



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, noviembre dieciocho (18) de dos mil quince (2015)

Medio de control: **Nulidad y Restablecimiento del derecho**
Radicado: **15001 33 33 004 2014 00072 00**
Demandante: **María Mercedes Rozo Arévalo**
Demandado: **UGPP**

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: MARÍA MERCEDES ROZO ARÉVALO, identificada con C.C. No. 23.266.239 de Tunja.
- DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

OBJETO:

➤ DECLARACIONES Y CONDENAS:

La apoderada de la parte actora solicita la declaratoria de nulidad de la Resolución No. RDP 046709 de 07 de octubre de 2013, proferida por la UGPP, mediante la cual se negó la reliquidación de la demandante, solicita también la nulidad de la Resolución No. RPD 051158 del 05 de noviembre de 2013, expedida por la UGPP mediante la cual se resolvió el recurso de apelación y se confirmó la Resolución No. RDP 046709 de 07 de octubre de 2013, expedidos por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, se declare que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP debe reconocer, liquidar y pagar a la señora MARÍA MERCEDES ROZO ARÉVALO, la pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicios, efectiva a partir del 1 de enero de 2003.

Que la condena se cancele en los términos de la Ley 1437 de 2011.

1.1.2. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

➤ FUNDAMENTOS FÁCTICOS CON BASE EN LA FIJACIÓN DEL LITIGIO

La demandante laboró como docente al servicio del Estado en el Colegio de Boyacá desde el 20 de febrero de 1981, hasta su retiro del servicio el treinta (30) de Diciembre de dos mil dos (2002) (Ver certificado de información laboral, Documento 5, Exp. Adm. CD fl. 94).

La demandante nació el día veinte (20) de mayo de mil novecientos cuarenta y dos (1942), por lo que cumplió 20 años de servicio el 19 de febrero de 2001 (Ver registro civil Documento 4 y certificado de información laboral, Documento 5, Exp. Adm. CD fl. 94).

El último cargo que desempeñó la demandante fue el del Auxiliar de Servicios Generales, Grado 07, Código 5235 (Ver certificado de información laboral, Documento 5, Exp. Adm. CD fl. 94).

CAJANAL E.I.C.E. expidió la Resolución No. 00638 del 31 de enero de 2002, mediante la cual reconoció y ordenó el pago de una pensión de Vejez a favor de la accionante a partir del 1 de abril de 2001, condicionada al retiro del servicio y teniendo en cuenta los siguientes factores salariales: Asignación Básica, Bonificación por Servicios Prestados y Horas Extras (fls. Ver Acto administrativo de reconocimiento pensional, Documento 12, Exp. Adm. CD fl. 94).

La demandante solicitó el 26 de septiembre de 2013 ante la demandada la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios (fls. 31 a 33), petición que fue negada por la entidad demandada mediante Resolución N° RPD 046709 del 07 de octubre de 2013 (fls. 18 a 21), que la demandante presentó recurso de apelación contra la resolución mencionada el día 29 de octubre de 2013 (fls. 34 a 38), por lo que la UGPP, a través de Resolución N° RDP 051158 del 05 de noviembre de 2013, confirmó en todas sus partes el acto administrativo impugnado (fls. 22 a 24).

Para el último año de servicios (01 de enero a 30 de diciembre de 2002), la demandante percibió la Asignación Básica, Auxilio de Transporte, Auxilio de Alimentación, Horas Extras, Bonificación por Servicios Prestados, Prima de Servicios, Prima de vacaciones y Prima de navidad (fls. 29 y 30).

➤ JURÍDICOS:

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

DERECHO A LA PENSIÓN

Frente al derecho a la pensión existe discrepancia en el entendido que la entidad demandada le reconoció la pensión de jubilación bajo las reglas de las leyes 33 y 62 de 1985, es decir, aplicando el monto del 75%, pero calculando el IBL con base en las previsiones del inciso 4 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, es decir, con el promedio

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

de lo devengado durante el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho pensional.

Así las cosas, con la demanda se pretende que se reliquide la pensión, en el mismo monto del 75%, pero calculando el Ingreso base de Liquidación con base en el promedio de todos los factores devengados por la demandante en el último año de servicios.

ENTIDAD OBLIGADA AL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN:

Para el presente caso la entidad obligada al reconocimiento de la pensión de vejez es la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – U.G.P.P.

MONTO DE LA PENSIÓN:

Frente a este aspecto no existe discrepancia como quiera que en el acto administrativo de reconocimiento se establece el monto del 75%, pero como se anotó, se debe calcular el Ingreso base de Liquidación con base en el promedio de todos los factores devengados por la demandante en el último año de servicios y no con base en lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

FACTORES SALARIALES

Como quiera que la demandante solicita la inclusión de todos los factores devengados durante el último año de servicios, con base en la sentencia de unificación del Consejo de Estado, radicado interno 0112-09, de fecha 4 de agosto de 2010. Señala que en el último año de servicios devengó los siguientes factores salariales:

- Asignación Básica
- Auxilio de Transporte
- Auxilio de Alimentación
- Horas Extras
- Bonificación por Servicios Prestados
- Prima de Servicios
- Prima de Vacaciones
- Prima de Navidad

NORMAS DE RANGO CONSTITUCIONAL

Preámbulo, Artículos 1, 2, 6, 13, 25 y 58 de la Constitución Política

NORMAS DE RANGO LEGAL

Código Civil, artículo 10

Ley 57 de 1887, artículo 5

Ley 33 de 1985

Ley 4 de 1966

Decreto 1045 de 1978

Ley 100, artículo 36

⁴ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

Decreto 2143 de 1995
Ley 1437 de 2011

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Señaló que la entidad demandada desconoce el mandato constitucional consignado en el artículo 48 superior, en el sentido de no respetarle al demandante las normas especiales contenidas en la Ley 33 de 1985 y en el Decreto Ley 1045 de 1978, para efectos de la reliquidación de su pensión de jubilación, normas aplicables a los servidores públicos que se encuentran en el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993.

Sostuvo que la negativa de reliquidar en legal forma la pensión del demandante, no sólo va en contravía de la norma, sino que, desconoce principios de orden superior como lo es la igualdad, equidad y favorabilidad consagrados en los artículos 13 y 53 de la Constitución Nacional.

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.

Dijo que la entidad demandada motiva falsamente las resoluciones acusadas, pues las circunstancias de hecho y derecho consignadas en los actos administrativos, no son aplicables al 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 Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – U.G.P.P. (fls. 95 a 104) presentó contestación a la demanda en término, edificando la siguiente argumentación:

Como respuesta del sujeto pasivo de la acción se encuentra lo siguiente:

- **RESPUESTA A LAS PRETENSIONES:** la apoderada de la UGPP se opuso a todas y cada una de las pretensiones deprecadas.
- **RESPUESTA A LOS HECHOS:** frente al 1º a 9º - 11 y 12 manifestó que son ciertos; respecto al hecho 10º señala que no es un hecho sino la pretensión de la demanda.
- **EXCEPCIONES:** Como excepciones propuso: Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido, inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales y prescripción de las mesadas, solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones.

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

1.1.4 ALEGATOS

Parte demandante

El apoderado de la demandante hace un recuento de las pretensiones, los fundamentos facticos y el acervo probatorio que obra en el proceso, hace referencia a los pronunciamientos del Consejo de Estado frente al régimen de transición de los empleados públicos, por cuanto se encuentran demostrados los presupuestos para que se reliquide su pensión con la inclusión de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, es decir, que se acceda a las pretensiones.

Entidad Demandada

Señala que los actos administrativos demandados se expidieron con sujeción a los parámetros de la leyes aplicables al momento de adquirir su status pensional; que se le reconocieron los factores salariales sobre los cuales se realizaron los aportes respectivos, añadiendo que los factores sobre los cuales solicita su inclusión, no están reconocidos en la ley, no tienen relación directa con el servicio y en consecuencia, no constituyen salario, ni mucho menos, factor salarial, citando para ello la interpretación realizada por la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013, concluyendo que la inclusión de tales factores, atenta contra el principio de solidaridad que rige el sistema de seguridad social.

Resalta que la aplicación dada por el Consejo de Estado, conduce a la concesión de beneficios manifiestamente desproporcionados desconociendo los principios de igualdad y solidaridad. Corolario de lo anterior, solicita la aplicación de la SU-230 de 2015, argumentando que de la confrontación normativa y los antecedentes que obran en el cuaderno administrativo, se observa que la negativa de la reliquidación a través de los actos enjuiciados, se profirieron conforme a los factores taxativamente señalados, por cuanto se deben negar las pretensiones de reliquidación.

Concepto Ministerio Público

Luego de realizar un breve recuento de la demanda y su contestación, concluye que se deben despachar favorablemente las pretensiones de la demanda pero declarando nulo el acto de reconocimiento de la pensión por que se encuentra motivado en régimen distinto al aplicable a la demandante; finalmente solicita que se aplique la sentencia de unificación del Consejo de Estado para decidir la controversia presentada en el presente asunto, especialmente haciendo referencia a la no taxatividad de los factores salariales, además de aplicar la jurisprudencia de la Corte Constitucional al respecto.

3.- PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS:

El problema jurídico consiste en determinar si la señora MARÍA MERCEDES ROZO ARÉVALO tiene derecho a que la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – U.G.P.P, a que se liquide nuevamente su pensión vitalicia de jubilación, incluyendo todos los factores salariales devengados durante su último año de servicios en aplicación de la sentencia de unificación del Consejo de Estado, o por el contrario, si se debe aplicar la ley 100 de

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

1993 en lo concerniente a periodo para realizar el cálculo del ingreso base de liquidación IBL y factores frente a los cuales se aportó al sistema.

Tesis de la parte demandante: Sostiene el apoderado demandante que se debe reliquidar la pensión de la señora MARÍA MERCEDES ROZO ARÉVALO, todos los factores salariales devengados durante su último año de servicios en aplicación de la sentencia de unificación del Consejo de Estado.

Tesis de la parte demandada: Se niegue las pretensiones invocadas en la demanda presentada por la accionante, toda vez que no le asiste el derecho a que su pensión vitalicia de jubilación se liquide con base en el último año de servicios por mandato del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como tampoco se deben incluir los factores salariales reclamados, como quiera que los mismos no se encuentran enlistados en los decretos 691 y 1158 de 1994, al tiempo que sobre los mismos no se realizaron aportes a pensión.

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 año anterior a la consolidación del status de pensionada, cuya naturaleza sea remuneratoria, atendiendo a que la actora no goza de un régimen especial en materia de pensiones, y por tanto le son aplicables las Leyes 33 y 62 de 1985 las cuales no contemplan todos los factores por ella devengados debidamente certificados, sin embargo, 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.

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

Frente a las excepciones planteadas por la entidad accionada, que no fueron resueltas en la audiencia inicial, “Inexistencia de la causa de la obligación o Cobro de lo no debido”, “Inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales”, debe decir el Despacho que encierran verdaderos argumentos de defensa y se resolverán como tales con el fondo del asunto, salvo la de prescripción, que en verdad trae al debate un hecho –la inactividad del 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.

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

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 impeditivos, 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:

- Copia cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 17)
- Copia de la Resolución N° RPD 046709 del 07 de octubre de 2013 (fls. 18 a 21)
- Copia de la Resolución N° RDP 051158 del 05 de noviembre de 2013 (fls. 22 a 24)
- Copia del acto administrativo de reconocimiento pensional (Fls. 25 a 27)
- Formato 1 certificación de historia laboral (fl. 28)
- Copia Certificación de salarios y prestaciones devengadas (fls. 29 y 30)
- Solicitud reliquidación pensión (fls. 31 a a 33)
- Copia recurso de apelación contra la Resolución RDP 046709 del 07 de octubre de 2013 (fls. 34 a 38)
- Copia de la resolución N° 163 de septiembre 30 de 2002, por la cual se acepta la renuncia de la demandante (fl. 39)
- Documentos que acreditan tramite de conciliación como requisito de procedibilidad (fls. 40 a 48)
- Expediente administrativo, medio magnético CD (fl. 94)

5.3.-Normatividad aplicable y desarrollo jurisprudencial:

La Seguridad Social como sistema normativo integrado:

El Estado Social de Derecho fundado en los derechos como poderes es, en esencia, un Estado servidor, por ello los “servicios públicos son inherentes a la finalidad

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 RIZA 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.

³ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

social del estado”, por lo tanto, el Estado debe garantizar la “prestación eficiente” de dichos servicios públicos a todos los habitantes del territorio. (Art. 365 CP). La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que deberá ser prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, sujeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. (Art. 48 CP) Estos postulados de la norma constitucional deben realizarse a través de las regulaciones normativas (leyes y reglamentos), es decir, para que la Constitución pueda realizarse es indispensable que los derechos consignados en ella sean concretados a través de leyes, decretos y reglamentos³. Este proceso de concretización en el ámbito de los derechos sociales generalmente está mediado por las discusiones políticas toda vez que involucra distribución de recursos, bienes y servicios que, en principio, deben haber sido parte de los órganos políticos y ejecutores de las políticas públicas. Ahora bien, siendo la Seguridad Social un sistema así mismo debe ser tratado en sus desarrollos normativos, es decir, uno de los elementos esencial del derecho a la seguridad social es que todos puedan acceder a sus beneficios bajo principios de igualdad y justicia material, por ello, el legislador de la Ley 100 de 1993 consagró ese principio de integralidad normativa del sistema.⁴

Los modos de integración en el sistema de seguridad social:

La ley 100 de 1993 acogió los anteriores postulados y estableció tanto principios como reglas para que todos los habitantes del territorio nacional quedaran cobijados por el sistema de seguridad social. Utilizó tres fórmulas para resolver el problema de la pertenencia al sistema:

A) Inclusión. Esta fórmula establece un principio general que consiste en que al Sistema de Seguridad Social pertenecen todos los habitantes del territorio nacional (Art. 11 Ley 100/93 inciso 3º y 4º del artículo 36 de la Ley 100/93)⁵.

B) Exclusión. Esta fórmula lo que realiza es un principio esencial, el respeto a los derechos adquiridos o el tratamiento especial o diferencial del sistema. (Art. 279 L. 100/93)

C) Transición. Esta fórmula es la que resulta más controvertida porque lo que se busca es conciliar los intereses de quienes en razón a la edad o al tiempo de trabajo deban ser sometidos a las nuevas reglas y deban, al mismo tiempo, respetársele algunos derechos, con el fin de garantizar la igualdad y la justicia, puesto que es sano que se establezca como política pública ciertos puentes normativos que permitan ese tránsito a las nuevas condiciones laborales sin desconocer las realidades y circunstancias anteriores.

³Cfr. C-177 de 1998 para la falta de integralidad por los múltiples regímenes antes de la Constitución de 1991.

⁴La Corte Constitucional en sentencia SU-480 de 1997, al respecto dijo: "... La realización del servicio público de la Seguridad Social (art. 48) tiene como sustento un sistema normativo integrado no solamente por los artículos de la Constitución sino también por el conjunto de reglas en cuanto no sean contrarias a la Carta. Todas esas normas contribuyen a la realización del derecho prestacional como status activo del Estado. Es decir, el derecho abstracto se concreta con reglas y con procedimientos prácticos que lo tornan efectivo...

⁵ARTÍCULO 11. El Sistema General de Pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general. Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo. Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y de que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.

⁴ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

El régimen general aplicable.

La Ley 100 de 1993 consagró un nuevo sistema pensional que entró en vigencia el 1º de abril de 1994, no obstante, esa ley estableció que respecto de los derechos adquiridos pensionales antes de la entrada en vigencia de la ley, su régimen pensional sería el vigente al momento en que se adquirió el status jurídico, conforme lo dispuso el artículo 11⁶.

Ahora bien, el régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993 consiste en que el nuevo régimen general de pensiones, en determinados aspectos del mismo, no opera para quienes al 1º de abril de 1994 se encontraran en las circunstancias previstas en su artículo 36.⁷

Con la expedición de la Ley 100 de 1993 se previó un régimen de transición que respetó de los regímenes anteriores, la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión, pero solo para quienes a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones tuvieran 35 años de edad si es mujer o 40 años de edad si es hombre, o 15 años de servicios; además dicha ley precisó que las demás condiciones de la pensión serían las establecidas en el sistema general de pensiones.

La transición es un derecho, la Corte Constitucional, mediante sentencia 596 de 1997, dijo al respecto:

“... El beneficio de la transición consiste en el derecho a acceder a la pensión de vejez o de jubilación, con el cumplimiento de los requisitos relativos a edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que se exigían en el régimen pensional al que estuvieran afiliados en el momento de entrar a regir la ley 100 de 1993. Por lo tanto estas condiciones y las relativas al monto mismo de la pensión, no se rigen por la nueva ley (ley 100 de 1993), sino por las disposiciones que regulaban el régimen pensional al cual se encontraban afiliados en el momento de entrar a regir dicha ley.”

Con respecto al régimen de transición la Corte Constitucional ha precisado varios sus contenidos, alcances y características en sus sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004, SU-062 de 2010, SU 130 de 2013 y C-258 de 2013 y T-892 de 2013.

Desde la anterior perspectiva, cuando se demanda la reliquidación con base en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100, debemos resolver tres aspectos: 1. Que efectivamente tenga derecho al régimen de transición; 2. A qué régimen normativo anterior pertenece; 3. Cuáles son los elementos o características del régimen normativo anterior y los efectos jurídicos sobre la reliquidación pretendida.

⁶ Artículo 11.- El sistema general de pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes del sector público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general. Para efecto de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo.

⁷ Art. 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 o más años de edad si son mujeres o cuarenta o más años de edad si son hombres, o quince 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.

⁸ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

Interpretación de los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993

Como el debate se centra en la existencia de dos hipótesis interpretativas del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es indispensable tener en cuenta la postura de la Corte Constitucional como máximo intérprete de los derechos y a este respecto existía hasta la expedición de las sentencia C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 una línea reiterada y sólidamente construida en la jurisprudencia de dicha corporación en torno a la aplicación integral de los regímenes especiales de pensiones a los beneficiarios del régimen de transición, línea jurisprudencial que surge a partir de la interpretación de los incisos 2 y 3 del art. 36 de la Ley 100 de 1993. En el Auto 144 de 2012 de Sala Plena que responde a una solicitud de nulidad de una sentencia de una sala de revisión de tutela la Corte sistematizó la jurisprudencia vigente hasta ese momento con relación a la interpretación de esta norma:

“3.3.1.3.- Ahora bien, con fundamento en el principio del debido proceso, la protección y reconocimiento de los derechos adquiridos previsto en el 58 superior, y en la vigencia efectiva del principio de favorabilidad en materia laboral reconocido en el artículo 53, la Corte Constitucional ha fijado las siguientes subreglas para la interpretación de los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Así, ha señalado que se desconoce la Carta cuando: (i) no se aplica en su integridad el régimen especial en el que se encuentra amparado el beneficiario del régimen de transición, es decir, las reglas sobre (a) requisitos para acceder a la pensión y (b) la forma de liquidarla; tales reglas forman una unidad inescindible y, por tanto, debe aplicarse la totalidad de lo establecido en el régimen especial anterior; y (ii) la Administración sólo puede aplicar el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100, cuando expresamente el régimen especial no estableció la manera de liquidar el monto de la mesada pensional.”

Sin embargo esta interpretación de los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 cambia con la expedición de la sentencia SU-230 de 2015. Este fue el problema jurídico que se planteó la Corte en dicha sentencia:

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 2013⁸.

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***

⁸ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

liquidación. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos.”

Se refirió igualmente la corte al Auto 326 de 2014⁹ en el cual negó la petición de nulidad de la sentencia T-078 de 2014, 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 del monto y el ingreso base de liquidación en el marco del régimen de transición y al no existir éste estaba permitida aquella 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 a las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición 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)

Precedente de unificación jurisprudencial en la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Con antelación el H Consejo de Estado avocó el problema jurídico consistente en si solo se deben tener en cuenta los factores taxativamente señalados en la ley o si todos los efectivamente recibidos en el último año de servicio. Consideró que para los regímenes de transición se debe respetar no sólo la edad, tiempo y monto, sino que, para efectos de la liquidación pensional, se deben incluir todos aquellos emolumentos que constituyan salario y que las disposiciones legales (L. 33 y 62/85, D. 1045/78) que incluyen algunos factores, sólo tienen un carácter enunciativo y no taxativo, así:

“De los factores de salario para liquidar pensiones.”

⁹ M.P. Mauricio González Cuervo

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

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

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

(.....) (negrilla fuera de texto).

Conforme a lo anterior, precisa el Despacho que una cosa es el status o calidad de pensionado (quien reúne la calidad para ello), que por ser de carácter permanente y generalmente vitalicio prevé la imprescriptibilidad de la acción para su reconocimiento y otra, la de los factores económicos relacionados con los elementos integrantes para la obtención de la base salarial sobre la cual se calcula el quantum o monto de la prestación, en la forma como lo hayan dispuesto el legislador, la convención o directamente las partes (valor de la pensión que nace de manera individual y autónoma).

Sin embargo, como la Constitución tiene eficacia normativa e invasiva directa en el ordenamiento jurídico (Art. 2 y 4 CP), entonces, las normas de carácter legal de naturaleza laboral que determinen lo que constituye salario deben respetar los derechos fundamentales a la igualdad, dignidad humana, mínimo vital, el principio de la primacía de la realidad frente a las formas y la favorabilidad.(Art. 13, 48 y 53 CP) Ahora bien, la sentencia de unificación del Consejo de Estado se fundó en este nuevo marco axiológico constitucional derrotando interpretaciones puramente literales de las disposiciones.

Los efectos del cambio de jurisprudencia.

Si bien el cambio de jurisprudencia es 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 derecho¹ 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

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

ocurriera, también debe resarcirse (Art. 90 CP) con base en dicha teoría y la solidaridad¹⁰. Al respecto ha señalado el Consejo de Estado:

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.¹¹

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, sino 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. Y 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)

¹⁰ 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 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”.

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

¹² Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

Conforme a lo anterior, con respecto al precedente constitucional, los jueces tienen la obligación de acatarlo en cuatro casos: i) En el caso de las sentencias de control abstracto de constitucionalidad, (sentencias tipo C) ii) En el caso de las sentencias de exequibilidad condicionada -los vincula tanto la parte resolutive como la ratio decidendi en estos dos casos, iii) en el caso de las sentencias de reiteración de jurisprudencia, tanto de control abstracto como de control concreto y iv) en el caso de las sentencias de unificación de control concreto de constitucionalidad (SU) los vincula la ratio decidendi¹². Esta forma de vinculación de las autoridades judiciales ha sido ampliamente desarrollada por la Corte Constitucional, se pueden citar al respecto las sentencias C-335 de 2008 y C-539 de 2011, C-634 de 2011.

Ahora bien, la jurisprudencia es fuente formal de derecho (C-539 y 634/2011)¹³, lo cual significa que las disposiciones cuando son interpretadas y aplicadas por los jueces, éstos son creadores de derecho en tanto que le dan el alcance y contenido concreto a aquella, pues al estar el derecho construido en lenguaje natural tiene como característica la vaguedad y ambigüedad, por tanto, requiere de la intervención del juez para ser concretado en subreglas según cada caso concreto. En consecuencia, los precedentes jurisprudenciales vinculantes y obligatorios, hacen parte del contenido material de la ley. De suerte que todo cambio jurisprudencia cambia el contexto significativo de la disposición o de la norma, pues adquiere nuevos significados que pueden afectar al titular de un derecho que se mantenga vigente en el tiempo, como son las prestaciones periódicas.

Por otra parte, es importante resaltar que de conformidad con el artículo 53 Constitucional, la pensión es un derecho irrenunciable y de carácter periódico, lo cual quiere decir el mismo no se agota en un solo instante o trámite judicial sino que se renueva indefinidamente, de forma que el derecho de acción en cabeza del titular del derecho siempre está vigente pudiendo demandar en cualquier momento cuando alguno de los elementos esenciales de su derecho sustantivo se vea afectado.

Respalda lo anterior, el hecho de que la jurisprudencia nacional es mutable y frente a determinado tema puede que varíe siendo más favorable a los intereses de los pensionados o retirados del servicio, lo cual quiere decir, que 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.

El Consejo de Estado ha previsto esta situación del cambio de jurisprudencia y ha abordado el problema en el caso de la indebida escogencia de la acción, cuando los casos que se encontraban en curso deben seguir siendo fallados con base en las reglas jurisprudenciales anteriores. El doctor Gerardo Arenas Monsalve, en aclaración de voto de la sentencia del 11 de marzo de 2010, radicación número:

¹² Quinche Ramírez Manuel Fernando. "El precedente Judicial y sus reglas". Editorial Universidad del Rosario- Legis. 2014.

¹³ López, Medina Diego. *El Derecho de los Jueces. Legis-Universidad de los Andes, Bogotá, 2009, especialmente el capítulo 7.*

¹⁴ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

41001-23-31-000-1998-00792-01(0792-06), Sección Segunda, Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón, dijo:

En punto a la acción judicial procedente para reclamar la sanción moratoria por no haberse pagado oportunamente las cesantías, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 27 de marzo de 2007¹⁴ unificó el criterio jurisprudencial y señaló que “la vía procesal adecuada para discutir las cesantías y el reconocimiento de la sanción moratoria es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, salvo que exista certeza del derecho y de la sanción, porque, se repite, en estos eventos procede la ejecución del título complejo.”.

De igual manera, se precisó que “por razones de seguridad jurídica y por respeto al derecho de acceso a la administración de justicia, los procesos emprendidos a través de la acción de reparación directa, que no requiere agotamiento de la vía gubernativa, deben continuar con el trámite iniciado hasta su culminación, conforme a las tesis jurisprudenciales correspondientes. Por lo tanto la presente sentencia ha de ser criterio jurisprudencial a partir de su ejecutoria.”.

.....

No obstante la anterior precisión, debo señalar que, a mi juicio, la definición del presente asunto por la Sala, se justifica para este caso y de manera absolutamente excepcional, atendiendo la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, así como el derecho de acceso a la administración de justicia y la justa protección del trabajo, principios rectores que dentro de un Estado Social de derecho comportan la resolución pronta y eficaz de los conflictos sometidos a la jurisdicción.

En conclusión, el Consejo de Estado ha sido sensible a que los cambios de jurisprudencia no pueden afectar los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia y a la igualdad, sino que debe ponderarse de acuerdo a cada situación particular y concreta para que se puedan articular o conciliar todos los derechos en tensión. 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, como es la pensión 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.

Cuáles son los efectos concretos para los derechos cuando el cambio de jurisprudencia proyecta una situación más favorable para el titular? Esta pregunta surge por ejemplo frente a los efectos de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, que integra la base de liquidación de las pensiones con todos los conceptos de carácter salarial, incrementando la cuantía de las mesadas. Frente a lo anterior ha dicho la Jurisprudencia de esta Jurisdicción que como operó el cambio de jurisprudencia la sentencia de unificación tiene 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 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

¹⁴ CP. Jesús María Lemos Bustamante, Expediente No. 760012331000200002513 01 No. Interno: 2777-2004 Actor: José Bolívar Caicedo Ruiz.

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: María Mercedes Rozo Arévalo

Demandado: UGPP

Radicación: 2014-0072

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.

Sin embargo sus efectos económicos son hacia el futuro. Señaló el 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:

“(...)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.

Sin embargo no es menos cierto que no podrían traerse valores devaluados devengados años atrás sin la respectiva actualización, criterio que ha sido asumido por la jurisprudencia en el tratamiento de la primera mesada pensional cuando el promedio a tener en cuenta se toma de valores devengados antes de la fecha de consolidación del derecho. (...)

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 la jurisprudencia 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, 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 lapso de tiempo.

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

Si bien hasta el momento actual este Despacho acogía en este punto la doctrina de del Consejo de Estado conforme a la cual la omisión por parte de la administración en el descuento y la consignación de aportes no impide el reconocimiento de factores salariales para efectos pensionales, pues aquellos pueden ser descontados por la entidad de las mesadas adeudadas cuando se haga el reconocimiento prestacional, en garantía de la sostenibilidad del sistema de seguridad social, es imperativo hacer una

⁴ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

nueva reflexión sobre el punto, atendiendo la problemática que pueden suscitar las fórmulas hasta ahora aplicadas, pues es posible que no se logre que *“los mencionados descuentos deben ser acordes con las circunstancias y condiciones económicas del actor, dada la cuantía de su pensión; esto a efectos de no causar traumatismo a su ingreso y en consecuencia, a su manutención y la de quienes de él dependen económicamente, afectando su mínimo vital”* como sostiene el Consejo de Estado en Sentencias de la Sección Segunda – Subsección “A” con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren con fecha 5 de junio de 2014 y radicaciones 25000-23-25-000-2012-00762-01 (0623-2013) siendo actor Carlos Eduardo Pulido Roa y 25000232500020110135001 (1453-2013) siendo actora Elvira Cuervo de Jaramillo.

En consecuencia, el problema jurídico que debemos avocar ahora se refiere a las consecuencias de ordenar incluir factores salariales en la reliquidación de la pensión cuando en su oportunidad no se realizaron las cotizaciones legales al sistema, si ha de distribuirse esta carga entre las partes, como lo hacen las sentencias mencionadas, y en qué proporción, cuestión que resolveremos al tenor de las siguientes premisas:

i). Los efectos de la sentencia.

Los efectos de la declaración de nulidad que se hacen en la sentencia son *ex tunc*, pues la revisión de la legalidad del acto se hace desde su origen¹⁵. De igual manera, el restablecimiento del derecho: *“implica¹⁶ llevar la situación presente del actor al mismo estado en que debería encontrarse si no se hubiera proferido el acto administrativo que afectó su estatus jurídico, lo cual, debe examinarse atendiendo a las pretensiones y a lo probado en el proceso”¹⁷*, sin embargo se parte de la premisa que la situación de hecho originaria existe aún o tiene probabilidad jurídica de existencia, para que así se cumpla el postulado conforme al cual la sentencia proferida en procesos de restablecimiento del derecho *“aprovechará a quien hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor”* (Art. 189 inciso 5º del CPACA). Por ello el legislador previó, por ejemplo, que si se ordena en la sentencia el reintegro a un cargo y éste ya no existe, o bien no es posible por otra razón reinstalar a la persona en el mismo, el juez dispondrá a solicitud de parte modificar el restablecimiento por una *“indemnización compensatoria”*. (ib. inciso 7º)

ii) Los valores, derechos e intereses en tensión.

El derecho a la pensión está consagrado en la Carta Política (Art. 48 CP) con características de imprescriptibilidad e irrenunciabilidad¹⁸, estando vigente en el tiempo y extinguiéndose sólo con la muerte del titular o de quienes tienen derecho a suceder en su disfrute conforme a la ley. Se trata entonces de un verdadero estatus jurídico caracterizado por que en su núcleo está un derecho inalienable.

Precisamente, en materia laboral lo que garantiza la primacía de la realidad es ese tipo de derechos, que además de ser mínimos, son irrenunciables e imprescriptibles, por ello no se afectan aunque su titular no los reclame en los términos legales, pues su

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”. Sentencia de 24 de noviembre de 2014. Radicación número: Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00040-00(35362) Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCON

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”. Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Sentencia de 10/09/2014. Ref: Expediente N° 05001233100020000307802. N° Interno. 2223-2010 Autoridades Departamentales. Actor: Fernando Estrada Méndez.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”. Sentencia de 24 de noviembre de 2014. Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00196-00(1486-10). Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”. Sentencia del 02/10/2008. Radicación número: 25000-23-25-000-2002-06050-01(0363-08). Consejero ponente: GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN.

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

fuente es la misma Constitución (Art. 53 CP)¹⁹. Por lo anterior, en aplicación del principio de primacía de la realidad, el Consejo de Estado ha ordenado el reajuste pensional por considerar que es un derecho laboral mínimo²⁰.

La fuente material del derecho laboral consagrada en el artículo 53 de la Constitución Política lo que persigue es la protección efectiva de los derechos laborales mínimos y entre ellos está la garantía efectiva de la pensión (Art. 46, 48), no obstante, para realizarla se debe asumir el costo del derecho pagando las cotizaciones correspondientes.

No obstante lo anterior, aunada a dicha dimensión intangible del derecho existe otra económica que sí está sujeta al cumplimiento de las cargas y deberes que tiene el titular del derecho. Por eso aunque el restablecimiento “*aprovechará*” al demandante de manera integral desde el momento en que se produjo la vulneración del derecho constitucional, expresándose allí su intangibilidad, los aspectos económicos del derecho se pueden ver afectados por el incumplimiento de ciertas cargas que debe asumir el titular. Esta dimensión económica derivada del derecho a la pensión, sí está sujeta a la prescripción extintiva porque es renunciable y no genera una situación jurídica constitucional o estatus jurídico de la persona. Es decir, son beneficios económicos que tienden a darle a la persona una condición externa de bienestar.²¹ Esta situación económica externa, a diferencia de la situación jurídica de la persona pensionada, si corre por cuenta directamente del afectado ya que el derecho a la reclamación lo pudo ejercer durante el tiempo el término de prescripción trienal y no hacerlo le trae las consecuencias jurídicas que la propia norma establece.

Pues bien, parte de dicha dimensión económica es lo relacionado con las prestaciones sociales de salud y pensiones, y por ello surge el interrogante sobre si hacen parte del restablecimiento del derecho solicitado o el juez debe resolver por otra vía el tema de los aportes al sistema. Como antecedente para resolver este interrogante se tiene que el Consejo de Estado en un caso similar, referente al contrato realidad, señaló que para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales debe considerarse “*quien debe asumirlas (...) se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral*”, dentro del primer tipo están las ordinarias o comunes (primas, cesantías) y en el segundo están la salud, la pensión, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que deben “ser asumidas y reconocidas por cada sistema”²²:

¹⁹ Corte Constitucional sentencia SU-298/15. “La Sala Plena de la Corte Constitucional consideró que en el caso concreto, se había desconocido el precedente jurisprudencial constitucional, según el cual, la solicitud de reajuste pensional para que se calculen nuevos factores salariales puede elevarse en cualquier tiempo, en virtud de los principios de imprescriptibilidad, irrenunciabilidad y favorabilidad propios del derecho a la seguridad social.” (Boletín de Prensa No. 21-21/05/15)

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de julio de 2007, radicado número 13001-23-31-000-2000-01155-01(6611-05). MP. Jaime Moreno García.

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 20 de octubre de 2009, radicado No. 34414. MP. Luis Javier Osorio López. “Entonces, no es la posibilidad de demandar en cualquier tiempo los actos administrativos lo que fatalmente conduce a la imprescriptibilidad de la pensión de jubilación.

La razón de ser de éste fenómeno es distinta (...) “ la pensión de jubilación genera un verdadero estado jurídico, el de jubilado, que la da a la persona el derecho a disfrutar de una determinada suma mensual de dinero. Por eso ha declarado la imprescriptibilidad del derecho a la pensión de jubilación y por ello la acción que se dirija a reclamar esa prestación puede intentarse en cualquier tiempo, mientras no se extinga la condición de pensionado, que puede suceder por causa de la muerte del beneficiario. ‘Del estado jurídico de jubilado se puede predicar su extinción, mas no su prescripción’, dijo la Corte (Cas. 18 de diciembre de 1954...)”.

“Sin que implique cambio de jurisprudencia -- sobre la imprescriptibilidad del derecho pensional en sí --debe precisarse que una cosa es el status o calidad de pensionado, el cual por ser de carácter permanente y generalmente vitalicio aparea la imprescriptibilidad de la acción para su reconocimiento -- criterio jurisprudencial que se reitera--; y otra, la de los factores económicos relacionados con los elementos integrantes para la obtención de la base salarial sobre la cual se calcula el quantum o monto de la prestación, en la forma como lo hayan dispuesto el legislador, la convención o directamente las partes. Pues, en tanto que la titularidad de pensionado se predica de quien reúne los requisitos para ello, y tal situación se puede extender, por ficción legal en ciertos casos y en relación con ciertas personas, hasta con posterioridad a la muerte del causante; el valor de la pensión nace de manera individual y autónoma, con fundamento en la vigencia de los derechos laborales que la comprenden y que el legislador presume terminada con el acaecimiento del fenómeno prescriptivo previsto en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo para las relaciones individuales del trabajo de carácter particular y que el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social amplía a todas ‘las acciones que emanen de las leyes sociales’ del trabajo.

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”. Sentencia de 27 de noviembre de 2014. Radicación número: Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00275-01 (3222-2013). Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

Así que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, la cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado; la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%.

....

En cuanto a los aportes a las entidades de Seguridad Social, se ordenará el pago, en la debida proporción, de las sumas que por concepto de aportes no fueron cotizados por la entidad demandada, puesto que dichos pagos son consecuencia del vínculo laboral que existió entre las partes con base en la fracción mensual del valor pactado por concepto de honorarios.

Al tenor de dichas premisas se establece un ámbito de tensión entre el carácter fundamental del derecho a la pensión que está unido de manera inescindible a los derechos que surgen de las relaciones laborales, frente a los cuales el Estado Social de Derecho y sus autoridades están obligados a garantizar su efectividad, promoción y protección (Art. 2 y 46), y los derechos económicos derivados de esa misma relación laboral, que si son alienables; derechos que entonces han de ser conciliados, armonizados o ponderados. De una parte, es necesario garantizar los fines esenciales de rango constitucional del Estado Social de Derecho (Art. 2, 6 y 230 CP) y desde allí sería entonces inadmisibles permitir una situación de inconstitucionalidad al vulnerarse un derecho irrenunciable como la pensión, pero al mismo tiempo deben cumplirse las normas legales relativas al deber de accionar dentro de ciertos términos para acceder a los derechos económicos derivados del status pensional.

La distinción entre estos dos tipos de derechos permite que los derechos fundamentales como la dignidad humana, justicia e igualdad material, imprescriptibilidad e irrenunciabilidad a las condiciones mínimas existenciales que están involucrados en el derecho a la pensión efectivamente se garanticen, y a la vez se respete el término legal de prescripción para los derechos laborales de carácter económico, corriendo el titular con las consecuencias por la inactividad en el ejercicio de sus derechos, en protección de la seguridad jurídica, sin que este valor pese más que el derecho fundamental del trabajador como valor fundante (Art. 1 CP). Dejar la carga de los aportes para la pensión en una sola de las partes en la extinta relación laboral contraría valores fundantes, pues si tiene que pagarlos sólo el trabajador el beneficio es para la entidad pública, cuando el deber superior de promoción, protección y efectiva garantía de los derechos fundamentales radica en ella²³, y si tiene que pagarlos solamente el estado se libera de todo deber al ciudadano, cuando tiene deberes correlativos al derecho que reclama. (Art. 2 y 6, 46, 48, 53 CP).

En conclusión, la ponderación y conciliación de los principios y derechos que se ponen en juego en este caso particular llevan a la solución más justa y equitativa: el Estado Social cumple el verdadero papel garantizador de los derechos, se respetan las normas de la legalidad y del Estado de Derecho, y al mismo tiempo se efectivizan los derechos fundamentales de los ciudadanos. El Consejo de Estado en las sentencias

²³ El Consejo de Estado ha declarado al responsabilidad patrimonial del estado con base en la teoría de la posición de garante del Estado por omisión en el cumplimiento de sus deberes normativos, para una mirada completa de esta teoría ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente: 200012331000199703529 01, Radicación interna No.: 18.274.MP. Enrique Gil Botero.

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

citadas de la Sección Segunda, Subsección “A”, fecha 5 de junio de 2014, C.P. Gustavo Gómez Aranguren, asumió este debate a partir de cuatro premisas: (i) los descuentos proceden sobre aquellos factores que se ordena incluir en la reliquidación sin que sobre los mismos se hayan efectuado las deducciones legales²⁴; (ii) los descuentos proceden al momento del reconocimiento prestacional²⁵; (iii) “resulta necesario que los valores a retener y/ o deducir, de aquellos sobre los que no se cotizó y que se tendrán en cuenta para reliquidar la pensión del accionante, sean actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario, de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y al actor (pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo), de lo contrario se trataría de sumas depreciadas, que en vez de coadyuvar a la sostenibilidad fiscal en materia pensional, ahondarían la problemática.”; (iv) “en lo que concierne a la deuda a cargo de la parte actora, la entidad demandada procederá a realizar los descuentos sobre el valor del retroactivo producto del reconocimiento del mayor valor derivado de la reliquidación pensional con la inclusión de los nuevos factores; y si con ello no se satisficiera la totalidad de la deuda que al demandante le corresponde, se efectuarán una serie de descuentos mensuales, iguales, hasta completar el capital adeudado”. Este descuento, dice la sentencia en cita, no puede causar “traumatismo a su ingreso y en consecuencia, a su manutención y la de quienes de él dependen económicamente.”

De conformidad con lo anterior es necesario determinar cómo han de distribuirse las cargas que surgen a raíz del cambio jurisprudencial. Desde nuestra perspectiva debe realizarse una ponderación de principios e intereses, con el objeto de saber qué trato se le debe dar a cada una de las partes involucradas y armonizar todos los derechos. No se puede desconocer el papel que cumple cada una de las partes en el problema que nos ocupa: una cosa es la entidad demandada como patrono y como estado, y otra cosa es el demandante como empleado público y particular. Entonces se debe considerar: (i) que los servicios públicos son inherentes a la finalidad del estado y éste debe asegurar su prestación eficiente y mantener la regulación, control y vigilancia de dichos servicios. (Art. 365 CP) (ii) La seguridad social es un derecho fundamental irrenunciable (SU-062/2010) y un servicio público obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado. (Art. 48 CP) (iii) el particular como empleado público y titular del derecho fundamental a la seguridad social, debe cumplir la Constitución y la ley (Art. 95 CP) y tiene derecho a que el Estado y sus autoridades públicas le garanticen la efectividad de sus derechos y le aseguren el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. (Art. 2 CP). De lo anterior se evidencia que en la relación jurídica administrativa entre empleador y empleado existe una desigualdad que solamente se equilibra a partir de los derechos y las garantías con que cuenta el ciudadano, y a su vez, la empresa administradora de las pensiones está sometida a unos principios y reglas en el manejo de los recursos que determinan su actuar.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00031-01(0899-11). Actor: Sara Paulina Pretel Mendoza. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá, D.C., sentencia del veinticuatro (24) de enero de dos mil trece (2013), radicación número: 25000-23-25-000-2009-00515-01(0305-12). Dijo: “Finalmente, en cuanto a los aportes, cabe decir, que en virtud de la estipulación final de, l (sic) artículo 1 de la Ley 62 de 1985, la liquidación de la pensión debe estar de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes. Regla general a la que están obligados todos los servidores públicos, aún para los empleados de régimen especial como los de la Contraloría General de la República, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional. Lo anterior significa, que si no han sido objeto de descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes. Tal ha sido la filosofía del Legislador, que actualmente se ha elevado a rango constitucional a través del Acto Legislativo 1 de 2005¹², en el sentido de establecer que para efectos de la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Máxima que implica a partir del año de 2005 que sobre todos los factores que constituyen base para liquidar la pensión deban realizarse los respectivos aportes, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional.”

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

En suma, la carga que surge con el cambio jurisprudencial es el pago de la cotización sobre los nuevos factores que fueron incluidos en la reliquidación de la pensión, proporcionalmente a cargo tanto del empleador (entidad pública) como del trabajador (empleado público), el cual debe ser *“actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario” “de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y al actor (pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo)”*, según dijo el Consejo de Estado, en las sentencias ya referenciadas. No obstante, el rol de cada parte es distinto y debe ponderarse así: a) El momento a partir de la cual nace la obligación, por el cambio de jurisprudencia, es el 2 de octubre de 2010, día siguiente a la ejecutoria de la mencionada sentencia de unificación²⁶; b) El pago de los valores por concepto de cotización sobre los nuevos factores salariales debidamente actualizados, según el porcentaje correspondiente a la entidad pública, tendrá que hacerse de manera íntegra y no está sujeta a ninguna prescripción debido a la naturaleza jurídica del derecho pues ella actúa no sólo como empleadora sino como estado; c) Los aportes del demandante están sujetos a la prescripción trienal porque el cumplimiento de la obligación de pagar la cotización no dependía directamente de su actuar sino que estaba sujeto a la retención correspondiente, por lo tanto, el cumplimiento de la legalidad y del principio de confianza legítima se vulneran cuando su actuar está sujeto a procedimientos ajenos a su voluntad; d) El demandante sólo puede ser deudor hasta el monto de lo que recibe sin que se afecte su pensión, porque se vulneran los principios de favorabilidad laboral y la prohibición de reducirse la pensión. (Art. 48 CP)

En cuanto a los descuentos por salud, deberán aplicarse las mismas reglas.

6.- SOLUCIÓN DEL CASO

En el presente caso se demandaron las Resolución No. RDP 046709 de 07 de octubre de 2013, proferida por la UGPP, mediante la cual se negó la reliquidación de la demandante con la inclusión de todos los factores salariales y solicita la nulidad de la Resolución No. RPD 051158 del 05 de noviembre de 2013, expedida por la UGPP mediante la cual se confirmó la Resolución No. RDP 046709 de 07 de octubre de 2013. Dichos actos son definitivos y sostienen la postura de la entidad en lo referente a que el ingreso base de liquidación debe calcularse con base en los diez últimos años de servicio o el tiempo que le hiciera falta, según el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, además, solo se tuvieron en cuenta los factores salariales enlistados en los Decretos 691 y 1158 de 1994, sobre los que se hicieron aportes al sistema general de pensiones.

Así mismo, se observa que la señora María Mercedes Rozo Arévalo, nació el día veinte (20) de mayo de mil novecientos cuarenta y dos (1942), por lo que cumplió 20 años de servicio el 19 de febrero de 2001 (Ver registro civil Documento 4 y certificado de información laboral, Documento 5, Exp. Adm. CD fl. 94). La demandante laboró como Auxiliar de Servicios Generales al servicio del Estado en el Colegio de Boyacá desde el 20 de febrero de 1981, hasta su retiró del servicio el treinta (30) de Diciembre de dos mil dos (2002) (Ver certificado de información laboral, Documento 5, Exp. Adm. CD fl. 94).

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00031-01(0899-11).

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

Teniendo en cuenta las pruebas allegadas al expediente, se acreditó que al 01 de abril de 1994 (fecha en la cual entró en vigencia la ley 100 de 1993), la demandante tenía más de 35 años de edad, por lo cual se encuentra dentro de las previsiones del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y la normatividad aplicable en este caso para efectos de determinar los requisitos de edad, tiempo de servicios y, especialmente, cuantía de la pensión de jubilación, son las Leyes 33 y 62 de 1985.

Ahora bien, el despacho debe establecer cuáles de los elementos salariales percibidos por la demandante constituyen una retribución directamente relacionada con la prestación personal del servicio y no están dirigidos a asumir riesgos inherentes a la labor, sin perjuicio de la facultad del Juez para establecer la procedencia del reconocimiento del factor salarial reclamado bajo el principio de legalidad.

Observa en este sentido el despacho que de acuerdo al certificado de salarios y devengados obrante a folio 29 del expediente, los pagos salariales devengados por la señora María Mercedes Rozo Arévalo, durante el último año de servicio (01 de enero de 2002 a 30 de diciembre de 2002) fueron los siguientes:

- Asignación básica
- Auxilio de Transporte
- Auxilio de Alimentación
- Horas Extras
- Bonificación por Servicios Prestados
- Prima de Servicios –
- Prima de vacaciones
- Prima de navidad
- Bonificación especial de recreación.

Se debe decir que la entidad demandada, en el acto administrativo de reconocimiento, incluyó en la base de liquidación los factores Asignación Básica, Bonificación por Servicios Prestados y Horas Extras

Respecto a los factores discutidos como **la prima de navidad y la prima de vacaciones**, debe estarse lo dispuesto en la ya referida 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”

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

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 navidad y vacaciones, del artículo 45 del D. 1045/78.

En lo que se refiere al **auxilio de alimentación, auxilio de transporte y la prima de servicios** ha de precisarse que se tratan de factores salariales y que fueron consagrados por el Decreto 2477 de 1970 a favor de empleados adscritos a entidades del orden nacional (art. 3º), posteriormente el Decreto 165 de 1971 lo amplió a los supernumerarios y finalmente el Decreto 1042 de 1978 en su artículo 51 lo ratificó a favor de los empleados vinculados a las entidades señaladas en el artículo 1º, todas ellas del orden nacional. Dijo la mencionada norma en su artículo 42º.- sobre 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:

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.” (Negrillas del despacho)

Además fueron contempladas como factores de salario en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, que señala:

“Artículo 45º.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

a) La asignación básica mensual;

b) Los gastos de representación y la prima técnica;

c) Los dominicales y feriados;

d) Las horas extras;

e) Los auxilios de alimentación y transporte;

f) La prima de navidad;

g) La bonificación por servicios prestados;

h) La prima de servicios;

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
- k) La prima de vacaciones;**
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. Modificado posteriormente.”

De lo anterior tenemos que los elementos salariales percibidos por la demandante constituyen una retribución directamente relacionada con la prestación personal del servicio, por lo que procede su inclusión en la base de liquidación pensional, no sucede así con los restantes factores devengados frente a los cuales no existe parámetro alguno para considerarlos factor salarial.

Conclusión.

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 la nulidad deprecada 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 01 de enero de 2002 a 30 de diciembre de 2002. Se accede entonces a las súplicas de la demanda para restablecer el ordenamiento jurídico quebrantado y los derechos de la demandante.

Y cuanto a la prescripción trienal, los valores a pagar se reconocerían a partir del 26 de septiembre de 2010, por ocurrencia de dicha figura jurídica extintiva de los derechos laborales, por cuanto la petición de reliquidación se radicó el día 26 de septiembre de 2013, (fls. 31 a 34) ello con base en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, que establece que las acciones que emanen de los derechos consagrados en las normas laborales prescribirán en tres (3) años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

No obstante es preciso tener presente que la nueva liquidación de la pensión surge a raíz de la expedición de la citada Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, que pasa a ser la nueva fuente del derecho que aquí se reclama. En efecto, al declarar la exequibilidad del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 en la Sentencia C-634 del mismo año, la Corte Constitucional señaló que este tipo de pronunciamientos son fuente formal del derecho. Al respecto, ha señalado el Tribunal Administrativo de Boyacá en lo que toca a los efectos en el ámbito de la reliquidación pensional²⁷:

²⁷ 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. Sentencia del 23 de abril de 2015.

⁴ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

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.

Sin embargo no es menos cierto que no podrían traerse valores devaluados devengados años atrás sin la respectiva actualización, criterio que ha sido asumido por la jurisprudencia en el tratamiento de la primera mesada pensional cuando el promedio a tener en cuenta se toma de valores devengados antes de la fecha de consolidación del derecho.

Es decir que como operó el cambio de jurisprudencia y la sentencia de unificación tiene efectos ex nunc, es decir, hacia el futuro, la reliquidación deberá hacerse a partir de la ejecutoria del mencionado pronunciamiento de unificación, es decir desde el 2 de octubre de 2010. Nótese que las condiciones de formación del acto deben responder al bloque de legalidad imperante al momento de su expedición, entonces, si la nueva fuente del derecho es la sentencia de unificación, además de constituir ésta uno de los parámetros para examinar la legalidad del acto, el momento de su ejecutoria determinará como debe contarse el lapso para la exigibilidad del derecho, que si se deja transcurrir sin accionar en defensa del mismo produce la extinción de sus efectos económicos, pues la ley ha establecido la prescripción de los derechos laborales con tal carácter.

Conforme a lo anterior, siendo el parámetro para contar el lapso prescriptivo la ejecutoria de la sentencia de unificación, se evidencia que en éste caso ha transcurrido el mismo, por lo que la reliquidación deberá hacerse a partir de la ejecutoria del mencionado pronunciamiento de unificación, es decir desde el 2 de octubre de 2010, como quedó anotado.

Sin embargo, como no pueden traerse, como sostiene el Tribunal Administrativo de Boyacá, valores devaluados a la liquidación de la pensión, y los factores Auxilio de Transporte, Auxilio de Alimentación, Prima de Servicios, Prima de vacaciones y Prima de navidad se incluyen con fundamento en la sentencia de unificación que logró ejecutoria el día 2 de octubre de 2010, estos valores se actualizarán conforme al índice de Precios al Consumidor desde cuando se consolidó la situación pensional de la demandante (01 de abril de 2001) hasta el 2 de octubre de 2010 y se agregarán desde ésta fecha a la base de liquidación de la pensión.

El restablecimiento del derecho.

Como consecuencia de todo lo anterior se declarará la nulidad de la Resolución No. RPD 051158 del 05 de noviembre de 2013, expedida por la UGPP mediante la cual se confirmó la Resolución No. RDP 046709 de 07 de octubre de 2013, la cual constituye un acto definitivo y es objeto del control de legalidad.

El otro acto administrativo demandado (Resolución No. RDP 046709 de 07 de octubre de 2013) hace parte del mismo procedimiento administrativo (Art. 42, 43 y 87 CPACA) y es producto de actuaciones administrativas anteriores. Al provocar un nuevo pronunciamiento a partir de la petición del 26 de septiembre de 2013, que terminó con el acto administrativo que le resolvió el recurso de apelación (RDP 051158 del 05 de noviembre de 2013) se constituye en acto definitivo que debe ser

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

objeto del control de legalidad. Frente a los demás actos administrativos anteriores que definieron el derecho a la pensión por haber quedado en firme y ser definitivos, podrían ser demandados siempre que no se hubiese provocado en nuevo pronunciamiento, si no, demandar los primeros en el tiempo sin demandar el último, sería una contracción lógica y procesal. (Art. 163 CPACA).

El pago de los valores a que se refiere la presente providencia, se ajustará al valor, de conformidad con los artículos 187 y 192 del CPACA, desde que fueron exigibles hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia dando aplicación a la fórmula que se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

De las costas

De conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del C.G.P.

El artículo 365 del C. G. P. aplicable en el procedimiento contencioso en virtud de la remisión normativa autorizada mediante el artículo 306 del C. P. A. C. A.

Al prosperar sólo parcialmente las pretensiones, la condena será por el valor de un 50% sobre el valor total de los gastos en que se incurrió la parte demandante en el presente proceso.

Igualmente se debe condenar a la demandada al pago de las agencias en derecho, las cuales se estiman en un **10 %** sobre el valor de las pretensiones de la demanda.

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,

FALLA:

PRIMERO. Se declara la prosperidad de la excepción “prescripción de mesadas” propuesta por la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales-UGPP sobre las mesadas pensionales anteriores al 26 de septiembre de 2013.

SEGUNDO.- Se declara la nulidad del Acto Administrativo Resolución No. RDP 051158 del 05 de noviembre de 2013, expedida por la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – U.G.P.P, atendiendo la motivación de esta providencia.

TERCERO.- Como consecuencia de la anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – U.G.P.P, a reliquidar en debida forma, reconocer y pagar a la María Mercedes Rozo Arévalo, el valor de la pensión de vejez, aplicando para ello las reglas contenidas en las leyes 33 y 62 de 1985, es decir, que se aplica el monto del 75% del promedio de todos los salarios devengados durante el último año de prestación de

⁴ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

servicios, esto es desde el 01 de enero de 2002 al 30 de diciembre de 2002. Es decir que a los factores ya reconocidos que son Asignación básica, Horas Extras y Bonificación por servicios prestados, deberá adicionar los factores Auxilio de Transporte, Auxilio de Alimentación, Prima de Servicios, Prima de vacaciones y Prima de navidad.

El valor devengado por concepto de Auxilio de Transporte, Auxilio de Alimentación, Prima de Servicios, Prima de vacaciones y Prima de navidad, se actualizará conforme al Índice de Precios al Consumidor desde el 01 de enero de 2003 (fecha de retiro del servicio) hasta el 2 de octubre de 2010, día siguiente a la fecha de ejecutoria de la Sentencia de Unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, expediente con radicación 25000-2325-000-2006-7509-01, ello cambiará la base de liquidación de la pensión pero las diferencias de las mesadas sólo se reconocerán desde el día 26 de septiembre de 2010 por efecto de la prescripción trienal.

CUARTO.- Al momento de hacer la liquidación para pagar los valores resultantes de lo aquí dispuesto, se tendrá en cuenta para descontar lo ya aceptado y recibido mediante el valor anteriormente reconocido. Igualmente, se harán los descuentos que por aportes se deban realizar, conforme a la parte motiva de la sentencia, valores que serán actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario de manera que se obtenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y a la actora pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión de la segunda.

QUINTO.- 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.

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.- Se condena parcialmente en costas al Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – U.G.P.P. La condena será por el

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

50% del valor total de los gastos en que se incurrió la parte demandante en el presente proceso.

Igualmente se debe condenar a la demandada al pago de las agencias en derecho, las cuales se estiman en un **10 %** sobre el valor de las pretensiones de la demanda.

NOVENO. Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado 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

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.