forma de liquidar el IBL y los factores salariales a tener en cuenta para aquellas personas que teniendo la condición de servidores públicos del orden nacional y sin régimen especial, están cobijados por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual los remite a la Ley 33 de 1985.

La Sala, se permite transcribir apartes de dicho fallo que considera importantes y estrechamente relacionados con el asunto objeto de debate.

“(…) Según la interpretación que hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 al estudiar la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, debe precisar la Sala lo siguiente:

Sea lo primero anotar que los argumentos de la sentencia C-258 de 2013 giran en torno de un régimen de privilegio, el cual se encuentra establecido en la Ley 4 de 1992, aplicable al reconocimiento pensional de los altos funcionarios del Estado, los cuales en diversos casos superaban de forma desbordada los montos que se pueden reconocer a quienes se encuentran a la expectativa de obtener una pensión de vejez bajo los diversos regímenes establecidos con anterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones.

En este punto, es dable anotar que la Corte Constitucional no pretendió extender los efectos de su sentencia a cada uno de los regímenes especiales pensionales aplicables a los ex servidores del sector público, que aún se encuentran vigentes por el régimen transición consagrado en la Ley 100 de 1993, de una parte porque tales regímenes tienen una justificación y una racionalidad que debe ser examinada al momento de decidir el derecho pensional reclamado, y de otra porque este argumento no fue estudiado por la Corte Constitucional en la C-258 de 2013.

(…)

Aunado a lo anterior, y como ya se expuso en esta providencia, las interpretaciones del Consejo de Estado han sido uniformes desde hace 20 años respecto al concepto de “monto”, entendiendo que

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LA SECCIÓN SEGUNDA, Consejero ponente: DR. GERARDO ARENAS MONSALVE, Sentencia de veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016), Expediente: 25000234200020130154101, Referencia: 4683-2013.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

“monto” e “ingreso base de liquidación” conforman una unidad conceptual, por lo que no puede generarse una fusión de regímenes al escindir el monto del ingreso base de liquidación, determinándose el monto con la normatividad aplicable antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y el ingreso base con lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.”

3.6.1 Sobre los alcances de la sentencia SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional

En la misma providencia, se refiere sobre los alcances de la sentencia antes mencionada para reiterar que no puede ser de aplicación a las personas cuyo régimen pensional a aplicar es la ley 33 de 1985, por las conclusiones que a continuación se transcriben:

“(…) En esta oportunidad la Sección Segunda del Consejo de Estado considera que la sentencia SU-230 de 2015, dado que tuvo como origen una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que casó el fallo recurrido y ordenó liquidar la pensión con el promedio de los últimos 10 años, lo que hizo fue avalar la interpretación que tradicionalmente ha tenido la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, con respecto a las competencias que corresponden a la jurisdicción ordinaria.

(…)

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*

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

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."

Bastan las anteriores consideraciones legales, interpretativas, y jurisprudenciales para estudiar:

4. Caso Concreto.

4.1. De lo Probado.

Conforme a las pruebas aportadas al plenario, la sala encuentra probados los siguientes hechos:

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

Que la señora MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ identificada con C.C. N°. 32328237 nació el día 20 de diciembre de 1947⁴⁷, habiendo prestado sus servicios, en la Secretaría de Educación de la Gobernación de Sucre desde el 27 de abril de 1971 al 22 de marzo de 1972⁴⁸, luego en la Secretaría de Educación y Cultural de la Gobernación Bolívar, en periodo comprendido entre el 11 de abril de 1975 hasta el 15 de julio de 1976⁴⁹.

Posteriormente, laboró al servicio de la empresa Publicar LTDA., a partir del 01 de agosto de 1978 al 01 de octubre de 1980⁵⁰, además prestó sus servicios en Central de Crédito y CIA del 01 de agosto de 1981 hasta el 01 de febrero de 1983⁵¹, el 30 de marzo de 1984 se vinculó nuevamente a la Secretaría de Educación de la Gobernación de Sucre hasta el 30 de diciembre de 2002⁵²; luego fue transferida a partir del 01 de enero de 2003 al Municipio de Sincelejo, donde laboró hasta el 13 de enero de 2013⁵³ siendo su último cargo el de Secretaria Ejecutiva, Código 425, Grado 15 en la Institución Educativa "20 de ENERO", del municipio de Sincelejo-Sucre⁵⁴.

La Caja Nacional de Previsión Social EICE "CAJANAL" mediante Resolución N° 001901 del 19 de enero de 2006⁵⁵, reconoció pensión de vejez a favor de la actora, en cuantía de Cuatrocientos noventa y cinco mil cuatrocientos sesenta y seis mil pesos con quince M/CTE (\$495.466.15), indicando como fecha de la adquisición de su estatus el 20 de diciembre de 2002; pensión que fue liquidada conforme a los parámetros del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, efectiva a partir del 01 de enero de 2003, y condicionada al retiro definitivo del servicio oficial, con un IBL del 1 de abril de 1994 y el 30 de diciembre de 2002.

Posteriormente, mediante escrito del 03 de noviembre de 2011, la señora ARSANIOS RODRÍGUEZ solicitó la reliquidación de su pensión de vejez; en respuesta La Caja Nacional de Previsión Social EICE en liquidación, por conducto de la Resolución N° UGM 038364 del 14 de marzo de 2012⁵⁶, reliquidó la pensión de jubilación a favor de la actora en cuantía de un millón cuatrocientos veinticinco mil seiscientos dieciséis pesos (\$1.425.616), aplicando un 85% sobre el Ingreso Base de Liquidación cotizado

⁴⁷ Fl. 55 C. N° 1.

⁴⁸ Fl. 70 y 75 C. N° 1.

⁴⁹ Fl. 138 CD. Doc. N° 24.

⁵⁰ Fl. lb.

⁵¹ Fl. lb.

⁵² Fl. 138 CD Doc N° 24 y 37.

⁵³ Fl. 29 y 67 C. N° 1.

⁵⁴ Fl. 60 C. N° 1.

⁵⁵ Fl. 12-18 y 86-89 C. N° 1.

⁵⁶ Fl. 19-22 y 70-72C. N° 1

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

por la actora entre el 01 de octubre de 2001 y el 30 de septiembre de 2011, siendo efectiva a partir del 01 de octubre de 2011.

Más adelante, el 13 de junio de 2013, la actora presentó nuevamente solicitud de reliquidación de la pensión ante la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales- UGPP, a efectos de que se le incluyera todos los factores salariales devengados en el último año de servicio. En replica a lo pedido la entidad aludida, a través de la Resolución N° RDP 033559 del 24 de julio de 2013⁵⁷, negó la reliquidación argumentando que los documentos aportados a fin de reliquidar la pensión de vejez de la interesada, no se allegaron en debida forma, toda vez que, el certificado de factores salariales fue aportado en copia simple; siendo así las cosas, la actora procedió a instaurar nuevamente derecho de petición el día 28 de agosto de la misma anualidad, la cual fue atendida mediante Resolución N°. RDP 043073 de 2013⁵⁸, solicitud que fue negada, dado que los certificados presentados por la solicitante no se encuentran suscritos y expedidos de acuerdo con los formularios del Ministerio de Hacienda.

Así las cosas, el 04 de diciembre de 2013⁵⁹, la señora ARSANIOS RODRÍGUEZ elevó derecho de petición, con el objeto que se revisara la pensión a la que tenía derecho, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en su último año de servicio, en respuesta la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, mediante Resolución N°.

RDP 056331 del 12 de diciembre de 2013⁶⁰, negó la solicitud de reliquidación, toda vez que le resultaba más beneficioso la aplicación de los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993.

El 19 de diciembre de 2013⁶¹, la demandante impetró recurso de apelación, solicitando revocar la Resolución RDP 056331 del 12 de diciembre de 2013 y en su lugar reliquidar su pensión de vejez, siendo resuelto finalmente por la UGPP, mediante Resolución N° RDP 057823 del 20 de diciembre de 2013⁶², que confirmó la negativa antes provista.

En ese orden, como a la demandante a partir de la Resolución N° 001901 del 19 de enero de 2006, se le reconoció su derecho pensional, en virtud de la Ley 33 de 1985, se le debió aplicar los criterios de liquidación en su integridad, por tanto atendiendo las directrices de dicha ley, el ingreso base de liquidación, debe ser dado por aquellas

⁵⁷ Fl. 23-26 ib.

⁵⁸ Fl. 27-28 ib.

⁵⁹ Fl. 8-10 y 56-57 ib.

⁶⁰ Fl. 2-3 reverso ib.

⁶¹ Fl. 7 y 73 C. N° 1

⁶² Fl. 5-6 reverso C. N° 1

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
 Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
 Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
 Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

sumas que percibe el trabajador, de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que le sean dadas, en el último año de servicio.

Es de anotar que, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado⁶³, 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, sumado a que las normas o sistemas pensionales son inescindibles, de manera que no puede fraccionarse la utilización de los criterios, para aplicar un régimen pensional determinado, ya que cuando a un trabajador le cobija un sistema o régimen de pensión específico, su aplicabilidad debe ser íntegra, en el sentido que se le aplique todas las disposiciones que en éste se consigne, toda vez que, de ser ello así, resultaría violatorio del principio de inescindibilidad de la norma.

Ahora bien, teniendo en cuenta la certificación⁶⁴, proveniente de la Oficina de Recursos Humanos de la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo, se observa que la señora Magaly del Carmen Arsanios Rodríguez, prestó sus servicios al Municipio, como secretaria ejecutiva en la Institución Educativa 20 de Enero, retirándose del servicio el 13 de enero de 2013, y durante el año 2012 devengó los siguientes valores:

Factores salariales	2012
<i>Sueldo</i>	\$ 1.890.192
<i>Prima técnica anual</i>	\$ 10.801.098
<i>Bonificación por servicios prestados</i>	\$ 661.564
<i>Prima de servicios</i>	\$ 972.661
<i>Prima de vacaciones</i>	\$ 964.941
<i>Prima de navidad</i>	\$ 2.110.650
<i>Bonificación especial por recreación</i>	\$ 126.012

De la certificación antes mencionada y de los tiempos atrás relacionados en que la actora laboró, los cuales fueron tenidos en cuenta para acceder a su pensión de jubilación, puede deducir la Sala que, el periodo laboral entre 1984 y el año 2002 con el Departamento de Sucre, le fueron canceladas la bonificación por servicios prestados,⁶⁵ factor salarial que no puede ser tenido en cuenta para efectos de la

⁶³ Consejo de Estado - Sección 2ª, sentencia de 13 de marzo de 2003, CP: ANA MARGARITA OLAYA FORERO, expediente N° 17001-23-31-000-1999-0627 - OH 4526-01. ⁵⁴ Fl. 29 C.Nº1.

⁶⁴ Fl. 29 y 60 C. N° 1.

⁶⁵ Esto en virtud del Decreto 1919 de 2002, pero con la sentencia C-402 de 2013, que declaró la exequibilidad del Decreto 1042 de 1978, esta remuneración solo era para los empleados del orden nacional y no del orden territorial, los cuales tienen derecho a partir del Decreto 2418 de 2015, fecha para la cual la actora ya estaba retirada del servicio.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

reliquidación de la pensión, puesto que para el momento de haberse retirado del servicio la demandante, los empleados territoriales como ella no tenían derecho a dicha prestación.

Igual suerte corre, la prima de servicios que se le canceló por ser una empleada del orden departamental en virtud a las Ordenanzas No. 08 de 1985, como el parágrafo del artículo segundo de la Ordenanza No. 08 de 1999, la cual instituyeron la denominada prima semestral, siendo estas declaradas nulas por este Tribunal, mediante sentencia de mayo 22 de 2008, al resolver demanda de simple nulidad, que definió con efectos retroactivos y erga omnes, la suerte de las normas que servían de fundamento a la prima semestral reclamada, tornándose inexistente, por falta de competencia de la Asamblea de Sucre para ordenar su pago. La anterior prima viene siendo cancelada a los empleados del orden territorial desde el año 2015, por disposición del Decreto 2351 de 2014.

En relación con la bonificación especial por recreación, tampoco será tenida en cuenta por cuanto esta es una prestación social que no tiene condición de factor salarial, a diferencia de la prima de vacaciones y de navidad que si tienen esta característica, tal como lo dispuso la sentencia del 04 de septiembre de 2014 del Consejo de Estado, la cual señala:

“Como se expuso anteriormente, la Sala Plena de la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, señaló que en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades, progresividad y favorabilidad en materia laboral, debía incluirse en la base de liquidación de la pensión, la totalidad de lo devengado por el empleado por concepto de salario. No es posible incluir la “Bonificación por Recreación” en

la base de liquidación, toda vez que el artículo 15 del Decreto 40 de 1998, expedido en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, estableció que la misma “no constituirá factor de salario para ningún efecto legal”, además, dada su naturaleza prestacional, pues dicha bonificación está dirigida a contribuir en el adecuado desarrollo de la vida del empleado, como lo es el ámbito de la Recreación, por lo tanto, no tiene carácter salarial”⁶⁶.

La Sala también debe pronunciarse, sobre el factor prima técnica anual, percibida por la actora en el último año de servicio; al respecto, hay que manifestar que existen tres clases primas técnicas: i) Prima Técnica por Formación Avanzada y Experiencia, ii) Prima Técnica por Evaluación de Desempeño y iii) Prima Técnica Automática. Las tres son para empleados del orden nacional, siendo la primera declarada nula para empleados del orden territorial de acuerdo con la sentencia del 19 de marzo de 1998 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, con

⁶⁶ Sentencia del 04 de septiembre de 2014 del Consejo de Estado, Radicado N°. 25000-23-25-000-2006-08455-01(1420-11), MP. Gerardo Arenas Monsalve.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

la Ponencia del Magistrado Silvio Escudero Castro, la cual declaró nulo el artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, mediante el cual se facultaba a los Gobernadores y Alcaldes para adoptar los mecanismos necesarios con el fin de adoptar la prima técnica de los empleados públicos del nivel territorial.

“A partir de la vigencia de la Sentencia de nulidad del artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, los empleados que tenían asignada Prima Técnica otorgada con base en dicha norma en el Nivel Territorial, se considera que no podrán seguir percibiéndola. No puede entenderse que se trata de un derecho adquirido, pues según lo expresado por el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de julio 17 de 1995 “los derechos adquiridos solamente pueden invocarse respecto de aquellos derechos laborales que el servidor ha consolidado durante una relación laboral, no sobre expectativas que dependan del mantenimiento de una legislación de derecho público, a cuya intangibilidad no se tiene ningún derecho”.⁶⁷

La segunda, es decir, la Prima Técnica por Evaluación del Desempeño no constituye factor salarial para ningún efecto (Artículo 7º Decreto 1661 de 1991). Y la tercera, la denominada automática no corresponde a la naturaleza del cargo desempeñado por la señora Arsanios Rodríguez, puesto que es para el ejercicio de las funciones propias de los empleos de altos funcionarios.

Corolario de lo anterior, la prima técnica si es factor salarial para efectos pensionales por disposición del artículo primero de la Ley 62 de 1985, para aquellos funcionarios del orden nacional que tenían derecho a ella, nos referimos a la primera de la clasificación antes mencionada, porque la segunda no tiene efectos de carácter salarial y la tercera no es de las que podía percibir la demandante, debido a que solamente está dirigida a determinados cargos que no era desempeñado por la actora, la cual laboró la mayor parte de su tiempo como secretaria ejecutiva de una institución educativa.

Por lo antes mencionado, la Sala excluirá, los factores de prima técnica anual, prima de servicio, bonificación por servicios prestados y bonificación especial por recreación, por la condición de empleada territorial de la demandante y si bien percibió esos factores en su último año de prestación laboral, ello no constituye derecho adquirido, ya que para tener tal connotación, el mismo, debe ser conforme a la constitución y la ley.

Sobre este aspecto, es importante traer a colación apartes de una sentencia de nuestro Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo al referirse sobre la nulidad del artículo 13 del Decreto 2164 de 1991.

⁶⁷ Sentencia del (24) de enero de dos mil dos (2002) Radicación número: 68001-23-15-000-2001-2097-01 (ACU-2097), de Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

“Es cierto que la Corte Constitucional en la sentencia C-069 de 23 de febrero de 1995 (Magistrado ponente doctor Hernando Herrera Vergara) condicionó la exequibilidad del artículo 66 del C.C.A. a la protección de los derechos adquiridos, pero también lo es que en esta materia la jurisprudencia de esa y esta Corporación ha sido reiterada y uniforme en cuanto a considerar que tales derechos están supeditados a que para su concesión se haya respetado la Constitución y la ley.”⁶⁸

Con esa verificación, como CAJANAL no liquidó la pensión de jubilación de la señora Magaly del Carmen Arsanios Rodríguez, teniendo en cuenta el 75% del promedio de todos los factores devengados durante el último año de servicio, bajo estos supuestos, no hay duda que tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación en cuantía del 75%, de los factores salariales devengados durante el último año de servicio; es decir, además de la asignación básica, deberá incluirse, la prima de vacaciones y prima de navidad, como quiera que constituyen factores de salario, de conformidad con el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, inclusive, así no haya sido objeto de aportes por el empleador, toda vez que no sería justo que fueran los beneficiarios los llamados a responder por los yerros de la administración cuando omite su deber de efectuar los aportes que la ley dispone, de suerte que lo que procede es ordenar que la entidad demandada haga los descuentos a que haya lugar por este concepto⁶⁹ del pago de las respectivas mesadas.

Es de resaltar, que la aplicabilidad del régimen pensional que le cobija, es inescindible, es decir, de aplicación completa e íntegra; por lo tanto, ateniendo las directrices de la Ley 33 de 1985, se advierte que la entidad demandada, debe reajustar la mesada pensional de la demandante, conforme los lineamientos de liquidación, establecidos, tanto en la Ley 33 de 1985, como en la línea jurisprudencial de unificación, que ha trazado el máximo organismo de cierre de lo contencioso administrativo, por lo tanto, debe cuantificar las mesadas pensionales de la actora, atendiendo el 75% del promedio de los factores salariales, percibidos durante el último año de servicios, con las aclaraciones realizadas en el párrafo anterior; ya que en la reliquidación realizada mediante Resolución UGM 038364 del 14 de marzo de 2012, se calculó el IBL teniendo en cuenta los factores salariales de los 10 años comprendidos entre 01 de octubre de 2001 y el 30 de septiembre de 2011, cuando debió haber aplicado el del último año de servicio, en el monto reconocido por la entidad y reiterado en esta sentencia.

En síntesis, esta Colegiatura considera, que acertó el *A quo*, al declarar la nulidad de los actos administrativos acusados, en lo que respecta a la reliquidación pensional, porque la entidad demandada al expedir los actos administrativos anulados no tuvo en cuenta

⁶⁸ Ver nota 66

⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de agosto del 2010, CP: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente N° 0112-09.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

lo dispuesto por la Ley 33 de 1985 y 62 de 1985, la jurisprudencia vigente al respecto, pues se reitera, no incluyó todos los factores salariales devengados por la demandante en el último año de servicios, sino que aplicó lo establecido en el Decreto 1158 de 1994, disposición normativa que no podía ser utilizada en este asunto porque la demandante adquirió el status de pensionada en el año 2002, dado que la actora cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993, en el Departamento de Sucre, que fue en marzo de 1995, tenía más de 35 años de edad, lo que la hacía beneficiaria del régimen de transición, el cual es inescindible como se dijo en líneas anteriores.

En consecuencia, la Sala, confirmará la sentencia de primera instancia con las modificaciones introducidas y por las razones expuestas en esta sentencia, lo que trae como consecuencia que no prospere el recurso impetrado.

3.4. Conclusión

En este orden de ideas, la respuesta al primer interrogante planteado *Ad initio* será positiva, puesto que la demandante tiene derecho a que la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Parafiscal de la Protección Social UGPP-, reliquide la pensión de jubilación de la actora, de acuerdo con el IBL del porcentaje establecido en la Ley 33 y 62 de 1985, esto es en cuantía del 75%.

En cuanto al segundo interrogante, la respuesta será negativa puesto que, la demandante al ser una empleada del orden territorial solo tiene derecho a que la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Parafiscal de la Protección Social, reliquide su pensión, teniendo en cuenta, además de la asignación básica, la prima de navidad y la prima de vacaciones, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

3.5. Condena en costas.

Frente a la inconformidad del demandado de ser condenado en costas, pues a su sentir el *A quo* no atendió las reglas para considerar en una sentencia si es viable o no la condena en costas, conforme lo dispone el artículo 392 del C.P.C.

Sobre este aspecto la Sala, reitera la posición que viene fijada desde la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, en el sentido de que el régimen consagrado en el artículo 188 es objetivo, es por ello, que no se debe entrar a valorar por parte del Juez si la conducta de la parte vencida fue de buena o mala fe en el proceso, ese fue el cambio del antiguo C.C.A al C.P.A.C.A.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

Igual tratamiento, consagra el C.G.P. en los artículos 365 (antiguo artículo 392 del C.P.C), cuando sostiene que “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...”. En ese orden, la condena se impone objetivamente, por esa razón, no puede revocarse la condena en costas impuesta en el numeral octavo del fallo recurrido.

Comoquiera, que el fallo de primera instancia fue modificado en muchos aspectos por la interposición del recurso, considera esta Colegiatura que no hay lugar a condenar en costas en esta instancia a la parte demandada.

IV. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre, Sala Tercera de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia del 09 de septiembre de 2015, dictada por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, el cual quedará así:

“SEGUNDO: *A título de restablecimiento del derecho, CONDÉNESE a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL “UGPP”, a reliquidar la pensión de la señora MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ, por un monto equivalente al setenta y cinco por ciento (75%), del salario promedio devengado por la interesada durante su último año de servicio, incluyendo además de la asignación básica, la prima de navidad y la prima de vacaciones”.*

Respecto de los factores adicionales deberán efectuarse los descuentos correspondientes a las cotizaciones que no se hubieran efectuado debiéndose realizar las deducciones correspondientes a los aportes para efectos pensiones, en los porcentajes que corresponda el trabajador y a la entidad empleadora, conforme lo expuesto en la parte motiva. Sin perjuicio de los mayores valores prescritos.

Una vez obtenida la anterior base, la misma se indexará con la siguiente fórmula:

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00188-01
Actor: MAGALY DEL CARMEN ARSANIOS RODRÍGUEZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

$$R = RH X \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás aspectos el fallo de primera instancia.

TERCERO: NO CONDENAR en costas a la parte demandada en esta instancia, por las razones expuestas en este fallo.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

El proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la Sala, en sesión ordinaria de la fecha, tal como consta en el Acta No. 074.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Magistrado

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado