



**JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE
TUNJA**

Tunja, primero (1) de febrero de dos mil dieciséis (2016).-

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del derecho
Radicado: 15001 33 33 004 2015 0035 00
Demandante: Joaquín Alberto Villamil Pinilla
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:** JOAQUIN ALBERTO VILLAMIL PINILLA, identificado con C.C. No. 4.169.918 de Monquirá.
- **DEMANDADO:** Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

OBJETO:

➤ **DECLARACIONES Y CONDENAS:**

Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, la parte actora presentó demanda tendiente a que se declararan las siguientes:

Que se declare que es nula la Resolución N° RDP N° 027449 del 9 de septiembre de 2014, mediante la cual la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, negó la reliquidación de la pensión de jubilación al demandante con todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Asimismo, solicita que se declare que es nula la Resolución N° RDP 033707 del 5 de noviembre de 2014, mediante la cual la entidad demandada resuelve el recurso de apelación, confirmando en su totalidad el acto administrativo impugnado.

Que como consecuencia de las anteriores declarar que el señor Joaquín Alberto Villamil Pinilla, tiene derecho a título de restablecimiento del derecho a que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, le reliquide y pague su pensión de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

También solicita condenar a la entidad demandada para que sobre las diferencias adeudadas al demandante, se le pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor de estas, conforme al Índice de Precios al Consumidor (I.P.C.), sobre las diferencias dejadas de reconocer desde el 1 de septiembre de 2004 y hasta cuando pague su totalidad, tal como lo autoriza el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 y finalmente que se le condene al pago de intereses moratorios conforme lo establece el inciso 3 del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

1.1.2. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

➤ FUNDAMENTOS FÁCTICOS CON BASE EN LA FIJACIÓN DEL LITIGIO

- El demandante nació el 16 de agosto de 1946 (Ver Registro Civil - Exp. Adm. CD fl. 80).
- El demandante laboró al servicio del Estado en la Caja Nacional de Previsión Social desde el 11 de febrero de 1983 hasta el 30 de agosto de 2004 (fl.39).
- La entidad demandada reconoció pensión de jubilación al señor Joaquín Alberto Villamil Pinilla a través de la Resolución N° 12444 del 22 de junio de 2004 efectiva a partir del 1 de julio de 2003 y condicionada al retiro definitivo del servicio (Documento 20 CD contentivo expediente administrativo a folio 80)
- A través de la petición vista a folio 20 del expediente, el demandante solicitó a la UGPP la reliquidación de su pensión, petición resuelta de forma negativa a través de la Resolución N° RDP 027449 del 9 de septiembre de 2014 – acto que es objeto de control judicial en la presente Litis -.
- Asimismo, la parte actora interpuso el recurso de apelación (fls. 31-33) contra la Resolución N° RDP 027449 del 9 de septiembre de 2014, el cual fue confirmado en todas y cada una de sus partes a través de la Resolución RDP 033707 del 5 de noviembre de 2014, acto administrativo que también es objeto de control judicial en la presente litis (fls. 34-36).
- El demandante está amparado por el régimen de transición, como quiera que al 01 de abril de 1994 tenía más 35 años de edad (Ver Registro Civil documento 6 - Exp. Adm. CD fl. 80).
- Que para el último año de servicios (1 de septiembre de 2003 al 30 de agosto de 2004), el demandante percibió la asignación básica, Subsidio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad, bonificación especial de recreación (fl. 47).

➤ **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 vejez bajo las reglas de la Ley 100, sin tener en cuenta que el demandante es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, por lo que corresponde liquidar la pensión bajo las reglas de las Leyes 33 y 62 de 1985, incluyendo como base para la liquidación de la pensión, la totalidad de los factores devengados por el demandante en el último año de servicios en un porcentaje del 75% del promedio de lo devengado.

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 también existe discrepancia como quiera que en el acto administrativo de reconocimiento se establece que la liquidación “...se efectúa con el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 9 años 3 meses, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93...”¹. En tanto que el demandante solicita que el monto debe ser el 75%, del promedio de todos los salarios y factores devengados durante el último año de servicios.

FACTORES SALARIALES

Como quiera que el 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
- Subsidio de alimentación,
- Auxilio de transporte
- Bonificación por servicios prestados
- Prima de vacaciones
- Prima de servicios y
- Prima de navidad

NORMAS DE RANGO CONSTITUCIONAL

Artículos 2, 6, 13, 25 y 53 de la Constitución Política

¹ Resolución N° 12444 del 22 de junio de 2004 – Cd. Expediente administrativo folio 80

NORMAS DE RANGO LEGAL

Código Civil, artículo 10
Ley 57 de 1887, artículo 5
Leyes 33 y 62 de 1985
Decreto Ley 1045 de 1978
Ley 1437 de 2011

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Sostuvo que la entidad demandada desconoce el mandato constitucional establecido en el artículo 48 Superior, en el sentido de no respetarle al señor Joaquín Alberto Villamil Pinilla las normas especiales contenidas en la Ley 33 de 1985 y Decreto Ley 1045 de 1978 para efectos de la reliquidación de su pensión de jubilación con todos los factores componentes de salario devengados en el último año de servicio, normas aplicables a los servidores públicos que se encuentran en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, que precisamente el desconocimiento de dicho régimen conllevó a la no aplicación íntegra de la Ley 33 de 1985 y Decreto Ley 1045 de 1978, que le eran aplicables en su integridad al demandante.

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

Mencionó, que la entidad demandada motiva falsamente las resoluciones acusadas, pues las circunstancias de hecho y derecho consignadas en los actos administrativos, no son aplicables 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. 82 a 93) presentó contestación a la demanda manifestando:

- **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 8º manifestó que son ciertos; respecto al hecho 9º señala que deberá acreditarse en debida forma, como quiera que los factores sobre los cuales solicita su inclusión no fueron objeto de aportes al sistema.

- **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.

1.1.4 ALEGATOS

Parte demandante (fls. 179-184): El apoderado de la parte demandante solicita que no se aplique la sentencia SU-230 de 2015, proferida por la Corte Constitucional, por cuanto en el presente caso se trata de un empleado público, lo que permite acoger de manera preferente el criterio interpretativo del Consejo de Estado adoptando en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, pues este es el que más se asemeja a los principios constitucionales que deben regir las relaciones laborales, en donde, la favorabilidad, progresividad e igualdad material se materializan ostensiblemente con la interpretación dada por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que contrario sensu, la interpretación dada por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-230-2015 y la ya conocida posición de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desnaturalizan los principios superiores aplicables a las relaciones laborales, pues su interpretación es a todas luces un retroceso en los avances de pacificación interpretativa que al respecto había logrado el Consejo de Estado, que al no incluir el IBL como parte integral de la transición desconoce los principios de favorabilidad, progresividad e igualdad material.

Asimismo, hizo referencia a los pronunciamientos de la Corte Constitucional insistiendo que en el *sub lite* no son aplicables. Que atendiendo a los criterios de justicia y equidad se debe acoger la interpretación que respecto del IBL viene aplicando la Jurisdicción Contencioso Administrativo desde el año 2010, solicitando que la pensión del demandante se debe liquidar con todos los factores que habitual y periódicamente recibió el demandante en el último año de servicio.

Entidad Demandada (fls.185-190): 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.

2. CRÓNICA DEL PROCESO

A través de auto del 12 de marzo de 2015 (fls. 63-66) se admitió la demanda y se ordenó la notificación de la entidad demandada, surtiéndose el 20 de abril de 2015, a través del correo electrónico suministrado con la demanda (fls. 72-73); por lo anterior, a partir del 21 de abril de 2015 y hasta el 27 de mayo de 2015, la copia de la demanda y de sus anexos permaneció en la Secretaría a disposición de los notificados por un término de 25 días, una vez cumplido el término anterior, la Secretaría del Despacho dejó constancia del traslado de treinta (30) días de que trata el artículo 172 de la ley 1437 de 2011, término que empezó a correr desde el 28 de mayo de 2015 al 13 de julio de 2015, la entidad demandada contestó la demanda en dicho término; luego se procedió a realizar la audiencia inicial, audiencia de pruebas, se recibieron los alegatos de las partes por escrito y se procede a proferir la sentencia que resuelva el asunto de la referencia.

3.- PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS:

El problema jurídico consiste en determinar si el señor JOAQUIN ALBERTO VILLAMIL PINILLA tiene derecho a que la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – U.G.P.P, se liquide nuevamente su pensión vitalicia de vejez, se aplique el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, es decir, se liquide la pensión con las reglas de las leyes 33 y 62 de 1985, además, se incluyan 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 en su integralidad la Ley 100 de 1993 en lo concerniente a edad, monto, tiempo, 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 del señor JOAQUIN ALBERTO VILLAMIL PINILLA, aplicando el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, es decir, que se liquide la pensión con base en las reglas de las Leyes 33 y 62 de 1985, además, se incluyen 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: por adquirir su status pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante quedó cobijado por ese nuevo régimen general que integró a los servidores públicos. Pero por cumplir con los requisitos establecidos en la misma Ley 100, quedo sujeto a un régimen de transición que le permitía pensionarse con tres de los beneficios o condiciones del régimen anterior, lo cuales son: la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.

Respecto al régimen de transición sostuvo que, como quiera que el demandante adquirió su estatus de pensionado el 16 de agosto de 2001, por lo que fue cobijado por el nuevo Sistema General de Pensiones, cuyo ingreso para liquidar la pensión de vejez es sobre el promedio de lo devengado en los últimos diez años o el tiempo que le hiciera falta para ello.

De otro lado en cuanto a los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación del demandante, manifestó en que la incorporación de los

servidores públicos al Sistema General de Pensiones implica una sujeción a los nuevos parámetros para ello, que en el caso concreto corresponden a los estipulados en el Decreto 1158 de 1994 que reglamenta la Ley 100 de 1993 y que en su artículo 1 del Decreto 691 de 1994 establece cuales son los factores sobre los cuales se constituye salario.

De igual forma sostiene que no debe tenerse en cuenta como base de liquidación todos los factores salariales devengados por el accionante, durante el año en el cual adquirió el estatus de pensionado, sino únicamente aquellos factores sobre los cuales realizó aportes, ello en aplicación a la sentencia C-258 de 2013, proferida por la H. Corte Constitucional.

Solicitó la aplicación de la sentencia SU-230 de 2015, M.P. Jorge Pretelt Chaljub, toda vez que la Sala Plena de la Corte Constitucional encontró que la sentencia C-258 de 2013 fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el ingreso base liquidación IBL no es un aspecto de la transición y por tanto, son las reglas contenidas en aquel régimen general, las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca.

El Despacho sostendrá que se debe liquidar nuevamente la pensión de jubilación del 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 pensionado, cuya naturaleza sea remuneratoria, siguiendo la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado, pues 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 acudirse 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 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.

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.”² (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”³ (Subrayado fuera del texto original).

5.2 - PREMISAS FÁCTICAS.

Como pruebas relevantes para decidir se destacan:

- Copia cédula de ciudadanía (fl. 19)
- Derecho de petición con fecha de radicación del 3 de junio de 2014, donde el demandante solicita la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio (fls. 20-22)
- Copia de la Resolución No. RDP 027449 del 9 de septiembre de 2014, por medio de la cual se da respuesta al derecho de petición anteriormente mencionado (fls. 24-29).
- Sustentación del recurso de apelación en contra de la Resolución N° RDP 027449 del 9 de septiembre de 2014 (fls. 31-33)
- Copia de la Resolución N° RDP 033707 del 5 de noviembre de 2014 (fls. 34-36), por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación y se confirmó el acto administrativo contenido en la Resolución N° 027449 del 9 de septiembre de 2014.
- Certificado de información laboral (fl. 39-40)
- Certificado de salarios mes a mes (fl. 41-47)
- Certificación de salario y prestaciones devengadas durante el último año de servicio (fl.47)
- Expediente administrativo, medio magnético CD (fl. 80)

²CONSEJO 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.

³CONSEJO 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.

5.3- PREMISAS JURÍDICAS.

El régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

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

La referida ley en su artículo 36 preceptúa lo siguiente:

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

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

Al su tenor literal esta disposición:

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

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

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

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

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

La cosa juzgada constitucional⁴

Para el caso de la revisión de constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 100/93, inciso 2º y 3, la Corte Constitucional mediante sentencia C-168/95 declaró la exequibilidad absoluta de dichas normas, por lo tanto, en principio no cabría hacer ningún reparo sobre su constitucionalidad.⁵

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

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

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

Por el contrario, con respecto a la parte final del inciso 3º que había creado una discriminación entre el funcionario público y el trabajador privado, la Corte se limitó a decir que era “irrazonable e injustificada” esa distinción, por lo tanto la declaró inexecutable.⁶

⁴ La cosa juzgada constitucional obliga de manera ineludible al juez, sin embargo, existe diferencias entre la cosa juzgada relativa y absoluta. Esta última opera cuando la Corte no ha limitado los efectos de sentencia mientras que la relativa se refiere a cuando la misma Corte declara constitucional una disposición limitándose a los cargos estudiados (Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1997).

⁵ Obsérvese que la Corte ha revisado la constitucionalidad del artículo 36 de la ley 100/93, así: a) Inciso 1º, C-129/95 y C-410/95, b) Inciso 2º, C-410/94 cargos del artículo 13 luego cosa juzgada relativa y C-168/95 cosa juzgada absoluta, las sentencias C-1056/03 se refirió al nuevo sistema de transición adoptado por la ley 797/03 que modificó el artículo 36 de la ley 100/93; c) Inciso 3º, C-168/95 y las demás se han atendido a los decidido en ésta, como C-58/98 y 146/98.

⁶ Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.

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

Interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Puede acudir en este punto a dos tesis principales:

(i) Tesis conforme a la cual a quien se encuentre dentro del régimen de transición del inciso 2º del artículo 36, es decir, (al 1 de abril de 1994, 30 años o más de edad si es mujer o 40 años o más de edad si es hombre, o 15 años o más de servicio de cotización) se le deben aplicar las normas o el régimen anterior al que estaba afiliado, es decir, tanto las condiciones o requisitos para su reconocimiento (Edad y tiempo de servicio) como las condiciones o requisitos para su liquidación (sueldo, factores salariales, tiempo y monto o porcentaje de la pensión). Esta tesis sustenta la Sentencia de la Sección Segunda – Subsección “B” del Consejo de Estado en sentencia de 8 de junio de 2000, proferida dentro del expediente 2729-99 con ponencia del Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado:

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

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

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

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

quienes se hallaban subsumidos dentro del tránsito normativo, regula la materia relacionada con el ingreso.

En esta postura interpretativa se inscribe igualmente la tesis del H Consejo de Estado en la sentencia de unificación emitida en el año 2010. La Sala Plena de la Sección Segunda en sentencia de unificación de 4 de agosto de ese año (Rad. 25000232500020060750901), definió la manera como se ha de reliquidar la pensión de jubilación en cuanto a los factores de salario del último año de servicios.

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

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

Por lo que el Consejo de Estado en aplicación principios constitucionales, en especial el de favorabilidad laboral, determinó que la ley 33 de 1985 no indica de manera taxativa los factores de salario que conforman la base de liquidación pensional, sino que estos son enunciativos, siendo posible incluir otros emolumentos que haya percibido el trabajador en el último año de servicios y que tenga el carácter de habitualidad y de retribución directa del servicio⁷.

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

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

La Corte Constitucional en sentencia T-997 de 2007 al resolver un caso sobre la aplicación íntegra de los incisos 2º y 3º del artículo 36 de la Ley 100/93 frente a un régimen especial, sostuvo que cuando existe éste no puede aplicarse el inciso 3º porque se rompe el principio de favorabilidad e inescindibilidad del régimen especial, acogiendo la primera tesis interpretativa:

⁷ Tomado de la sentencia en cita: “...Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los **factores que constituyen salario**, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Se refirió igualmente la Corte en la Sentencia SU-230 de 2015 al Auto 326 de 2014⁹ en el cual negó la petición de nulidad de la sentencia T-078 de 2014, solicitud fundada en el desconocimiento por la Sala de Revisión del precedente constitucional en materia del régimen de transición. Al negar la nulidad la Corte consideró que no se configuraba el desconocimiento del precedente porque no existía antes de la Sentencia C-258 de 2013 un pronunciamiento de constitucionalidad expreso de Sala Plena sobre la interpretación dentro del régimen de transición del monto y el ingreso base de liquidación y al no existir éste estaba permitida aquella interpretación que a la luz de la Constitución y la ley acogieran razonadamente las salas de revisión. Señaló igualmente la Corte que en las sentencias emitidas por la Sala Plena sobre el tema (C-168 de 1995, C-1056 de 2003, C-754 de 2004) no se había referido al IBL, y por ello, el precedente establecido por la Sala Plena de la Corte está formulado en la Sentencia C-258 de 2013. Conforme a lo anterior la Sala Plena citó apartes de la citada sentencia y al resolver la solicitud de nulidad concluyó:

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

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

La fuerza vinculante de los precedentes y las sentencias de unificación

Ahora bien, la jurisprudencia es fuente formal de derecho (C-539 y 634/2011)¹⁰, lo cual significa que cuando las disposiciones son interpretadas y aplicadas por los jueces éstos son creadores de derecho en tanto que le dan el alcance y contenido concreto a aquellas, 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 sub reglas 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 jurisprudencial 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 mantiene vigente en el tiempo, como son las prestaciones periódicas.

En este contexto cobra importancia el concepto de jurisprudencia como precedente, entendido este como las reglas contenidas en las sentencias proferidas por los órganos

⁹ M.P. Mauricio González Cuervo

¹⁰ López, Medina Diego. El Derecho de los Jueces. Legis-Universidad de los Andes, Bogotá, 2009, especialmente el capítulo 7.

judiciales de cierre, que tienen un especial valor en tanto deben ser acogidas tanto por jueces, tribunales, Cortes y el propio órgano de cierre que las emitió, como por los particulares y todas las autoridades públicas, esencialmente por la pertinencia para la solución del problema jurídico que pretenden resolver¹¹. Nótese que la Corte Constitucional diferencia entre jurisprudencia como precedente y jurisprudencia como criterio auxiliar¹²

En primer lugar hay que señalar con respecto a los pronunciamientos de la Corte Constitucional que su fuerza vinculante deviene directamente del artículo 241 de la Constitución, conforme al cual sólo la Corte es “la responsable de interpretar con autoridad y de definir los alcances de los preceptos contenidos en la Ley Fundamental”¹³, igualmente del artículo 243 que consagra la figura y los efectos de la cosa juzgada constitucional, cuyas características, extraídas de los fallos de control abstracto, han sido precisadas en la sentencia C-131 de 1993:

(i) Tienen efecto erga omnes y no simplemente inter partes. (ii) Por regla general obligan para todos los casos futuros y no sólo para el caso concreto. (iii) Como todas las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada, no se puede juzgar nuevamente por los mismos motivos sino que el fallo tiene certeza y seguridad jurídica. Sin embargo, a diferencia del resto de los fallos, la cosa juzgada constitucional tiene expreso y directo fundamento constitucional -art. 243 CP-. (iv)- Las sentencias de la Corte sobre temas de fondo o materiales, tanto de exequibilidad como de inexecuibilidad, tienen una característica especial: no pueden ser nuevamente objeto de controversia. Ello porque la Corte debe confrontar de oficio la norma acusada con toda la Constitución, de conformidad con el artículo 241 superior, el cual le asigna la función de velar por la guarda de la integridad y supremacía de la Carta. Mientras que los fallos por ejemplo del contencioso administrativo que no anulen una norma la dejan vigente pero ella puede ser objeto de futuras nuevas acciones por otros motivos, porque el juez administrativo sólo examina la norma acusada a la luz de los textos invocados en la demanda, sin que le esté dado examinar de oficio otras posibles violaciones, de conformidad con el artículo 175 del código contencioso administrativo (cosa juzgada con la causa petendi). (v)- Todos los operadores jurídicos de la República quedan obligados por el efecto de la cosa juzgada material de las sentencias de la Corte Constitucional.

Cabe preguntarse qué parte de las sentencias de constitucionalidad tiene carácter vinculante. Al respecto, La Corte al estudiar la constitucionalidad del artículo 48 de la Ley Estatutaria de Justicia (LEAJ) que en su primigenio entendimiento restringía la obligatoriedad de las sentencias de constitucionalidad a la parte resolutive de las mismas, estableció la siguiente regla en las Sentencia C-037 de 1996:

“(...) En efecto, sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto a la parte motiva, como lo establece la norma, esta constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella.”(Subrayas fuera de texto)

En el caso de las llamadas “sentencias condicionadas” la interpretación que la Corte hace con carácter de cosa juzgada de una disposición está dirigida a permitir la subsistencia de la misma en el ordenamiento, evitándole ser excluida por ser contraria a la constitución. Esto

¹¹ Quinche Ramírez Manuel Fernando. “El precedente Judicial y sus reglas”. Editorial Universidad del Rosario- Legis. 2014.

¹² Sentencia C-816 de 2011.

¹³ Sentencia C-037 de 1996.

se logra dándole prioridad a la lectura o interpretación (norma) de la disposición que se aviene a la carta, ya sea descartando las restantes lecturas por inconstitucionales o bien identificando la interpretación inconstitucional para excluirla del ordenamiento jurídico, dejando abierto el ámbito de interpretación para que surjan otras conformes con la Constitución que hagan los jueces.¹⁴ Este particular tipo de elaboración doctrinal surge de la reivindicación por la Corte de su facultad de señalar los efectos de sus propios fallos, que inicia en la sentencia C-113/93 mediante la cual declaró contrario a la Constitución, especialmente a la división de poderes consagrada en el art. 113, que el ejecutivo dispusiera sobre el efecto temporal de sus sentencias. Sin embargo, dejando atrás el límite de la temporalidad, y superando el esquema de control de constitucionalidad que tiene sólo dos alternativas -constitucionalidad o nulidad-, la Corte ha optado por “adoptar la modalidad de sentencia que mejor le permita asegurar la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”¹⁵. Este modelo de análisis es el adoptado por la Corte con respecto a los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que se refieren al régimen de transición del sistema de seguridad social en pensiones, como puede verse en la sentencia SU-230 de 2015, donde tras fijar el contenido de la norma demandada a la luz del derecho viviente conforme a la argumentación realizada en la sentencia C-258/13, señaló excluyendo el sentido o interpretación (norma) inconstitucional:

“4.3.3. En la sentencia C-258 de 2013, respecto de la interpretación del artículo 36 de la Ley 100/93, la Corte determinó que el cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas previstas en las normas especiales que anteceden al régimen de transición, constituye la concesión de una ventaja que no previó el legislador al expedir la Ley 100, en la medida que el beneficio otorgado, como se señaló en un principio, consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo. Situación distinta se presenta respecto del ingreso base de liquidación, puesto que este no fue un aspecto sometido a transición, como se deriva del tenor literal del artículo 36 de la ley mencionada¹⁶.”

En cuanto a las sentencias de control concreto en la precitada sentencia C-037/96 que estudió la constitucionalidad de la LEAJ, sostuvo la Corte que los jueces están vinculados por las reglas que surgen de sus sentencias de revisión de tutela, sin embargo, pueden

¹⁴ Sánchez Sánchez Abraham. Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005. Pág. 291.

¹⁵ Sentencia C-109 de 1995.

¹⁶ “La Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013, al estudiar la constitucionalidad de la expresión durante el último año contenida en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, fijó una interpretación clara de la aplicabilidad del artículo 36 de la Ley 100/93, en lo relacionado con el cálculo del ingreso base de liquidación de las pensiones de las personas que fueran beneficiarias del régimen de transición, a saber: “En efecto, la Sala recuerda que el propósito original del Legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como se desprende del texto de la disposición y de los antecedentes legislativos, fue crear un régimen de transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas. Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo. Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36. Hecha esta aclaración, la Sala considera que no hay una razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de Ingreso Base de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad.”

En ese orden de ideas, la Corte resolvió declarar inexecutable la expresión cuestionada, condicionado el resto del precepto normativo, de conformidad con las siguientes conclusiones: “[e]n vista de que (i) no permitir la aplicación ultractiva de las reglas de IBL de los regímenes pensionales vigentes antes de la Ley 100 fue el propósito original del Legislador; (ii) por medio del artículo 21 y del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100, el Legislador buscó unificar las reglas de IBL en el régimen de prima media; (iii) ese propósito de unificación coincide con los objetivos perseguidos por el Acto Legislativo 01 de 2005, específicamente con los de crear reglas uniformes que eliminen privilegios injustificados y permitan diseñar mecanismos que aseguren la sostenibilidad del sistema - de ahí que la reforma mencione expresamente el artículo 36 de la Ley 100- la Sala considera que en este caso el vacío que dejará la declaración de inexecutable de la expresión “durante el último año” debe ser llenado acudiendo a las reglas generales previstas en las dos disposiciones de la Ley 100 referidas.”

apartarse de ellas siempre y cuando lo justifiquen de manera suficiente, adecuada y consistente, con argumentos tanto o más fuertes que los usados por la Corte, de lo contrario desconocerían el derecho a la igualdad, conclusión a la que llega con los siguientes argumentos:

“(...) Por lo demás, cabe puntualizar que las sentencias judiciales a través de las cuales se deciden acciones de tutela, sólo tienen efectos en relación con las partes que intervienen en el proceso (Decreto 2591/91, art. 36). Sin embargo, la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sentada por la Corte Constitucional, con ocasión de la revisión de los fallos de tutela, trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución. El principio de independencia judicial, tiene que armonizarse con el principio de igualdad en la aplicación del derecho, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad. La jurisprudencia de los altos órganos jurisdiccionales, por medio de la unificación doctrinal, persigue la realización del principio de igualdad.”(Subrayas fuera de texto)

En adelante estas reglas han sido reiteradas y precisadas con fundamento en la interpretación autorizada de los derechos fundamentales que corresponde hacer a la Corte. Para ello acude al concepto de doctrina constitucional explicitado en la Sentencia C-083 de 1995, en la cual con ponencia de Carlos Gaviria Díaz se estudia el sistema de fuentes del derecho en Colombia.

“Al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo. Como la Constitución es derecho legislado por excelencia, quien aplica la Constitución aplica la ley, en su expresión más primigenia y genuina. Es preciso aclarar que no es la jurisprudencia la que aquí se consagra como fuente obligatoria. Si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión. Es claro eso sí que, salvo las decisiones que hacen tránsito a la cosa juzgada, las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior”(Subrayas fuera de texto)

Paulatinamente, partiendo del valor normativo de la Constitución, se amplía el espectro de lo que se considera doctrina constitucional vinculante, porque dicho valor implica que “la Constitución debe, en todo momento, con ley o sin ella, inspirar la actividad judicial. Incluso, si existe ley que regule específicamente la materia, ella debe interpretarse de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable a su realización concreta.”¹⁷ A este tenor se considera doctrina constitucional vinculante no solo la elaboración de la Corte frente a normas de la constitución que actúan como fuente principal del derecho – como en el caso de los derechos de aplicación inmediata del art. 85 C.P.- también la producción doctrinal en los fallos de revisión de tutela cuando se establecen interpretaciones con carácter general:

“Tales sentencias tienen un doble aspecto, con consecuencias jurídicas distintas: uno subjetivo, circunscrito y limitado al caso concreto, bien que se confirme lo resuelto en instancia, ya sea que se revoque o modifique (artículos 36 del Decreto 2591 de 1991 y 48 de la Ley 270 de 1996), y otro objetivo, con consecuencias generales, que implica el establecimiento de jurisprudencia, merced a la decantación de criterios jurídicos y a su reiteración en el tiempo, y que, cuando plasma la interpretación de normas constitucionales, definiendo el alcance y el sentido en que se las debe entender y aplicar -lo cual no siempre ocurre-, puede comportar también la creación de doctrina constitucional, vinculante para los jueces en casos cuyos fundamentos fácticos

¹⁷ Aclaración de voto de la Sentencia C-083 de 1995.

encajen en el arquetipo objeto del análisis constitucional efectuado, siempre que tales eventos no estén regulados de manera expresa por normas legales imperativas.

En resumen, 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 decidendi¹⁸. Esta forma de vinculación de las autoridades judiciales ha sido ampliamente desarrollada por la Corte Constitucional, no sólo en los pronunciamientos citados, también de manera sistemática en las sentencias C-335 de 2008 y C-539 de 2011, C-634 de 2011.

Basta lo anterior para establecer el lugar del precedente constitucional dentro de nuestro sistema de fuentes del derecho, que deviene del carácter de la Constitución Política como norma de aplicación directa, de su supremacía sobre las demás fuentes normativas (artículo 4 C. P.) y del carácter vinculante de la cosa juzgada constitucional (art. 243 C. P.)

Por ello la Corte ha contradicho los intentos normativos y jurisprudenciales de excluir sus precedentes. En la sentencia C-634/11 al estudiar la Constitucionalidad del artículo 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley1437/11) señaló que si bien esta disposición desarrolla las normas constitucionales que respaldan el carácter vinculante de las decisiones de los órganos de cierre y propicia que controversias ya resueltas por los jueces no se planteen nuevamente en vía administrativa, se configura en la misma una omisión legislativa por no referirse a los precedentes constitucionales emitidos en ejercicio del control de constitucionalidad abstracto y concreto como derrotero para adoptar dichas decisiones:

“21. No obstante, la Corte también reconoce que en la norma analizada, de manera similar al asunto estudiado por el Pleno en la sentencia C-539/11, el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa al dejar de señalar que las autoridades administrativas deben tener en cuenta en la adopción de sus decisiones, no solo las reglas de derecho expresadas por las sentencias que unificación que adopte el Consejo de Estado, asunto que resulta plenamente compatible con la Constitución, sino también a la jurisprudencia proferida por la Corte en ejercicio del control de constitucionalidad abstracto y concreto, merced la vigencia del principio de supremacía constitucional y los efectos de la cosa juzgada constitucional regulados en el artículo 243 C.P.

La Corte en este caso no excluyó esta disposición del ordenamiento pero expidió una sentencia interpretativa declarando la exequibilidad de este artículo de la Ley 1437/11 “en el entendido que las autoridades administrativas tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio *erga omnes* de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad”

Y en cuanto a las sentencias de unificación del Consejo de Estado debe decirse en primer lugar que la función de unificar los pronunciamientos de ésta jurisdicción no surge con la

¹⁸ Quinche Ramírez, Manuel Fernando. El Precedente Judicial y sus Reglas. Bogotá, editorial Legis, 2014. pág. 18.

Ley 1437 de 2011 sino que tiene origen en el artículo 237-1 de la constitución, es inherente a la condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo¹⁹ y tiene igualmente fuerza vinculante tanto para las autoridades judiciales, que en caso de apartarse tienen una fuerte carga contra argumentativa, como por las autoridades administrativas, en respeto de los derechos a la igualdad, debido proceso y al principio de legalidad, al ocupar dichos pronunciamientos el mismo lugar de la ley en nuestro sistema de fuentes del derecho (sentencias C-539/11 y C-634/11).

Los efectos del cambio de jurisprudencia.

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

Lo anterior se relaciona, en el ámbito del derecho administrativo, con la teoría de las cargas públicas, que supone que la vida en sociedad impone cargas y deberes (Art. 6 y 95 CP), los cuales deben ser soportados de manera igual por todos los asociados, sin que nadie está obligado a soportar un daño si no está jurídicamente justificado, y si ocurriera, también debe resarcirse (Art. 90 CP) con base en dicha teoría y la solidaridad²⁰. 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.²¹

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2177 del 10 de diciembre de 2013. Consejero Ponente WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Exp. 11001-03-06-000-2013-00502.

²⁰ 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".

²¹ 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

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

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

En ejercicio del control de constitucionalidad abstracto, la Corte ha considerado la naturaleza particular de los derechos en juego para modular los efectos de sus sentencias. Al declarar la inexecutable del artículo 116 de la Ley 6 de 1992²², mediante el cual se ordenó un ajuste a las pensiones del sector público nacional reconocidas con anterioridad al 1º de enero de 1989 para compensar las diferencias en el aumento aplicado a los salarios y a dichas pensiones, fijó los efectos de su sentencia bajo la tesis del respeto a las situaciones pensionales consolidadas que gozan de protección constitucional:

“La Corte ha señalado que es a ella a quien corresponde fijar los efectos de sus sentencias, a fin de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución. En este caso, esta Corporación considera que, en virtud de los principios de buena fe (CP art. 83) y protección de los derechos adquiridos (CP art. 58), la declaración de inexecutable de la parte resolutoria de esta sentencia sólo tendrá efectos hacia el futuro y se hará efectiva a partir de la notificación del presente fallo. Esto significa, en particular, que la presente declaratoria de inexecutable no implica que las entidades de previsión social o los organismos encargados del pago de las pensiones puedan dejar de aplicar aquellos incrementos pensionales que fueron ordenados por la norma declarada inexecutable y por el Decreto 2108 de 1992, pero que no habían sido efectivamente realizados al momento de notificarse esta sentencia, por la ineficiencia de esas mismas entidades, o de las instancias judiciales en caso de controversia. En efecto, de un lado, el derecho de estos pensionados al reajuste es ya una situación jurídica consolidada, que goza entonces de protección constitucional (CP art. 58). Mal podría entonces invocarse una decisión de esta Corte, que busca garantizar la integridad de la Constitución, para desconocer un derecho que goza de protección constitucional. De otro lado, en virtud del principio de efectividad de los derechos (CP art. 2º) y eficacia y celeridad de la función pública (CP art. 209), la ineficiencia de las autoridades no puede ser una razón válida para

²² “Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deuda pública interna, se dispone un ajuste de pensiones del sector público nacional y se dictan otras disposiciones”

desconocer los derechos de los particulares. Nótese en efecto que tanto el artículo 116 de la Ley 6^o de 1992 como el Decreto 2108 de 1992 ordenaban una nivelación oficiosa de aquellas pensiones reconocidas antes de 1989 que presentaran diferencias con los aumentos de salarios, por lo cual sería discriminatorio impedir, con base en esta sentencia de inexequibilidad, que se haga efectivo el incremento a aquellos pensionados que tengan derecho a ello.”²³ (Subrayas fuera de texto).

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

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

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

De igual manera nuestro Tribunal señaló refiriéndose a la retrospectividad del precedente judicial contenido en las sentencias de unificación en materia pensional ²⁴:

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

(...)

²³ Sentencia C-531 de 1995.

²⁴ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de Decisión No. 3. Magistrada Ponente Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz. Sentencia de abril de 2014. Demandante: Lilia Emma Coy Ávila. Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Radicación: 150013333010201300038-01.

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

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

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

“(...)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. (...)”²⁵

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

6.- SOLUCIÓN DEL CASO

En el presente caso se demandaron los actos administrativos contenidos en: **i)** Resolución N° RDP N° 027449 del 9 de septiembre de 2014, y **ii)** Resolución N° RDP 033707 del 5 de noviembre de 2014, por medio de las cuales la Unidad de Gestión Pensional y

²⁵ 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:

Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, negó la reliquidación de la pensión de jubilación del señor JOAQUIN ALBERTO VILLAMIL PINILLA.

Dentro del plenario se encuentra acreditado que el demandante nació el 16 de agosto de 1946, tal como consta en su copia del Registro Civil de Nacimiento (Exp. Adm. CD fl. 80), de tal suerte que para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 48 años.

En estas condiciones, para el Despacho es claro que el demandante se encuentra amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que para la entrada en vigencia de dicha normativa, contaba con más de 40 años de edad. En consecuencia, el demandante tiene derecho a que se le apliquen en su integridad las normas contempladas en la Ley 33 de 1985, como en efecto lo solicita en la demanda.

En este punto debe tenerse en cuenta que el actor no se encuentra dentro de ninguna de las condiciones que permiten la aplicación de las normas anteriores a la Ley 33 de 1985, pues para la fecha de su entrada en vigencia, es decir para el 13 de febrero de 1985, no contaba con 15 años de servicios, ni se hallaba vinculado a un régimen especial.

Si bien mediante sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional (C-258 de 2013) cambió la comprensión del régimen de transición afirmando la Corte Constitucional que “el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos.”- aclarando la Corte en la sentencia Su-230/2015 que lo anterior constituye un precedente de ineludible acatamiento para todos los beneficiarios del régimen de transición, esta doctrina constitucional vinculante como nueva regla jurisprudencial surgió con posterioridad a la consolidación de la situación pensional y aplicarla al caso presente equivaldría a darle a la regla de derecho efectos retroactivos sobre una situación pensional consolidada y desconocer el derecho adquirido del demandante a que se re liquide su pensión con el bloque de legalidad vigente al momento en que solicitó su reajuste.

Nótese que el inciso 7 del artículo 48 C.P. modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005 señala “El estado respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley”- y a la jurisprudencia de unificación, si esta ocupa en el sistema de fuentes del derecho la misma posición que la ley-.

Igualmente señala el art. 48-9 constitucional que únicamente habrá lugar al derecho adquirido en materia de pensión de vejez cuando la persona reúna todos los requisitos establecidos para el efecto, lo cual aconteció para la demandante como se ha establecido mucho antes de que fueran expedidos los mencionados pronunciamientos, también había consolidado su derecho al reajuste pensional que solicitó el día 3 de junio de 2014, antes de la expedición de la sentencia SU-230/15.

Ahora bien, el Despacho debe establecer cuáles de los elementos salariales percibidos por el 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 47 del expediente, los pagos salariales devengados por el señor Joaquín Alberto Villamil Pinilla, durante el último año de servicio (30 de agosto de 2003 al 30 de agosto de 2004) fueron los siguientes:

- Asignación básica.
- Subsidio de alimentación.
- Auxilio de transporte.
- Bonificación por servicios prestados.
- Prima de vacaciones.
- Prima de servicios
- Prima de navidad.
- Bonificación especial de recreación

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”

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

Ahora, frente a la **Prima de Servicios**, habrá de decirse, que la misma retribuye directamente los servicios del servidor público que fue creada mediante Decreto 1042 de 1.978, se reconoce anualmente, en los primeros quince (15) días del mes de julio de cada año y es equivalente a 15 días de remuneración de acuerdo con los factores salariales de: asignación básica, incremento de salario por antigüedad, gastos de representación, auxilio de transporte, subsidio de alimentación, 1/12 de la bonificación por servicios

prestados a 30 de junio de cada año. Si el empleado no ha laborado un (1) año completo, se pagará proporcionalmente a razón de 1/12 parte por cada mes completo de labor, entendiéndosele como tal del 1 al 30 de cada mes y siempre que hubiere prestado sus servicios por lo menos un semestre. Así mismo, que el legislador desde antaño ha reconocido su naturaleza de factor salarial, incluyéndola, además, en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978:

“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 tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

(...)

h) La prima de servicios; (...)”

Finalmente, en relación con el **auxilio de transporte y subsidio de alimentación**, el Decreto 1042 de 1978 en su artículo 42 por medio del cual se fijó el régimen salarial de los empleados del orden nacional (Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales) estableció que dichas primas constituyen factor salarial.²⁶

El Consejo de Estado en providencia del 03 de febrero de 2013²⁷, recordó que los auxilios de alimentación y de transporte también deben ser tenidos en cuenta como factores salariales, a la hora de liquidar la mesada pensional de un trabajador. Ello porque el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, bajo la interpretación de este Alto Tribunal, ha precisado que toda remuneración derivada de los servicios efectivamente prestados debe ser incluida en el cálculo.

No se reconoce la **Bonificación por recreación** siguiendo la postura de la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, que señala que este reconocimiento no tiene la connotación de remuneración directa de la prestación del servicio del empleado, sino, tiene como propósito “...contribuir en el adecuado desarrollo de uno de los aspectos de la vida del mismo, como lo es la recreación; razón por la cual, es válido afirmar que esta es una prestación social y, en consecuencia, no puede ser incluida como factor para la liquidación de la pensión, máxime si, como se anotó anteriormente, el legislador así lo estableció expresamente.”

²⁶ Artículo 42º.- De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

- 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

²⁷ Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia 76001233100020070021701 (03412012), 3/20/2013

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 fueron expedidos con infracción de las normas en que debía fundarse, desvirtuándose su presunción de legalidad.

Como consecuencia de todo lo anterior se declarará la nulidad de los actos administrativos contenidos en: **i)** Resolución N° RDP N° 027449 del 9 de septiembre de 2014, y **ii)** Resolución N° RDP 033707 del 5 de noviembre de 2014, mediante los cuales se negó la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante 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 agosto de 2003 al 30 de agosto de 2004**. Se accede entonces a las súplicas de la demanda para restablecer el ordenamiento jurídico quebrantado y los derechos del demandante.

Y por tanto, se ordenará que se reliquide la pensión del demandante con base en todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios (**30 de agosto de 2003 al 30 de agosto de 2004**)²⁸, a saber: *“asignación básica, Subsidio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad”*²⁹, monto sobre el cual se aplicará el porcentaje del setenta y cinco por ciento (75%).

Además 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 pensional³⁰:

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 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.

²⁸ Según el certificado laboral aportado (fl.40) el actor laboró hasta agosto de 2004

²⁹ Según certificación que obra a folio 47 el demandante acreditó haber devengado durante dicho período

³⁰ 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.

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.

Sin embargo, como no pueden traerse, como sostiene el Tribunal Administrativo de Boyacá, valores devaluados a la liquidación de la pensión, y los factores 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 hizo efectiva la situación pensional del demandante (30 de agosto de 2004) hasta el 1 de octubre de 2010 y se agregarán desde el día siguiente a la base de liquidación de la pensión.

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 hay prescripción de los derechos a partir del **3 de junio de 2011** toda vez que la solicitud de reliquidación se elevó hasta el 3 de junio de 2014, 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.

El pago de los valores a que se refiere la presente providencia, se ajustará al valor, de conformidad con el artículo 187 del C.P.A.C.A., 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.

Favorabilidad.

En todo caso, si de la liquidación de esta sentencia (reliquidación de la pensión con la inclusión de nuevos factores salariales), arroja como resultado un monto pensional inferior al devengado por la demandante, deberá conservarse el ya devengado, lo anterior en aras de no desmejorar dicha prestación y atendiendo al principio de favorabilidad laboral. (Art. 53 CP)

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 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 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 origen³¹. De igual manera, el restablecimiento del derecho: *“implica³² 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”³³*, 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 C.P.A.C.A.). 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 irrenunciabilidad³⁴, 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 fuente es la

³¹ 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

³² 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.

³³ 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

³⁴ 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.

misma Constitución (Art. 53 CP)³⁵. 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 mínimo³⁶.

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.³⁷ 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*

³⁵ 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)

³⁶ 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.

³⁷ 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 por vida 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 apareja 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.

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”³⁸:

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.

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 ella³⁹., 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 ya 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 legales⁴⁰; (ii) los descuentos proceden al momento del reconocimiento prestacional⁴¹; (iii) “resulta necesario que los valores a retener y/ o deducir,

³⁸ 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

³⁹ 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.

⁴⁰ 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

⁴¹ 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

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.”*

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 unificación⁴²; 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.

De las costas

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.”

⁴² 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).

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

Es pertinente en torno al tópico de las costas considerar los siguientes argumentos del órgano de cierre de la Jurisdicción:

“El criterio de aplicación de las normas sobre condena en costas en desistimiento de la demanda, debe atender al carácter del conflicto suscitado en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues tal y como lo planteó el recurrente, la filosofía de esta figura en el derecho civil es diferente a la ventilada en asuntos como el de la referencia por el carácter público de una de las parte en conflicto, que entre otras cosas, ha justificado en Colombia la existencia de una jurisdicción especializada e independiente de la ordinaria.

En ese orden, como las costas procesales se orientan a sancionar el ejercicio abusivo de los instrumentos judiciales o el desgaste procesal innecesario de la parte demandada y de la propia administración de justicia⁴³, su reconocimiento debe atender tal naturaleza y las circunstancias de cada caso.⁴⁴

Es decir que en materia de costas habrá que considerar: (i) la naturaleza de los conflictos que se resuelven en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que no tienen un contenido puramente económico, sino que está involucrado el interés público y el reclamo de derechos de los ciudadanos ante la administración, ámbito distinto al de la jurisdicción civil, así como las circunstancias particulares del caso. (ii) el fundamento de las costas procesales es sancionar el abuso del derecho o **el desgaste judicial innecesario**, por ello cabe el análisis de la conducta de las partes en el debate, las costas no pueden ser impuestas atendiendo simplemente el razonamiento objetivo de ser vencido en juicio.

Considera el Despacho que no quiso la entidad demandada de manera injustificada negar el derecho sino que su postura se sustenta en la existencia de pronunciamientos de los órganos de cierre con interpretaciones diversas sobre el régimen de transición y por ello no habrá lugar a la condena en costas.

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 que operó el fenómeno jurídico de la extinción de la obligación insoluta por el lapso anterior al **3 de junio de 2011** por el transcurso de término trienal prescriptivo.

⁴³ Sentencia T-342 de 2008: “Al respecto cabe señalar, que de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación, se entiende por costas procesales los gastos que se deben sufragar en el proceso; la noción incluye las expensas y las agencias en derecho. Las expensas son las erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado, tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos, los impuestos de timbre, copias, registros, pólizas, etc⁴³. Las agencias en derecho corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en el numeral 3° del artículo 393 del C.P.C.⁴³, y que no necesariamente deben corresponder a los honorarios pagados por dicha parte a su abogado.”

⁴⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente GUILLERMO VARGAS AYALA. Bogotá, 17 de octubre de 2013. Radicación 150012333000201200282. Actor: AUGUSTO VARGAS SÁENZ. Demandado: Ministerio de minas y energía.

SEGUNDO. Se declara la nulidad de los actos administrativos contenidos en: **i)** Resolución N° RDP N° 027449 del 9 de septiembre de 2014, y **ii)** Resolución N° RDP 033707 del 5 de noviembre de 2014, conforme a la parte motiva de la sentencia.

TERCERO. Como consecuencia de la anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP-, reliquidar en debida forma, reconocer y pagar al señor JOAQUIN ALBERTO VILLAMIL PINILLA identificado con la C. C. No. 4.169.918, el valor de la pensión de jubilación equivalente al 75% del promedio de todos los salarios devengados durante el último año de prestación de servicios, que transcurrió entre el **30 de agosto de 2003 y el 30 de agosto de 2004**. Es decir al factor ya reconocido Asignación Básica deberá adicionar los factores Subsidio de alimentación, Auxilio de transporte, Bonificación por servicios prestados, Prima de vacaciones, Prima de servicios y Prima de navidad, reliquidación que procede desde el 2 de octubre de 2010 -fecha de ejecutoria de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010 radicación 25000 23 25 000 2006 7509-01- y con efectos fiscales a partir del 3 de junio de 2011, por el fenómeno jurídico de la prescripción.

El valor devengado por concepto de Subsidio de alimentación, Auxilio de transporte, Bonificación por servicios prestados, Prima de vacaciones, Prima de servicios y Prima de navidad, se actualizará conforme al Índice de Precios al Consumidor desde el 30 de agosto de 2004 hasta el 1 de octubre de 2010 y desde el día siguiente se incluirán en la base de liquidación de la pensión, pues la reliquidación de la pensión sólo procede desde la ejecutoria de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado.

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 al actor pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión de la segunda.

CUARTO. La suma correspondiente deberá ser reajustada y actualizada como dispone el artículo 187 del C. P. A. C. A., aplicando para tal fin la fórmula utilizada comúnmente por la Sección Segunda del Consejo de Estado. En el entendido que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará mes por mes, para cada mesada pensional teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos, teniendo en cuenta los reajustes reconocidos periódicamente, para deducir la indexación que afecta las sumas causadas.

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

SEXTO: En todo caso, si de la liquidación de esta sentencia (reliquidación de la pensión con la inclusión de nuevos factores salariales), arroja como resultado un monto pensional inferior al devengado por la demandante, deberá conservarse el ya devengado, lo anterior en aras de no desmejorar dicha prestación y atendiendo al principio de favorabilidad laboral. (Art. 53 CP)

SÉPTIMO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO: Se niega la condena la condena en costas

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
