



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, doce (12) de octubre de dos mil dieciséis (2016).-

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 15001 33 33 004 **2016 0018 00**
Demandante: Susana Castro Parra
Demandado: COLPENSIONES

1. DESCRIPCIÓN

1.1. TEMA DE DECISIÓN:

Agotado el trámite procesal correspondiente, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

1.1.1. ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

PARTES:

- **DEMANDANTE:** SUSANA CASTRO PARRA, identificada con C.C. No. 40.016.780 de Tunja.
- **DEMANDADO:** Administradora Colombia de Pensiones COLPENSIONES.

OBJETO:

➤ DECLARACIONES Y CONDENAS:

Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, la demandante solicitó la nulidad de los actos administrativos contenidos en:

Resolución N° GNR 259757 del 26 de agosto de 2015, a través de la cual la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES negó la reliquidación de la pensión de vejez a la señora Susana Castro Parra, con la inclusión de todos los factores componentes de salario devengados en el último año de servicio.

Resolución N° VPB 69333 del 6 de noviembre de 2015, suscrita por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, mediante la cual resolvió un recurso de

apelación y modificó la Resolución N° GNR 259757 del 26 de agosto de 2015, reliquidando la pensión de jubilación de la demandante, sin la inclusión de todos los factores componentes de salario devengados en el último año de servicio.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho solicita que se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, reliquide y pague su pensión de vejez, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, es decir, entre el 1 de mayo de 2013 y el 30 de abril de 2014, a saber: asignación básica mensual, subsidio de alimentación, subsidio de transporte, bonificación primer semestre, bonificación segundo semestre y prima de vacaciones, efectiva a partir del 1 de mayo de 2014.

De la misma manera solicitó ajustar la prestación económica reconocida con base en el Índice de Precios al Consumidor (IPC), y a efectuar los reajustes automáticos de Ley a que haya lugar a partir de la fecha de adquisición del derecho y al pago de intereses moratorios.

Que se condene a la demandada a dar cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos por la ley y que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

1.1.2. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

➤ FUNDAMENTOS FÁCTICOS CON BASE EN LA FIJACIÓN DEL LITIGIO

Señaló, que la señora Susana Castro Parra, nació el 23 de febrero de 1956 que laboró al servicio del Estado en calidad de servidora pública en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF- desde el 15 de septiembre de 1981 al 30 de abril de 2014.

Indicó, que la Administradora Colombia de Pensiones “COLPENSIONES” mediante la Resolución N° GNR 70227 del 28 de febrero de 2014 reconoció la pensión de vejez a favor de la demandante en cuantía de \$ 889.998, para el año 2014 quedando condicionada con la demostración del retiro definitivo del servicio.

Que el 11 de junio de 2015 la demandante, solicitó ante la entidad demandada la reliquidación de su pensión de vejez con la inclusión de todos los factores componentes de salarios devengados en el último año de servicio, para lo cual la entidad demandada a través de la Resolución N° GNR 259757 del 26 de agosto de 2015 negó tal petición, que dicha decisión fue apelada y que a través de la Resolución N° VPB 69333 del 6 de noviembre de 2015 se modificó el acto administrativo apelado, pero que allí no se incluyeron todos los factores componentes de salario devengados en el último año de servicios.

Mencionó que para el último año de servicio, esto es desde el 1 de mayo de 2013 al 30 de abril de 2014, devengó los siguientes factores salariales: asignación básica, subsidio

de alimentación, subsidio de transporte, prima de vacaciones, bonificación primer semestre y bonificación segundo semestre.

➤ **JURÍDICOS:**

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

NORMAS DE RANGO CONSTITUCIONAL

Artículos 1, 2, 6, 13, 25, 48 y 53

NORMAS DE RANGO LEGAL

Artículo 10 Código Civil
Artículo 5 Ley 57 de 1887
Leyes 33 y 62 de 1985
Ley 1437 de 2011

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Mencionó, que la Administradora Colombiana de pensiones COLPENSIONES, en los actos administrativos contenidos en las Resoluciones N° GNR 259757 del 26 de agosto de 2015 y la N° VPB 69333 del 6 de noviembre de 2015, al negar la reliquidación de la pensión a favor de la señora Susana Castro Parra con la inclusión de todos los factores componentes de salario devengados en el último año de servicio, viola el artículo 48 de la Constitución Política, asimismo trasgrede el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 – régimen de transición – y por consiguiente deja de aplicar la Ley 33 y 62 de 1985 para efectos de la liquidación de la pensión de vejez a favor de la demandante.

Sostuvo, que la señora Susana Castro Parra al nacer el 23 de febrero de 1956 se encuentra cobijada por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues al 1 de abril de 1994 – fecha de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993-, tenía más de 35 años de edad, por ende, para efectos de la liquidación de la pensión de vejez se aplica en su integridad las normas anteriores de los servidores públicos, que son las Leyes 33 y 62 de 1985.

Señaló, que uno de los principios fundamentales que deben regir las relaciones de trabajo y la seguridad social, es el de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, mediante la cual, se propende por la aplicación de la situación más favorable al trabajador, ante la duda de la norma que debe aplicar, o, cuando se presente como plausibles la aplicación de dos normas jurídicas. En cualquiera de los dos eventos, en virtud del principio de favorabilidad, se debe aplicar la norma que sea más favorable para el empleado, cotizante o pensionado, que en este caso se debe aplicar en su integridad a la demandante la Ley 33 y 62 de 1985, so pena por demás,

de violar no solo el principio constitucional de favorabilidad sino en igual sentido el de la inescindibilidad de la norma.

Que la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado el 04 de agosto de 2010, es clara en establecer que las sumas que el servidor público recibió habitual y periódicamente en el último año de servicio, constituyen salario base de liquidación, advirtiendo el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo que el listado de factores de las Leyes 33 y 62 de 1985, no es taxativo, sino meramente enunciativo.

Mencionó, que la entidad demandada motiva falsamente las resoluciones acusadas, pues las circunstancias de hecho y derecho consignadas en los actos administrativos, no son aplicables a la demandante, pues los verdaderos fundamentos que debieron contener las resoluciones hacen relación a la aplicación integral de la normatividad anterior para efectos de proceder a reliquidar la pensión de jubilación con todos los factores componentes de salario y devengados en el último año de servicio.

1.1.3. OPOSICIÓN:

La apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES presentó contestación a la demanda (fls. 75-87) oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones deprecadas, toda vez que se ha aplicado la normatividad vigente para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos del Decreto 2013 de 2012.

Indicó, que dentro de los actos administrativos emitidos por la entidad demandada se efectuó el estudio de la prestación de acuerdo a la Ley 33 de 1985, encontrando que por principio de favorabilidad se aplicaba lo establecido en la Ley 797 de 2003, que ofrece una tasa de reemplazo del 78.07% frente a la del 75% que habría de aplicarse de acuerdo a la Ley 33 de 1985; respecto a los factores salariales manifestó que se tuvo en cuenta el precedente jurisprudencial emitido por la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013 teniendo en cuenta el valor de las cotizaciones efectivamente realizadas por parte del trabajador.

Que al realizar el análisis del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se comente un error de interpretación, pues como lo ha manifestado la Corte Constitucional la Ley 100 de 1993 únicamente mantuvo el régimen de transición respecto de la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión, pero en virtud del principio del equilibrio del sistema y de los demás principios generales de la Seguridad Social establecidos en el artículo 48 de la Constitución Política, se restringió lo relacionado al IBL, pues al aplicar las normatividades anteriores respecto a ese tema se violaría el derecho a la igualdad, equidad, solidaridad, pues se beneficiaría a unos pocos en contradicción a los derechos de los demás afiliados, generando derechos desproporcionados a quienes se les aplican las reglas del IBL establecidas en la Ley 100 con base en la equidad, es decir, se les asigna el IBL de acuerdo al IBC reportado por cada afiliado a la entidad.

De la misma manera manifestó, que a la fecha se encuentra vigente la jurisprudencia de la Corte Constitucional C-258 de 2013, ratificada mediante sentencia SU-230 de 2015, en la cual se determina la inexecutable del aparte contenido en la Ley 33 de 1985 respecto de tener en cuenta los factores salariales del último año de servicios y resolver respecto de la determinación del ingreso base de liquidación para los beneficiarios del régimen de transición por obligatoriedad de tener como base legal el artículo 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, en razón que el legislador al aprobar dicha normatividad restringió las reglas del IBL con el fin de evitar la violación de principios que rigen la seguridad social, tales como universalidad, solidaridad, eficiencia y equidad, con el fin de cumplir el mandato de la distribución equitativa de los recursos públicos conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución Política.

Finalmente, como excepciones propuso: falta de integración del contradictorio o integración del litisconsorcio necesario numeral 9 artículo 100 del C.G.P., inexistencia del derecho y la obligación, improcedencia de los intereses moratorios, improcedencia de indexación, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, prescripción, compensación o deducción de pagos realizados y la denominada o genérica.

1.1.4 ALEGATOS

Parte demandante (fls. 117-118): El apoderado de la parte demandante en su escrito de alegaciones reafirmó cada uno de los argumentos plasmados en el libelo introductorio, insistiendo que la señora Susana Castro Parra al nacer el 23 de febrero de 1956 se encuentra cobijada por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues al 1 de abril de 1994 tenía más de 35 años de edad y por ende para efectos de la reliquidación de su pensión de jubilación por el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política se le aplican en su integridad las normas anteriores de los servidores públicos, Ley 33 de 1985 y Decreto Ley 1045 de 1978.

Que bajo esta perspectiva Colpensiones viola el artículo el artículo 48 y 53 de la Constitución Política al no respetar el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y las normas que en su integridad se le aplican a la señora Susana Castro Parra, asimismo, señaló que la entidad accionada desconoce la ley por vía de omisión, al obviar la inclusión de los siguientes factores salariales devengados en el último año de servicio, esto es desde el 1 de mayo de 2013 al 30 de abril de 2014, asignación básica, bonificación por servicios prestados, bonificación primer semestre, prima de vacaciones, bonificación segundo semestre, prima de alimentación y prima de transporte, que conforme a lo anterior, solicita al Despacho se accedan a las pretensiones de la demanda.

Entidad Demandada (fls.119-121): insistió en que no es posible reliquidar la pensión de la demandante con los factores salariales de la Ley 33 de 1985, ya que a la fecha se encuentra vigente la jurisprudencia del Corte Constitucional C-258 de 2013, ratificada mediante sentencia SU-230 de 2015 en la cual la Corte considera que en

tratándose de la determinación del ingreso base de liquidación para los beneficiarios del régimen de transición por extensión debe tomarse como cabe o fundamento legal el artículo 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, en razón que el Legislador al aprobar la normatividad en comento restringió las reglas del IBL con el fin de evitar la violación de principios que rigen la seguridad social con el fin de cumplir con el mandato de distribución equitativa de los recursos públicos conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución Política, que atendiendo la postura jurisprudencial respecto a la reliquidación de la pensiones y conforme a los argumentos del escrito de la contestación de la demanda solicita al Despacho denegar las suplicas de la demanda.

A través de auto del 17 de marzo de 2016 (fls. 59 -61) se admitió la demanda y se ordenó la notificación de la entidad demandada, surtiéndose el 14 de abril de 2015, a través del correo electrónico suministrado por la parte actora (fls. 66 y 68); por lo anterior, a partir del 15 de abril y hasta el 20 de mayo de 2016, la copia de la demanda y de sus anexos permanecieron en la Secretaría a disposición de los notificados por un término de 25 días, una vez cumplido el término anterior, la Secretaría del Despacho dejó constancia del traslado de treinta (30) días de que trata el artículo 172 de la ley 1437 de 2011, término que empezó a correr desde el 10 de mayo al 6 de julio de 2016, la entidad demandada contestó la demanda en dicho término; luego se procedió a realizar la audiencia inicial, audiencia de pruebas, se recibieron los alegatos de las partes por escrito y se procede a proferir la sentencia que resuelva el asunto de la referencia.

3.- PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS:

Problema Jurídico: ¿La demandante tiene derecho a que su pensión de jubilación se reliquide con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, en virtud de la aplicación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993?

Tesis de la parte demandante: La liquidación de la pensión de la señora Susana Castro Parra debe efectuarse con la inclusión del 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios de conformidad con las leyes 33 y 62 de 1985.

Tesis entidad demandada: Sostiene que la liquidación de la pensión de la demandante se efectuó de acuerdo a la Ley 33 de 1985, encontrando que por principio de favorabilidad se aplicaba lo establecido en la Ley 797 de 2003, que ofrece una tasa de reemplazo del 78.07% frente a la del 75% que habría de aplicarse de acuerdo a la Ley 33 de 1985; respecto a los factores salariales manifestó que se tuvo en cuenta el precedente jurisprudencial emitido por la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013 teniendo en cuenta el valor de las cotizaciones efectivamente realizadas por parte del trabajador.

El Despacho sostendrá que se debe liquidar nuevamente la pensión de jubilación de la demandante, bajo las reglas de las Leyes 33 y 62 de 1985, en un monto del 75%, con la inclusión de los conceptos devengados en el último año de servicios cuya naturaleza sea remuneratoria, pues si bien dichas normas no contemplan todos los factores por ella devengados, debidamente certificados, siguiendo la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado, dichas normas simplemente tienen un carácter enunciativo y por ello corresponde al juez determinar la naturaleza jurídica de cada factor salarial. Y en lo que toca a los factores que se ordene incluir en la nueva liquidación de la pensión, pero sobre los cuales no se hicieron aportes al Sistema General de Pensiones, debe acudir a la solución planteada en la Jurisprudencia del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, descontando de la suma que se ordene reconocer al demandante por concepto de las diferencias que surjan con ocasión de la reliquidación de su pensión, los aportes respectivos, siendo esta la manera de preservar la sostenibilidad del sistema, sin que sea dable aplicar las sentencias C-258 /13 y SU-230/15 porque fueron expedidas con posterioridad al momento en el cual la demandante consolidó su derecho al incremento de las mesadas al tenor de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado.

4.-DECISIONES PARCIALES

Establecida la eficacia y validez del proceso mediante el respeto de los derechos de las partes al debido proceso y al acceso a la justicia y constatada la admisibilidad de la pretensión, procede el Despacho a emitir decisión de fondo.

5.-PREMISAS PARA LA SOLUCIÓN DEL CASO

5.1- PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS EXCEPCIONES

Finalmente, como excepciones propuso: inexistencia del derecho y la obligación, improcedencia de los intereses moratorios, improcedencia de indexación, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, compensación o deducción de pagos realizados y la denominada o genérica.

Frente a las excepciones planteadas por la entidad accionada que no fueron resueltas en la audiencia inicial denominadas *“inexistencia del derecho y la obligación”*, *“improcedencia de los intereses moratorios”*, *“improcedencia de indexación”*, *“cobro de lo no debido”*, *“buena fe de Colpensiones”*, *“compensación o deducción de pagos realizados”*, debe decir el Despacho que encierran verdaderos argumentos de defensa y no medios exceptivos y se resolverán como tales con el fondo del asunto, salvo la de prescripción, que en verdad trae al debate un hecho –la inactividad de la demandante - que aunado al transcurso del tiempo es reconocido en la normatividad como desencadenante de un efecto jurídico sobre el derecho reclamado, referido a su extinción, en este caso, parcial.

Sobre las “excepciones de mérito” que en realidad encubren argumentos que atacan la pretensión, no la acción, el Honorable Consejo de Estado manifestó:

“En el derecho colombiano las excepciones se clasifican en previas y de mérito o de fondo. Las previas reciben ese nombre porque se proponen cuando se conforma la litiscontestatio. Se refieren generalmente a defectos del procedimiento, como la falta de jurisdicción o de competencia y se permite alegar como previas algunas perentorias, como la cosa juzgada. Las excepciones perentorias o de fondo van dirigidas a la parte sustancial del litigio, buscan anular o destruir las pretensiones de la demandante, con el propósito de desconocer el nacimiento de su derecho o de la relación jurídica o su extinción o su modificación parcial.”¹ (Subrayado fuera del texto original).

“En lo tocante a las dos excepciones propuestas por la parte demandada, la Sala considera que no son propiamente tales, porque si bien la excepción en Derecho Procesal es un medio de defensa, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, no puede englobar toda la defensa, como acontece en este caso. Las dos son nociones inconfundibles en dicho derecho. En efecto, mientras la defensa consiste en negar el derecho invocado por la demandante, la excepción de fondo, en estricto sentido, está constituida por todo medio de defensa del demandado que no consista simplemente en la negación de los hechos o del derecho aducido en la demanda sino en la invocación de otro u otros hechos impositivos, modificativos o extintivos, que una vez acreditados como lo exige la ley, aniquilen o enerven las pretensiones del libelo demandatorio. Por ello la Corte ha considerado que la excepción “representa un verdadero contraderecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible generalmente de ser reclamado, a su vez, como acción”² (Subrayado fuera del texto original).

5.2 - PREMISAS FÁCTICAS.

Como pruebas relevantes para decidir se destacan:

- La demandante laboró al servicio del Estado en calidad de servidor público, en el – Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –, desde el 15 de septiembre de 1981 al 30 de abril de 2014, fecha de retiro del servicio. (ver certificado de información laboral – fl. 42).
- La señora Susana Castro Parra nació el 23 de febrero de 1956, cumpliendo los 55 años de edad el día 23 de febrero del año 2011, así mismo tenía más de 35 años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (Ver cedula de ciudadanía fl. 17 y copia registro civil de nacimiento – Documento N° 16780000301A del expediente administrativo medio magnético fl. 88)
- Que mediante Resolución N° GNR 70227 del 28 de febrero de 2014, COLPENSIONES le reconoció pensión de jubilación a la demandante, efectiva al retiro del servicio. (fls. 18-20)

¹CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil nueve (2009). Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00046-01(34239). Actor: INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES-INCO. Demandado: CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S.A.-COVIANDES. Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL.

²CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ. Santa Fe, de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Radicación número: AC-1675. Actor: AURA NANCY PEDRAZA PIRAGAUTA. Demandado: VIVIANE MORALES HOYOS.

- La demandante, mediante apoderado judicial solicitó la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores que componen el salario de su último año de servicios, petición que fue negada por COLPENSIONES mediante Resolución N° GNR 259757 del 26 de agosto de 2015 (fls. 25 a 27), modificada en sede de apelación por la Resolución N° VPB 69333 del 6 de noviembre de 2015 (fls. 35 a 39) empero, dicha reliquidación no incluyo todos los factores componentes de salario devengados en el último año de servicios.
- La señora Susana Castro Parra percibió durante el último año de servicios 1 de mayo de 2013 al 30 de abril de 2014, los siguientes factores salariales (copia certificado de salario folios 112-113):

Asignación básica

Bonificación por servicios prestados

Bonificación primer semestre

Prima de vacaciones

Bonificación segundo semestre

Subsidio alimentación año

Subsidio transporte año

5.3- PREMISAS JURÍDICAS.

El régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

La Ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social integral con el objetivo de amparar a la población en las contingencias de vejez, invalidez y muerte a través del reconocimiento de pensiones y otras prestaciones para los afiliados y sus beneficiarios, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales y a crear mecanismos de carácter económico que contrarrestaran las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad.

La referida ley en su artículo 36 preceptúa lo siguiente:

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

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

(...).”.

A su tenor literal esta disposición:

- (i) Determina los criterios para establecer los grupos de personas que deben ser tratadas bajo este parámetro de transición (35 años o más mujeres o 40 años o más hombres, 15 años o más de servicios de cotización).
- (ii) Se refiere a la norma anterior como la aplicable para efectos de los requisitos para adquirir el derecho en lo que se refiere a la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión.
- (iii) Señala que existen otras reglas diferentes a las anteriormente descritas que no están incluidas dentro de la transición, pues la disposición claramente establece que “las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.”

A su vez, el inciso 3º del artículo 36 establece:

“El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos. (Inexequible el aparte destacado en sentencia C-168 de 1995)”

Fácilmente se podría concluir que la anterior norma se refiere al grupo de personas que fue conformado por el inciso 2º del artículo 36, no obstante, al parecer este inciso había regulado ya todos los elementos que constituyen la pensión, de lo cual devendría la carencia de efecto útil del inciso 3º.

Del anterior planteamiento surgen interrogantes que deben ser resueltos estableciendo el contenido y alcance de la norma, primero bajo la óptica de cosa juzgada constitucional que obliga a darle a algún alcance o efecto jurídico a la norma, pues el juez no podría desatender su texto, segundo frente a los conflictos prácticos que ha sido objeto de estudio en la jurisprudencia del Consejo de Estado y en la jurisprudencia de tutela, con el fin de establecer las posibles hipótesis interpretativas.

La cosa juzgada constitucional³

Para el caso de la revisión de constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 100/93, inciso 2º y 3, la Corte Constitucional mediante sentencia C-168/95 declaró la exequibilidad absoluta de dichas normas, por lo tanto, en principio no cabría hacer ningún reparo sobre su constitucionalidad.⁴

³ La cosa juzgada constitucional obliga de manera ineludible al juez, sin embargo, existe diferencias entre la cosa juzgada relativa y absoluta. Esta última opera cuando la Corte no ha limitado los efectos de sentencia mientras que la relativa se refiere a cuando la misma Corte declara constitucional una disposición limitándose a los cargos estudiados (Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1997).

⁴ Obsérvese que la Corte ha revisado la constitucionalidad del artículo 36 de la ley 100/93, así: a) Inciso 1º, C-129/95 y C-410/95, b) Inciso 2º, C-410/94 cargos del artículo 13 luego cosa juzgada relativa y C-168/95 cosa juzgada absoluta, las sentencias C-

El otro aspecto del problema, entonces, es con respecto a su alcance y contenido, para lo cual se debe acudir a la *ratio decidendi* del mencionado fallo, que permite establecer cuáles son los fundamentos y las razones directas de la constitucionalidad. La Corte sostuvo primero que no se trataba de derechos adquiridos sino a una opción política compatible con la Constitución:

“Adviértase, cómo el legislador con estas disposiciones legales va más allá de la protección de los derechos adquiridos, para salvaguardar las expectativas de quienes están próximos por edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas a adquirir el derecho a la pensión de vejez, lo que corresponde a una plausible política social que, en lugar de violar la Constitución, se adecua al artículo 25 que ordena dar especial protección al trabajo”.

Con respecto a la discriminación que estableció la normas de quienes están dentro del inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 frente a los que están por fuera de él porque se les aplica el régimen normativo anterior, la Corte encontró constitucional la distinción, primero porque entre los que están acercándose al momento de la pensión (edad y tiempo de servicio) y los que inician una vida laboral existe una diferencia fáctica evidente, y segundo, así una y otra situación sean meras expectativas, el legislador puede regular a “discreción, sus condiciones..”

Por el contrario, con respecto a la parte final del inciso 3º que había creado una discriminación entre el funcionario público y el trabajador privado, la Corte se limitó a decir que era “irrazonable e injustificada” esa distinción, por lo tanto la declaró inexecutable.⁵

La Corte Constitucional termina declarando la exequibilidad en los siguientes términos: “Declarar EXEQUIBLES los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993, salvo el aparte final.” En conclusión, el único debate que podría darse sería sobre su interpretación y aplicación más no sobre la constitucionalidad. Entonces, si una persona quisiera que no se le aplicara la norma, por ejemplo, porque en el caso concreto resulta inconstitucional, tendría la carga de la argumentación para exponer las razones distintas a las debatidas en el estudio de la Corte que causan la contrariedad entre la aplicación de la norma y la Carta Política, de lo contrario, quedaría sometido de manera ineludible a su aplicación.

Interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Puede acudirse en este punto a dos tesis principales:

(i) Tesis conforme a la cual a quien se encuentre dentro del régimen de transición del inciso 2º del artículo 36, es decir, (al 1 de abril de 1994, 30 años o más de edad si es

1056/03 se refirió al nuevo sistema de transición adoptado por la ley 797/03 que modificó el artículo 36 de la ley 100/93; c) Inciso 3º, C-168/95 y las demás se han atendido a los decididos en ésta, como C-58/98 y 146/98.

⁵ Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.

mujer o 40 años o más de edad si es hombre, o 15 años o más de servicio de cotización) se le deben aplicar las normas o el régimen anterior al que estaba afiliado, es decir, tanto las condiciones o requisitos para su reconocimiento (Edad y tiempo de servicio) como las condiciones o requisitos para su liquidación (sueldo, factores salariales, tiempo y monto o porcentaje de la pensión). Esta tesis sustenta la Sentencia de la Sección Segunda – Subsección “B” del Consejo de Estado en sentencia de 8 de junio de 2000, proferida dentro del expediente 2729-99 con ponencia del Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado:

“...el régimen de transición es un beneficio que la ley concede al servidor, consistente en que se le aplican las disposiciones legales anteriores para efectos del reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando se cumplan las hipótesis que la misma norma de transición consagra.

(...)

Se agrega a lo anterior que, son de la esencia del régimen de transición, la edad el tiempo de servicio y el monto de la pensión. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconoce dicho beneficio. En el caso presente, al establecer la cuantía de la pensión con base en lo devengado por el causante durante los últimos 10 años de servicios, se afecta el monto de la pensión y de paso se desnaturaliza el régimen...”.

El Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 1, radicación No. 15001-33-31-007-2007-0052-01 del año 2009, Magistrada Ponente: Doctora Clara Elisa Cifuentes Ortiz, sobre la interpretación del artículo 36 de la ley 100 de 1993 ha dicho:

“El reconocimiento de la pensión efectuado al demandante, se hizo bajo el amparo de la Ley 100 de 1993 cuando, sin lugar a dudas, debía hacer de acuerdo con legislación anterior que debía regir íntegramente para quienes a la fecha de entrar en vigor el nuevo ordenamiento, tuvieran la edad y el tiempo de servicios requerido por la norma del artículo 36 transcrito. Este precepto consagra para quienes satisfacen las exigencias allí enunciadas las condiciones del régimen antiguo en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto de la pensión. Ha de precisarse que el aparte final del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C - 168 de 20 de abril de 1995, por estimarlo contrario al principio constitucional de igualdad. La disposición decía: “Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.” Al quedar sin vigencia la norma precitada, el ingreso para las personas bajo el régimen de transición a quienes les faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho, quedó constituido por el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello. Sin embargo, el Consejo de Estado, en su Sección Segunda, ha sostenido que el régimen precedente relativo a edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, aplicable en virtud de la especial situación que consagró la norma para proteger el derecho de quienes se hallaban subsumidos dentro del tránsito normativo, regula la materia relacionada con el ingreso.”

En esta postura interpretativa se inscribe igualmente la tesis del H Consejo de Estado en la sentencia de unificación emitida en el año 2010. La Sala Plena de la Sección Segunda en sentencia de unificación de 4 de agosto de ese año (Rad.

25000232500020060750901), definió la manera como se ha de reliquidar la pensión de jubilación en cuanto a los factores de salario del último año de servicios.

Para ello, dicha Corporación precisó que para los “empleados oficiales” con régimen de transición, una de las normas aplicables era la ley 33 y la ley 62, ambas de 1985 (edad, monto y tiempo de servicios).

Como el problema jurídico se contraía a definir con qué factores de salario se constituía el Ingreso Base de Liquidación Pensional, esa Corporación previamente citó los criterios que manejaban cada una de las subsecciones (de la sección segunda), las cuales se resumen así: (i) En el IBL, se debía incluir **todos** los factores salariales percibidos por el trabajador. (ii) En el IBL, solo podían incluirse aquellos sobre los cuales se realizaron **aportes**. (iii) En el IBL, se incluían aquellos que estaban **taxativamente** enlistados en la norma.

Por lo que el Consejo de Estado en aplicación principios constitucionales en especial el de favorabilidad laboral, determinó que la Ley 33 de 1985 no indica de manera taxativa los factores de salario que conforman la base de liquidación pensional, sino que estos son enunciativos, siendo posible incluir otros emolumentos que haya percibido el trabajador en el último año de servicios y que tenga el carácter de habitualidad y de retribución directa del servicio⁶.

Como puede verse, premisa de esta decisión es la aplicación íntegra del régimen pensional anterior, tanto en lo que se refiere a las condiciones o requisitos de reconocimiento (edad y tiempo de servicio) como las condiciones o requisitos para la liquidación (sueldo, factores salariales, tiempo y monto o porcentaje de la pensión).

(ii). Tesis según la cual cabe la aplicación mixta, conforme a la misma por ser una norma transitiva el citado artículo 36 de la Ley 100 debe hacer posible la aplicación conjunta de aspectos de los dos regímenes, por lo tanto, diferencia entre las condiciones o requisitos para el reconocimiento de la pensión (edad y tiempo de servicio) de las condiciones o requisitos para su liquidación (sueldo, factores salariales, tiempo y monto o porcentaje de la pensión).

La Corte Constitucional en sentencia T-997 de 2007 al resolver un caso sobre la aplicación íntegra de los incisos 2º y 3º del artículo 36 de la Ley 100/93 frente a un régimen especial, sostuvo que cuando existe éste no puede aplicarse el inciso 3º

⁶ Tomado de la sentencia en cita: “...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.”

porque se rompe el principio de favorabilidad e inescindibilidad del régimen especial, acogiendo la primera tesis interpretativa:

5.4.8 En virtud de lo expuesto, esta Corporación ha concluido que existe violación de los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social, en todos aquellos casos en que la autoridad encargada de liquidar una pensión de jubilación, no aplique para el efecto, el ingreso base de liquidación que prevé el régimen que ampara al trabajador que se encuentre en los supuestos fácticos que contempla el régimen de transición dispuesto en la Ley 100 de 1993, y en su lugar, de aplicación al inciso tercero del artículo 36 de dicha ley. Esto por cuanto, tal y como se indicó anteriormente, la aplicación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sólo tendrá lugar cuando el régimen que cobija a dicho trabajador, no establezca de forma explícita el ingreso base de liquidación correspondiente.

El Auto 144 de 2012 de la Sala Plena de la Corte Constitucional –emitido a raíz de una solicitud ciudadana de nulidad de una sentencia de revisión de tutela- recoge la postura anterior de la Corte en torno al régimen de transición y sistematiza la jurisprudencia en vigor de las Salas de Revisión en torno al mismo, que acoge claramente la primera tesis interpretativa. Señaló la Corte en este auto:

“En **conclusión**, la jurisprudencia constitucional ha fijado las siguientes subreglas:

Un régimen pensional especial comprende **(a)** tanto los requisitos para el reconocimiento de la pensión en términos de edad –cuando se prevé- y tiempo de servicio, como **(b)** la fórmula para calcular la pensión en cuanto a: **(1)** el ingreso base de liquidación, **(2)** la fórmula para determinar tal ingreso base de liquidación, es decir, las asignaciones que se deben tener en cuenta, y **(3)** el porcentaje de dicho ingreso que se reconoce como mesada, entre otros.

Las entidades tienen la obligación de aplicar las anteriores reglas **de forma integral**, es decir, al operador jurídico no le es posible aplicar en forma fragmentada las reglas del régimen especial, no puede aplicar paralelamente, de un lado, los requisitos del régimen especial para obtener el reconocimiento del derecho a la pensión, y de otro, la fórmula de cálculo de la pensión de la Ley 100. Lo contrario implicaría una violación del principio de la inescindibilidad de los regímenes pensionales.”

Sin embargo la línea reiterada y sólidamente construida en la jurisprudencia de las salas de revisión de tutelas en torno a la aplicación integral de los regímenes especiales de pensiones a los beneficiarios del régimen de transición que surgió a partir de la interpretación de los incisos 2 y 3 del art. 36 de la Ley 100 de 1993, varió con la expedición de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 para acoger la segunda tesis interpretativa, como pasa a verse.

Este fue el problema jurídico que se planteó la Corte en la sentencia SU-230 de 2015:

(...) Sobre este punto, la Sala Plena se detendrá a estudiar el problema jurídico que deviene de la aplicación del Ingreso Base de Liquidación en materia pensional, concretamente, la jurisprudencia en vigor de las Salas de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en relación con el precedente establecido por la Sala Plena en la sentencia C-258 de 2013⁷.

⁷ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

A continuación la Corte acudió a los conceptos de jurisprudencia en vigor y precedente, señalando que antes del año 2013 no existía un pronunciamiento de constitucionalidad sobre el ingreso base de liquidación en el contexto del régimen de transición. Indicó que dicho pronunciamiento fue establecido en la sentencia C-258 de 2013 donde por primera vez la Corte analizó el IBL estableciendo una nueva sub regla del régimen de transición conforme a la cual *“el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos.”*

Se refirió igualmente la Corte en la Sentencia SU-230 de 2015 al Auto 326 de 2014⁸ en el cual negó la petición de nulidad de la sentencia T-078 de 2014, solicitud fundada en el desconocimiento por la Sala de Revisión del precedente constitucional en materia del régimen de transición. Al negar la nulidad la Corte consideró que no se configuraba el desconocimiento del precedente porque no existía antes de la Sentencia C-258 de 2013 un pronunciamiento de constitucionalidad expreso de Sala Plena sobre la interpretación dentro del régimen de transición del monto y el ingreso base de liquidación y al no existir éste estaba permitida aquella interpretación que a la luz de la Constitución y la ley acogieran razonadamente las salas de revisión. Señaló igualmente la Corte que en las sentencias emitidas por la Sala Plena sobre el tema (C-168 de 1995, C-1056 de 2003, C-754 de 2004) no se había referido al IBL, y por ello, el precedente establecido por la Sala Plena de la Corte está formulado en la Sentencia C-258 de 2013. Conforme a lo anterior la Sala Plena citó apartes de la citada sentencia y al resolver la solicitud de nulidad concluyó:

“3.2.2.5. Como se acaba de ver, es importante destacar que el parámetro de interpretación fijado por la Corte en la materia, a pesar de que no se encuentra situado de forma expresa en la parte resolutive de dicha providencia, fundamenta la ratio decidendi que dio lugar a una de las decisiones adoptadas en la Sentencia C-258 de 2013 y, por tanto, constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no puede ser desconocido en forma alguna.

3.2.2.6. A partir de las anteriores razones, la Sala Plena considera que la solicitud de nulidad no está llamada a prosperar, por cuanto la Sala Segunda de Revisión de Tutelas no cambió la jurisprudencia constitucional en vigor, relativa a la interpretación del inciso 2º y 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo atinente a la forma de liquidar el monto y el ingreso base de liquidación, sino que, por el contrario, siguió en estricto rigor la interpretación fijada por la Sala Plena en la Sentencia C-258 de 2013, que ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional y que establece, preciso es reiterarlo, que el monto y el ingreso base de liquidación se calculan bajo presupuestos diferentes, el primer concepto, bajo el régimen especial del que fuese beneficiario el afiliado antes de la entrada en vigencia del tránsito normativo, y el segundo, siguiendo lo previsto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100/93” (Subrayas fuera de texto)

Ahora bien, el H. Tribunal Administrativo de Boyacá, en sentencia del 19 de junio de 2015, expediente número 152383333752201400159, concluyó que debía continuarse aplicando la sentencia de unificación del H Consejo de Estado (4/08/15) pues “ (...)

⁸ M.P. Mauricio González Cuervo

para la Sala resultan contradictorios los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional en las providencias mencionadas, toda vez que, en principio, se reiteró de manera enfática que las decisiones y consideraciones plasmadas en la C-258 de 2013 se aplicarían únicamente al régimen pensional establecido en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, por tanto, estos no se harían extensivos a otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados por otras normas (...)” y “es deber de esta Sala señalar que al tener en cuenta la sentencia emitida por la H. Corte Constitucional SU-230 del 29 de abril de 2015, no encontraría salvaguardia el derecho a la igualdad de aquellos pensionados que adquirieron su derecho en las mismas condiciones que quienes fueron cobijados integralmente por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en aplicación de la providencia del 04 de agosto de 2010 del H. Consejo de Estado, por tanto, es válido concluir que en virtud del principio fundamental de favorabilidad se continuará aplicando el precedente jurisprudencial del órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”

El H Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia del 24 de junio de 2015, expediente número 25000232500020110070901 (2060-2013), Magistrado Ponente, doctor Gustavo Gómez Aranguren, mantuvo la misma línea jurisprudencial, *“en el sentido que cuando alguien es beneficiario del régimen de transición, la palabra “monto” dispuesta en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no está haciendo alusión únicamente al porcentaje contemplado en el régimen anterior, sino a los factores a tener en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación, que –en este caso- son los que consagra el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 (modificado por el artículo 1º de la Ley 62/85)”*.

El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia del 17 de noviembre de 2015, expediente número 11001031500020150274600, Magistrado Ponente, doctor Gerardo Arenas Monsalve, tuteló el derecho a la igualdad y el debido proceso del accionante porque *“se apartó del pronunciamiento emitido por el Consejo de Estado, Sección Segunda en la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010 (NI. 0112-2009)”*, fundamentado en que *“los motivos expuestos por el tribunal acusado no son suficientes para apartarse de la providencia proferida por la Sección Segunda de esta Corporación... esta Sala no ha modificado la posición acogida en la sentencia mencionada...”*

Y, por último, la Sección Segunda, Sala Plena, en sentencia de unificación de fecha 19 de noviembre de 2015, expediente 250002342000201300154101 (Ref. 4683-2013), Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, afrontó el debate pendiente sobre la aplicación de la C-258/13 y SU-230/15 dentro de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando se trata de pensiones regidas por el régimen de transición y que no se trate de las regidas por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992. El H Consejo de Estado sienta una premisa esencial consistente en interpretar que el *“régimen de transición no hace excepción respecto de los factores base de liquidación de la pensión ni de la forma de liquidar la misma, toda vez que como lo dispuso el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión para sus beneficiarios es el establecido en las normas anteriores*

a su entrada en vigencia, entendiéndolo por monto no sólo el porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje". En cuanto a la liquidación reafirma la línea fijada en sentencia del 4 de agosto de 2010 por esa misma Sala, sin embargo, sostiene que frente a los factores salariales "que no han sido objeto de descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes", en cumplimiento del Acto Legislativo 01 de 2005⁹. Finalmente, frente a la aplicación de la C-258/13 consideró que no era precedente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo porque, primero, el fundamento del juicio de inexecuibilidad de los aparte del artículo 17 de la Ley 4/92 era la situación de "privilegio" de los Congresistas, lo cual no es comparable ni se puede generalizar a todos los regímenes especiales que subsisten en el sector público (DAS, Rama Judicial, Contraloría, etc), pues "ello afectaría a un considerable grupo de ciudadanos que no hacen parte de los pensionados con prerrogativas o prebendas que se otorgan sin sustento, ni constituyen reconocimiento que conlleven afectación al principio de sostenibilidad fiscal"; segundo, la línea jurisprudencial del Consejo de Estado donde el concepto de "monto" no puede escindirse del "ingreso base de liquidación" está consolidada por más de 20 años; tercero, el H Consejo se aparta de manera justificada y razonable de la sentencia en ciernes, ya que la inexecuibilidad y la sentencia modulativa no se puede "generalizar, pues como ya se anotó, se hace necesario el estudio de los fundamentos de los regímenes especiales de los servidores públicos que no precisamente consagran ventajas injustificadas frente a la forma de establecer el ingreso base de la liquidación de la pensión vitalicia; por ello cobra relevancia precisamente el principio de igualdad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, al determinarse que por razón de su actividad específica y desarrollo de la misma ciertos servidores públicos se encuentran gozando de los beneficios establecidos en los regímenes especiales de transición y que les asiste igual derecho a quienes tienen una expectativa legítima del reconocimiento pensional bajo la normatividad vigente a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993"; cuarto, con respecto a la SU-230/15 consideró la H Sección Segunda que la Corte Constitucional avaló la interpretación de la Corte Suprema sobre la materia y dentro del ámbito de la jurisdicción ordinaria, sin embargo, la jurisdicción contenciosa administrativa no le sirve de precedente porque "conoce de los regímenes especiales del sector público en materia pensional, y que a su interior se aplican no uno sino múltiples regímenes normativos especiales de pensiones, en virtud del régimen de transición pensional, la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de referirse específicamente a las interpretaciones acerca del monto de las pensiones de transición por parte de esta jurisdicción y las ha considerado ajustadas a la Constitución y la Ley, con excepción de las pensiones del régimen de Congresistas y asimilados al mismo, precisamente en virtud de la sentencia C-258 de 2013"; quinto, finalmente, el H Consejo de Estado, Sección Segunda, manifiesta que la Corte Constitucional todavía no ha evaluado estos argumentos, pues siendo la máximo tribunal de lo contencioso administrativo tiene derecho a que defenderse dentro de los procesos de tutela contra sus sentencias.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 6 de noviembre de 2014, expediente interno No. 3155-2013, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

Como se puede observar, el juez queda perplejo porque existe un superior funcional directo que es la máxima autoridad contenciosa administrativa (Art. 237 CP) y un superior funcional indirecto que es la máxima autoridad en la interpretación de la Constitución Política (Art. 241 CP). A ambas autoridades está vinculado¹⁰: Al Consejo de Estado de manera positiva mediante los artículos 10, 102, 269 y 270 CPACA, a la Corte Constitucional por vía de la cosa juzgada constitucional y la *ratio decidendi* en la sentencias de tutela. (Art. 86, 241.9 y 243 CP). La perplejidad del juez se evidencia en que tiene el deber de decidir no de manera automática sino a partir del caso concreto de manera independiente dentro de una Constitución normativa, con carta de derechos fundamentales y mecanismos de protección de éstos, por ello, el juez se encuentra en una encrucijada jurídica, constitucional y vital, pues la respuesta correcta no está dada de antemano de manera positiva sino que se encuentra dentro de un mundo jurídico complejo.

Qué debe hacer entonces el Juez cuando existe una línea jurisprudencial que lo vincula de manera funcional y directa como es la del Consejo de Estado y otra contraria de la Corte Constitucional? decidir a partir de los derechos y la Constitución, como pasará a verse.

Los efectos del cambio de jurisprudencia y los derechos.

Si bien el cambio de jurisprudencia es un fenómeno normal dentro de todo sistema jurídico, en principio afectaría principios esenciales como los derechos adquiridos, la seguridad jurídica y la igualdad de trato, sin embargo, si cambia la Jurisprudencia y esta es fuente formal del derecho por vía de la interpretación, entonces también cambia la ley y ya no podríamos hablar de vulneración de derechos y principios fundamentales sino de su necesaria conciliación y armonización para que todos se materialicen en la mayor y mejor medida dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas disponibles.

Lo anterior se relaciona, en el ámbito del derecho administrativo, con la teoría de las cargas públicas, que supone que la vida en sociedad impone cargas y deberes (Art. 6 y 95 CP), los cuales deben ser soportados de manera igual por todos los asociados, sin que nadie está obligado a soportar un daño si no está jurídicamente justificado, y si ocurriera, también debe resarcirse (Art. 90 CP) con base en dicha teoría y la solidaridad¹¹. Al respecto ha señalado el Consejo de Estado:

¹⁰ Corte Constitucional C-539 y 634 de 2011.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 7 de mayo de 2007, Radicación número: 50001-23-26-000-1991-06081-01(16696), MP. Enrique Gil Botero. Incluye como referencia estas dos sentencias: a) CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.p. Pedro Gómez Parra, septiembre 30 de 1949. "El Estado en ejercicio de su soberanía puede en veces afectar los derechos de los particulares, pero si esa afectación es igual para todos los individuos que se encuentran en las mismas condiciones no hay violación de la justicia distributiva que justifique jurídicamente la responsabilidad. Es por tanto característica de la responsabilidad del Estado que el daño sea especial, lo que ocurre según Bonnard, cuando en una categoría dada de individuos, colocados en una misma situación, el daño no afecta sino a uno o algunos de ellos, pues si todos los que se hallen en estas situaciones son o pueden ser afectados por el daño, el individuo se encuentra en presencia de una carga pública, como lo son, por ejemplo: los inconvenientes normales de vecindad que todo propietario debe soportar por el hecho de las propiedades vecinas. El daño debe ser, por tanto excepcional y anormal, porque la responsabilidad no proviene de la naturaleza del hecho que cause el daño, sino del carácter singular o excepcional del daño ocasionado". b) CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.p.: Guillermo González Charry, abril 21 de 1966. "todo perjuicio anormal, que por su naturaleza e importancia exceda las

“La igualdad, y como se antepuso, su manifestación en el equilibrio ante las cargas públicas, aparece como el bien jurídico a restituir en estos casos, fruto directo de postulados equitativos a los que repugna, como lo expresan el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, los eventos de extrema desigualdad en la repartición de las cargas públicas.

Esta reparación igualitaria, en cuanto responsabilidad del Estado, es reforzada en su razón de ser por la solidaridad, valor que debe animar el actuar del Estado colombiano, no sólo por su calidad de Social -y por ende redistributivo-, sino además porque el constituyente ratificó este carácter al consagrar en el art. 1º a la solidaridad como uno de los valores fundantes del Estado, lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia del Consejo de Estado.¹²”

Desde la anterior perspectiva debe analizarse como en este caso las sentencias de unificación cambian la relación jurídica entre las partes y les crean derechos, obligaciones y deberes que antes no tenían. Si bien todas las partes están sometidas al imperio de la ley, la forma y los efectos de ese sometimiento son distintas para cada una de ellas, pues la conducta de la administración es en esencia reglada (Art. 6, 121, 122 y 125 CP), en tanto que la conducta del trabajador es libre y solamente está sometida a lo que la ley prohíba (Art. 6 y 16 CP). De otra parte, las reglas de derecho a las cuales están sometidas las autoridades públicas están compuestas no sólo por la disposición y su interpretación práctica, también por la ratio decidendi o subreglas jurisprudenciales, pues el “deber de acatar los mandatos superiores y legales incorpora, de suyo, el mandato imperativo de asumir como reglas formales de derecho las decisiones que unifican jurisprudencia y/o hacen tránsito a cosa juzgada constitucional” (C-539/2011 y C-634/2011)

Acorde con lo anterior la Corte Constitucional ha sostenido que la “reconceptualización del principio de legalidad” consiste en que se “vincula el concepto de “ley” u “orden jurídico” a la jurisprudencia como fuente formal del derecho”, por lo tanto, el precedente jurisprudencial se vuelve obligatorio pues hace parte del principio de legalidad, la seguridad jurídica y la igualdad. Por esta misma razón los cambios jurisprudenciales no pueden ser “arbitrarios” debe demostrarse que dicho cambio es imperioso, “en tanto concurren razones sustantivas y suficientes” para ello. Las autoridades administrativas, por el contrario, no tienen esa libertad para apartarse de la jurisprudencia, “habida cuenta que esos funcionarios carecen del grado de autonomía que sí tienen las autoridades judiciales, el acatamiento del precedente jurisprudencial es estricto” porque “la definición, con fuerza de autoridad, que hacen las altas cortes del contenido y alcance de los derechos y, en general, de las reglas constitucionales y legales, resulta imperativa para la administración”. (ib)

En ejercicio del control de constitucionalidad abstracto, la Corte ha considerado la naturaleza particular de los derechos en juego para modular los efectos de sus

molestias y los sacrificios corrientes que exige la vida en sociedad, debe ser considerado como una violación de la igualdad de los ciudadanos delante de las cargas públicas, y por consiguiente debe ser reparado”.

¹² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 7 de mayo de 2007, Radicación número: 50001-23-26-000-1991-06081-01(16696), MP. Enrique Gil Botero

sentencias. Al declarar la inexecutable del artículo 116 de la Ley 6 de 1992¹³, mediante el cual se ordenó un ajuste a las pensiones del sector público nacional reconocidas con anterioridad al 1º de enero de 1989 para compensar las diferencias en el aumento aplicado a los salarios y a dichas pensiones, fijó los efectos de su sentencia bajo la tesis del respeto a las situaciones pensionales consolidadas que gozan de protección constitucional:

“La Corte ha señalado que es a ella a quien corresponde fijar los efectos de sus sentencias, a fin de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución. En este caso, esta Corporación considera que, en virtud de los principios de buena fe (CP art. 83) y protección de los derechos adquiridos (CP art. 58), la declaración de inexecutable de la parte resolutive de esta sentencia sólo tendrá efectos hacia el futuro y se hará efectiva a partir de la notificación del presente fallo. Esto significa, en particular, que la presente declaratoria de inexecutable no implica que las entidades de previsión social o los organismos encargados del pago de las pensiones puedan dejar de aplicar aquellos incrementos pensionales que fueron ordenados por la norma declarada inexecutable y por el Decreto 2108 de 1992, pero que no habían sido efectivamente realizados al momento de notificarse esta sentencia, por la ineficiencia de esas mismas entidades, o de las instancias judiciales en caso de controversia. En efecto, de un lado, el derecho de estos pensionados al reajuste es ya una situación jurídica consolidada, que goza entonces de protección constitucional (CP art. 58). Mal podría entonces invocarse una decisión de esta Corte, que busca garantizar la integridad de la Constitución, para desconocer un derecho que goza de protección constitucional. De otro lado, en virtud del principio de efectividad de los derechos (CP art. 2º) y eficacia y celeridad de la función pública (CP art. 209), la ineficiencia de las autoridades no puede ser una razón válida para desconocer los derechos de los particulares. Nótese en efecto que tanto el artículo 116 de la Ley 6º de 1992 como el Decreto 2108 de 1992 ordenaban una nivelación oficiosa de aquellas pensiones reconocidas antes de 1989 que presentaran diferencias con los aumentos de salarios, por lo cual sería discriminatorio impedir, con base en esta sentencia de inexecutable, que se haga efectivo el incremento a aquellos pensionados que tengan derecho a ello.”¹⁴ (Subrayas fuera de texto).

En consecuencia, si bien no pueden afectar derechos adquiridos ni situaciones jurídicas consolidadas, los cambios de jurisprudencia pueden crear una situación más favorable a los intereses de los pensionados o retirados del servicio, y si se aceptara que los derechos irrenunciables y periódicos se agotan en un solo instante o pronunciamiento judicial, se daría una vulneración del derecho constitucional a la igualdad (art. 13 CP), pues es obvio que las personas que demandaron antes del cambio jurisprudencial sufrirán un desmedro en sus intereses particulares, frente a las personas que con base en el nuevo pronunciamiento demandan con el propósito de obtener la favorabilidad otorgada con el mismo.

Frente a lo anterior ha dicho la jurisprudencia de ésta Jurisdicción que al operar el cambio de jurisprudencia la sentencia de unificación puede tener efectos retrospectivos, aplicándose a situaciones pensionales ya consolidadas pero que siguen ejecutándose en el tiempo, con el pago de cada mesada pensional. La Sección Segunda, subsección “A”, sentencia del 10 de julio de 2014, Radicación número: 25000-23-42-000-2012-01646-01(2720-13), MP. Luis Rafael Vergara Quintero, sobre nuevas peticiones

¹³ “Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deuda pública interna, se dispone un ajuste de pensiones del sector público nacional y se dictan otras disposiciones”

¹⁴ Sentencia C-531 de 1995.

realizadas por titulares del derecho a las mesadas frente a cambio de jurisprudencia, dijo:

“La jurisprudencia del Consejo de Estado, para la época en que se expidieron los actos acusados no tenía unificado el criterio en torno a los factores que debían de tenerse en cuenta para liquidar las pensiones con fundamento en la Ley 33 de 1985, pues existían providencias como las citadas en la resolución de reconocimiento pensional del demandante que determinaban que la liquidación debía realizarse con base en los factores que se tuvieron de base para realizar los aportes en el último año de servicios, mientras que existían otras que señalaban que tal liquidación debía hacerse sobre los factores salariales devengados en el último año de servicios. La interpretación anterior se hizo en aplicación del principio de favorabilidad consagrado en la Constitución Política y su aplicación se materializó sobre actos administrativos expedidos, obviamente, en forma previa a la fijación de tal criterio, por lo que mal puede considerarse que solo aplica para reclamaciones decididas por la administración con posterioridad a dicha definición, pues lo que hace es interpretar, en la forma más favorable al trabajador, las disposiciones que le son aplicables, en garantía de un principio constitucional, razón por la cual es válidamente aplicable en el caso bajo análisis.”

De igual manera nuestro Tribunal señaló refiriéndose a la retrospectividad del precedente judicial contenido en las sentencias de unificación en materia pensional ¹⁵:

“Conforme a lo antes señalado y a la reconceptualización del principio de legalidad, no cabe duda, que tanto el legislador como la Corte Constitucional **equiparan a la jurisprudencia de unificación a la ley**, es imperioso que la misma se aplique como fuente formal y material del derecho, por lo que a este tipo de providencias que cumplan con las características referidas, deberá dársele el trato similar a una ley, en este sentido es indispensable observar el fenómeno de la retrospectividad, a fin de que en casos donde la jurisprudencia de unificación afecte a situaciones jurídicas en curso al momento de ser proferida.

En síntesis, para esta Sala es nítido que la retrospectividad de las sentencias de unificación, conforme a los pronunciamientos que anteceden, se puede aplicar al ser proferidos por los Tribunales de cierre de cada jurisdicción, como fuentes formales y materiales de la ley, bajo el nuevo concepto de legalidad, o como lo deja entrever la Corte, en el entendido de un sistema constitucional incluyente, en el que deben superarse los formalismos para pasar a la concreción de los principios iusfundamentales, en especial el de igualdad y universalidad que integran el derecho a la Seguridad Social. (...)”

Nuestra postura acoge también este sentir fundamental de los derechos, y comprende que la cosa juzgada sobre un derecho que no se agota sino que todo el tiempo se encuentra vigente, cuya naturaleza es de prestación periódica, puede ser objeto de un nuevo debate jurídico cuando ocurre un cambio de jurisprudencia como es el caso que nos ocupa, puesto que con ella se constituye un nuevo derecho que afecta directamente hacia el futuro la situación particular y concreta del pensionado.

Sin embargo los efectos económicos del cambio de jurisprudencia son hacia el futuro. Señaló el Tribunal Administrativo de Boyacá:

¹⁵ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de Decisión No. 3. Magistrada Ponente Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz. Sentencia de abril de 2014. Demandante: Lilia Emma Coy Ávila. Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Radicación: 150013333010201300038-01.

"(...)Entonces si la fuente de derecho surtió efecto el 1º de octubre de 2010, con la sentencia de unificación, ninguna afectación puede tener sobre mesadas anteriores a esa fecha, en relación con factores que hasta entonces no se venían incluyendo porque no se consideraban retribución directa del servicio y/o porque estaban contempladas como factor de liquidación pensional en el Decreto 1045 de 1978. (...)"¹⁶

En consecuencia, establecido el carácter vinculante de la jurisprudencia de unificación, tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, y el carácter prevalente de los pronunciamientos de ésta última como interprete autorizado de la Constitución (art. 243) es necesario determinar su aplicabilidad en el tiempo. Teniendo en cuenta que la jurisprudencia es fuente formal del derecho y concretiza la disposición, habrá que decir que en principio aplica hacia el futuro y no puede interferir en situaciones jurídicas consolidadas a no ser que la nueva interpretación jurisprudencial sea más favorable para el derecho en discusión (art. 53 C.P.), caso en el cual cabe hacer una aplicación retrospectiva de la nueva regla sobre situaciones consolidadas que siguen ejecutándose en el tiempo, como cuando el derecho reclamado es la reliquidación de la pensión, que tiene como característica que es una prestación periódica, se mantiene vigente en el tiempo, es irrenunciable, imprescriptible y es cíclico, así que se afecta y renueva en cierto periodo.

6.- SOLUCIÓN DEL CASO

6.1.-Lo solicitado en la demanda.

Se deprecia la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones N° GNR 259757 del 26 de agosto de 2015 y Resolución N° VPB 69333 del 6 de noviembre de 2015, y el consecuente restablecimiento del derecho consistente en reliquidar la pensión de jubilación de la demandante de tal forma que su monto equivalga al 75% de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

6.2.- Lo probado en el proceso.

Obran en el expediente las siguientes pruebas relevantes:

- La demandante laboró al servicio del Estado en calidad de servidor público, en el – Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –, desde el 15 de septiembre de 1981 al 30 de abril de 2014, fecha de retiro del servicio. (ver certificado de información laboral – fl. 42).
- La señora Susana Castro Parra nació el 23 de febrero de 1956, cumpliendo los 55 años de edad el día 23 de febrero del año 2011, así mismo tenía más de 35 años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (Ver cedula de ciudadanía

¹⁶ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de decisión No. 3. Magistrada Ponente Dra. CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ. Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho. Demandante: Julio Humberto Gómez Munevar. Demandado: Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Radicación 150013333004201400002 en sentencia del 23 de abril de 2015:

fl. 17 y copia registro civil de nacimiento – Documento N° 16780000301A del expediente administrativo medio magnético fl. 88)

- Que mediante Resolución N° GNR 70227 del 28 de febrero de 2014, COLPENSIONES le reconoció pensión de jubilación a la demandante, efectiva al retiro del servicio. (fls. 18-20)
- La demandante, mediante apoderado judicial solicitó la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores que componen el salario de su último año de servicios, petición que fue negada por COLPENSIONES mediante Resolución N° GNR 259757 del 26 de agosto de 2015 (fls. 25 a 27), modificada en sede de apelación por la Resolución N° VPB 69333 del 6 de noviembre de 2015 (fls. 35 a 39) empero, dicha reliquidación no incluyó todos los factores componentes de salario devengados en el último año de servicios.
- La señora Susana Castro Parra percibió durante el último año de servicios 1 de mayo de 2013 al 30 de abril de 2014, los siguientes factores salariales (copia certificado de salario folios 112-113):

Asignación básica
Remuneración por servicios prestados
Bonificación primer semestre
Prima de vacaciones
Bonificación segundo semestre
Subsidio alimentación año
Subsidio transporte año

Régimen de transición: La demandante al 1° de abril de 1994, cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que **(a)** nació el 23 de febrero de 1956 luego para esa fecha contaba con más de 35 años de edad **(b)** era empleada del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; y, **(c)** cumple con el requisito establecido en el parágrafo 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, para conservar el régimen de transición hasta el 2014, que es el de contar con “*cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios*” a la fecha de entrada en vigencia de ese acto (25 de julio de 2005). La accionante contaba para esa época (2005), con más de 20 años de servicio. (Ver certificado de información laboral – fl. 42).

Régimen normativo aplicable. Visto lo anterior, la parte demandante se le aplica el régimen normativo establecido en la Ley 33 1985, por lo tanto, tendrá que reliquidarse su pensión teniendo en cuenta no solo los factores allí establecidos sino los que percibió por concepto de salario el último año de servicio.

Situación jurídico-administrativa.

- **Entidad a la que prestó servicios la demandante:** Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
- **Fecha de retiro del servicio:** 30 de abril de 2014.
- **Emolumentos devengados durante último año de servicios 1 de mayo de 2013 al 30 de abril de 2014:** Asignación básica, Remuneración por servicios prestados, Bonificación primer semestre, Prima de vacaciones, Bonificación de recreación, Bonificación segundo semestre, Subsidio alimentación año, Subsidio transporte año.

Decisión.

Conforme a lo anterior, el Despacho accederá a las pretensiones de conformidad con lo siguiente:

Se declarará la nulidad de la Resolución N° GNR 259757 del 26 de agosto de 2015, por medio de la cual la entidad demandada negó la reliquidación de pensión de la demandante y **la nulidad parcial** de la Resolución N° VPB 69333 del 6 de noviembre de 2015, por medio de la cual se resolvió un recurso de apelación; actos proferidos por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.

A título de restablecimiento del derecho, se accederá a las súplicas de la demanda para que se restablezca el ordenamiento jurídico quebrantado y los derechos de la demandante, realizando una nueva liquidación pensional, tomando como base el 75% del promedio de la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicios, así:

Factores que se reconocerán para efectos de la reliquidación pensional: De acuerdo al certificado de salarios devengados obrante a folios 112-113 del expediente, la demandante devengó durante su último año de servicios comprendido entre el **1 de mayo de 2013 al 30 de abril de 2014** y que aún no han sido incluidos dentro de la liquidación de su pensión, son:

- Asignación básica
- Bonificación por servicios prestados
- Bonificación primer semestre
- Prima de vacaciones
- Bonificación segundo semestre
- Subsidio alimentación año
- Subsidio transporte año

En relación con la **bonificación del primer semestre**, evidencia el Despacho que corresponde a la creada en el Acuerdo 109 de 1970 de la Junta Directiva del ICBF, que se asimila a la prima de servicios del artículo 59 del Decreto 1042 de 1978, de la misma

manera la **bonificación del segundo semestre** que fue creada en el Acuerdo 109 de 1970 de la Junta Directiva del ICBF y que se asimila a la prima de navidad del artículo 32 del Decreto 1045 de 1978, por tanto, de conformidad con la certificación vista a folios 112-113, dichos factores salariales deben ser incluidos en la base de la liquidación pensional, pues la primera bonificación se devengó en el primer semestre – mes de junio –, y la del segundo semestre en diciembre del año correspondiente y fueron devengadas en el año anterior a la adquisición del status pensional.

Ahora, respecto a la **Prima de Vacaciones**, se debe estar en lo dispuesto en la sentencia de unificación del Consejo de Estado, que sostiene lo siguiente:

“sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales – a las cuales el mismo legislador 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.

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al caso sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas prima como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional”¹⁷

Por consiguiente, aunque es regla de exclusión de factores salariales en la base de liquidación de las pensiones la establecida en la sentencia de unificación en comento con respecto a las “sumas que cubran riesgos o infortunios a los que el trabajador se pueda ver afectado”, la misma no se aplica a aquellas prestaciones que pese a tener dicha connotación sea el propio legislador el que las haya incluido como factor salarial, como por ejemplo ocurre con la prima de vacaciones del artículo 45 del Decreto 1045/78.

En lo referente a la **bonificación por servicios** prestados (remuneración por servicios prestados), como quiera que se definió el régimen pensional aplicable al demandante, se debe decir que este factor se encuentra dentro del listado realizado por el legislador en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, por lo cual ha de incluirse dentro de la base de liquidación pensional.

En relación con el **auxilio de transporte y subsidio de alimentación**, el Decreto 1042 de 1978 en su artículo 42 por medio del cual se fijó el régimen salarial de los empleados del orden nacional (Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales) estableció que dichas primas constituyen factor salarial.¹⁸

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).- Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) Actor: LUIS MARIO VELANDIA Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL

¹⁸ Artículo 42º.- De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

El Consejo de Estado en providencia del 03 de febrero de 2013¹⁹, recordó que los auxilios de alimentación y de transporte también deben ser tenidos en cuenta como factores salariales, a la hora de liquidar la mesada pensional de un trabajador. Ello porque el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, bajo la interpretación de este Alto Tribunal, ha precisado que toda remuneración derivada de los servicios efectivamente prestados debe ser incluida en el cálculo.

6.3. De la prescripción Trienal

Encontrando el Despacho que a la demandante le asisten los derechos, es procedente el estudio del fenómeno de la prescripción.

Y cuanto a la prescripción trienal, en el presente caso no hay lugar a la aplicación de las consecuencias de éste fenómeno jurídico, como quiera que el retiro del servicio de la demandante tuvo lugar, tan solo hasta el 30 de abril de 2014. (fl.42) y la petición de la reliquidación de la pensión se elevó el 11 de junio de 2015 (fl.22), a su vez acudió en demanda el 8 de marzo de 2016 (fl.16 vto), por lo que en el caso objeto de estudio no se cumplen los presupuestos que para tal fin prevé el artículo 41 del Decreto 1848 de 1969, para declarar la prescripción.

Bajo las anteriores precisiones, la demandada Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES deberá reliquidar y pagar la pensión de vejez a la señora Susana Castro Parra, teniendo en cuenta todos los factores salariales que efectivamente devengó durante el último año de servicio, tal y como lo ordena el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, que para el caso concreto corresponde al tiempo entre el 1 de mayo de 2013 al 30 de abril de 2014, siendo esta la última fecha en la que fue retirada definitivamente del servicio (fl.42), en consecuencia, es dable afirmar que los actos enjuiciados se encuentran viciados de ilegalidad, siendo procedente declarar sus nulidades y la consecuente reliquidación pensional reclamada con la inclusión de los factores salariales anteriormente enunciados, efectiva al retiro del servicio.

6.4. Del ajuste de la condena.

Las sumas a reconocer y pagar se actualizarán de acuerdo con lo señalado en el artículo 187 del C.P.A.C.A. y la fórmula según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia)

-
- a) Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.
 - b) Los gastos de representación.
 - c) La prima técnica.
 - d) El auxilio de transporte.**
 - e) El auxilio de alimentación.**
 - f) La prima de servicio.
 - g) La bonificación por servicios prestados.
 - h) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión

¹⁹ Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia 76001233100020070021701 (03412012), 3/20/2013

por el índice inicial (vigente a la fecha en que debió hacerse el pago). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = R.H. \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor "R" se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha a partir de la cual se originó la obligación, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE vigente a la fecha de la ejecutoria de la sentencia por el índice inicial vigente a la fecha en que debía hacerse el pago.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, para cada mesada de la pensión de jubilación y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos, desde luego, sin perjuicio de lo estipulado en el artículo 192 del C.P.A.C.A., cuya observancia por parte de la administración debe darse sin necesidad de mandato judicial.

6.5.- Descuentos para los aportes en seguridad social en pensión y salud.

Recientemente el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá cambió su postura en torno a la naturaleza y exigibilidad de los aportes que se debieron realizar al sistema pensional, debate que surge cuando se ordena una liquidación de la pensión que incluye nuevos factores salariales. De manera unificada²⁰ el Tribunal señala que dichos aportes tienen una naturaleza de carácter parafiscal y consecuente con ello su tratamiento legal debe buscarse en el Estatuto Tributario y la Ley 383 de 1997 "Por la cual se expiden normas tendientes a fortalecer la lucha contra la evasión y el contrabando y se dictan otras disposiciones". En consecuencia estos aportes no pueden escapar a las reglas sobre pago, exigibilidad y extinción establecidas para este tipo de recursos, aunque moderadas en virtud de la naturaleza del derecho en debate, al respecto dijo el Tribunal:

"En efecto, cuando se estudia la naturaleza de los aportes la norma brinda una interpretación más asertiva, según la cual, al tener el carácter parafiscal, la obligación tiende a extinguirse como cualquier otra. En este sentido, la aplicación de las normas sobre el pago, la exigibilidad y la extinción de las obligaciones parafiscales permiten deducir que se debe aplicar la prescripción de 5 años a los descuentos por aportes que debieron realizarse por parte del empleado.

²⁰ Sentencias del Tribunal Administrativo de Boyacá que acogen esta postura: Sala de Decisión No. 1, ponencia del Doctor Fabio Iván Afanador García, Sentencia del 30 de junio de 2016, radicación 150013333004201400229-01, demandante: Juan de los Reyes Aldana, Demandado: FNPSM. Sala de Decisión No. 2, ponencia del Doctor Luis Ernesto Arciniegas Triana, Sentencia del 27 de abril de 2016, radicación 150012333000201500102-00, demandante Jorge Pico Enciso, demandado: COLPENSIONES. Sala de Decisión No. 3, ponencia de la Doctora Clara Elisa Cifuentes Ortiz, Sentencia del 19 de febrero de 2016, radicación 152383331703201400096, demandante Ana Beatriz Suelta Figueroa, demandado: SENA. Sala de Decisión No. 4, ponencia de la Doctora Patricia Victoria Manjarrés Bravo, Sentencia del 11 de mayo de 2016, radicación 152383333001201300362-01 demandante: Mercedes Traslaviña de Martínez, demandado: FNPSM.

Ahora bien, frente a las solicitudes pensionales es necesario detenerse a analizar la situación de quienes acuden a la administración de justicia, pues, debido a su especial protección el operador judicial debe permitirles el acceso efectivo a la Seguridad Social mediante la aplicación de interpretaciones más favorables. Al respecto, en la mencionada providencia del 19 de febrero de 2016, la Sala No. 3 de esta Corporación se refirió a este asunto así:

“Cuando se trata de prestación social, como la pensión de vejez, que por regla general, está dirigida a sujetos de especial protección, es decir las personas de la tercera edad – aquellas que cuentan con 60 años de edad o más- que sufren de una disminución de su capacidad laboral y aquella- la pensión- se constituye en la única opción real de afrontar su condición económica, exige de la administración de justicia un esfuerzo hermenéutico que busque preservar el goce de sus derechos fundamentales y su condiciones materiales de existencia.

Esta obligación forma parte del bloque de constitucionalidad (Art.93 CP). El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, contempló en su artículo 17, que toda persona tiene derecho a **protección especial durante su ancianidad**. A su vez, el artículo 1.1. de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, prescribe que todos los Estados partes deben comprometerse a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella.

De igual forma, la **Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores**, aunque no ha sido ratificada por Colombia, constituye un precedente sobre el amparo normativo de estas personas. Consagra que, durante la vejez, el Estado debe garantizar el derecho efectivo a vivir con dignidad e igualdad de condiciones con otros sectores de la población.”

En consecuencia, a fin de procurar la protección efectiva del Derecho a la Seguridad Social de las personas de especial protección, la Sala No. 1 del Tribunal Administrativo de Boyacá cambiará la postura que anteriormente venía aplicando. Lo anterior, considerando que al emitir la sentencia sobre la inclusión de los factores salariales, nace la obligación tributaria para el empleado y el empleador respecto de dichos factores, y por tanto, es predicable de los mismos la aplicación de la prescripción extintiva de las obligaciones.

En conclusión, respecto a la prescripción extintiva de la obligación, la Sala ordenará realizar los descuentos en aportes a pensiones durante los últimos cinco (5) años laborados, es decir, no se descontarán las sumas por aportes adeudados con anterioridad al 6 de enero de 2004.”

Igual solución se aplicará en el presente caso, atendiendo el precedente vertical que obliga a variar la postura anteriormente sostenida por el Despacho, para señalar en el presente caso que sobre los factores base de liquidación de la pensión respecto de los cuales no se haya realizado los descuentos a la seguridad social se hagan las deducciones de ley únicamente sobre los cinco últimos años laborados.

6.6.- Respuesta a los argumentos de las partes.

En consecuencia, el desconocimiento de las fuentes formales de los derechos reclamados sitúa a la decisión demandada en el ámbito de las causales de nulidad de los actos administrativos, pues fue expedida con infracción de las normas en que debía fundarse, desvirtuándose su presunción de legalidad. Por ello se declarara las

nulidades deprecadas y se ordenará a la demandada que realice una nueva liquidación, tomando como base el 75% del promedio de todo lo devengado en el periodo comprendido entre el **1 de mayo de 2013 al 30 de abril de 2014**. Se accede entonces a las súplicas de la demanda para restablecer el ordenamiento jurídico quebrantado y los derechos de la demandante.

Respecto a las excepciones planteadas por la entidad demandada, es preciso señalar que las mismas no se encuentran llamadas a prosperar toda vez que de conformidad con lo expuesto a lo largo de esta providencia, a la parte actora le asiste el derecho a que la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, proceda a reajustar su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales.

7. De Las Costas

De conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. y el artículo 365 del C.G.P. y dada la disparidad presentada en cuanto al tratamiento de la condena en costas y agencias en derecho, este despacho acogerá la reciente postura del Consejo de Estado²¹, que frente al particular concluyó lo siguiente:

(...)

- a) *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a uno "objetivo valorativo" –CPACA-*.
- b) *Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c) *Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
- d) *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
- e) *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
- f) *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP²², previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*

²¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN "A". Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01. Número Interno: 1291-2014. Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Actor: José Francisco Guerrero Bardi. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada). Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016).

²² "ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)"

g) *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.*"

Visto lo anterior atendiendo el criterio **objetivo** emanado del análisis jurisprudencial en cita, debe decir el despacho que no encuentra en el expediente elementos de juicio suficientes para establecer las costas, pues aunque la entidad demandada fue vencida en juicio, ello no basta para su reconocimiento, pues ha de contar el juez con parámetros de decisión suficientes para establecer su comprobación, razón por la cual no se condenará en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada.

SEGUNDO.- Se declara la nulidad de la Resolución N° GNR 259757 del 26 de agosto de 2015, que negó la reliquidación de la pensión de vejez de la Señora SUSANA CASTRO PARRA y la nulidad parcial de la Resolución N° VPB 69333 del 6 de noviembre de 2015 en lo que tiene que ver con los factores salariales que deben hacer parte de la base de liquidación de la pensión; actos administrativos expedidos por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior, **a título de restablecimiento del derecho**, se ordena a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, liquidar en debida forma, reconocer y pagar a la señora SUSANA CASTRO PARRA, identificada con cédula de ciudadanía N° 40.016.780 de Tunja, el valor de la pensión de jubilación equivalente al 75% del promedio de todos los salarios devengados durante el último año de servicios, esto es desde el 1 de mayo de 2013 al 30 de abril de 2014, a saber: Asignación básica, Bonificación por servicios prestados, Bonificación primer semestre, Prima de vacaciones, Bonificación segundo semestre, Subsidio alimentación año y Subsidio transporte año, efectiva al retiro del servicio, esto es al 30 de abril de 2014.

CUARTO: La suma correspondiente deberá ser reajustada y actualizada en la forma indicada en la parte motiva, aplicando para tal fin la siguiente fórmula:

$$R=Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de emolumentos salariales y prestacionales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al

consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período, como se indicó en la parte motiva de la presente providencia. Es entendido que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará mes por mes, para cada mesada pensional teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos, teniendo en cuenta los reajustes reconocidos periódicamente, para deducir la indexación que afecta las sumas causadas.

QUINTO: Sobre los nuevos factores a tener en cuenta para el reconocimiento de la liquidación de la pensión de jubilación reconocida a la señora Susana Castro Parra respecto de los cuales no se hayan realizado descuentos a seguridad social, se ordena hacer las deducciones legales durante los cinco (5) últimos años de prestación de servicios del precitado, como se indicó en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: Se ordena dar cumplimiento a esta providencia con observancia de lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

SÉPTIMO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO: No condenar en costas en esta instancia.

NOVENO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría **DEVUÉLVASE** a la interesada sin necesidad de desglose los anexos y el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,



ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO

JUEZ