

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Yopal, dieciséis (16) de diciembre de dos mil trece (2013).

Fallo. MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. DESCRIPTOR: Pensiones. RESTRICTORES: (1) Registrador. (2) Pensión de vejez. (3) IBL. ASUNTO LITIGIOSO (palabras clave): PENSIÓN DE VEJEZ: registrador municipal. PENSIÓN ORDINARIA LEY 33 DE 1985: INGRESO BASE DE COTIZACIÓN (IBC) E INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN (IBL). RÉGIMEN DE TRANSICIÓN LEY 33: ENUMERACIÓN ENUNCIATIVA. SE INCLUYEN TODOS LOS FACTORES CONSTITUTIVOS DE SALARIO. EFECTOS DE LA SENTENCIA C-258 de 2013, no son aplicables a los regímenes especiales de pensión de los cuales no se ocupó la Corte. **REITERACIÓN.**

Demandante: LUIS MARÍA SAAVEDRA
Demandado: CAJANAL EN LIQUIDACIÓN - UGPP (SUCEOR PROCESAL)
Radicado: 850013333001-2012-00071-01 (2013-568)
Juzgado de Origen: 1º Administrativo de Yopal
Fecha decisión: 16-VIII-2013

Magistrado ponente: NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ

ASUNTO POR RESOLVER

Se profiere sentencia de segunda instancia en el ordinario de restablecimiento del derecho de la referencia, en el cual se controvierten los factores de liquidación de una pensión de jubilación reconocida por CAJANAL –en liquidación-; promueve la alzada la parte demandada.

HECHOS RELEVANTES

El demandante laboró en el servicio seccional de salud de Casanare desde el 16 de marzo de 1997 hasta el 30 de julio de 2002, para un total de 9305 semanas cotizadas. El último cargo que desempeñó fue el de auxiliar de servicios generales en el Hospital de Yopal.

CAJANAL –en liquidación- le reconoció pensión de jubilación mediante Resolución 12217 del 1 de julio de 2003 (fol. 23), con fundamento en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, liquidó la pensión con el 75% de lo devengado sobre el salario promedio de 8 años, 4 meses.

La pensión fue reliquidada en virtud de la Resolución PAP044025 del 15 de marzo de 2011 (fol. 5), sin tener en cuenta todos los factores devengados en el último año de retiro.

ASUNTO LITIGIOSO

Se controvierten los factores de liquidación de una pensión de vejez reconocida por CAJANAL –en liquidación, con fundamento en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

La parte actora estimó que deben incluirse todos los factores salariales devengados al momento del retiro, luego el monto de la pensión debe ser el equivalente al 75% de los salarios y primas de toda especie devengadas en el último año de servicios.

La accionada sostiene que aquellas primas, auxilios o bonificaciones¹ que no se cancelan mensualmente ni habitualmente o como retribución del servicio no deben tenerse en cuenta para efectos de determinar el monto de la pensión.

DECISIÓN RECURRIDA

El juez primero administrativo de Yopal profirió sentencia el 16 de agosto de 2013 en la que²: i) declaró la nulidad parcial de las Resoluciones PAP 044025 del 15 de marzo 2011³; ii) ordenó reliquidar y pagar la pensión de jubilación al demandante teniendo en cuenta todos los factores salariales que devengó en el último año de servicios, efectiva a partir del 1 de agosto de 2002, iii) declaró probada la excepción de “*prescripción parcial de las diferencias de las mesadas pensionales*” anteriores al 10 de febrero de 2006, propuesta por la demandada, iv) dispuso la indexación de los mayores valores que resulten de la reliquidación y el descuento de los valores porcentuales de los aportes sobre los nuevos factores que la

¹ Tales como primas de servicios (ordinaria o especial) de navidad, de vacaciones, de productividad, de riesgo, de clima, de capacitación, semestral, de antigüedad; incentivos o primas de localización; auxilio por retiro, sobresueldo, auxilio o subsidio de alimentación, de transporte, bonificación por recreación, sueldo de vacaciones y/o vacaciones, subsidio familiar, viáticos.

² Minuto: 32:45.

³ Por medio de la cual se reliquidó la pensión reconocida al demandante.

entidad retenedora no los haya realizado, v) libró órdenes relativas a la ejecución y verificación del fallo, y vi) se abstuvo de condenar en costas (fol. 135).

Hizo un estudio⁴ de las normas vigentes en materia de reconocimiento de la pensión de jubilación al momento en que el demandante adquirió el estatus de pensionado⁵ y sostuvo que con fundamento en la edad y tiempo de servicio⁶ que tenía a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993⁷, en virtud del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de dicha ley⁸, que la liquidación de la pensión debió hacerse con fundamento en las normas anteriores⁹, en cuanto a la edad, tiempo del servicio y monto de la pensión¹⁰.

Se refirió al concepto salario conforme a los precedentes del Consejo de Estado, la OIT y Código ST, para concluir que lo constituye todo aquello que recibe el trabajador como retribución habitual de sus servicios, independientemente de la designación que se dé y que difiera a la denominación enunciativa que a título de ilustración consagra la ley.

En consecuencia, declaró la nulidad del acto acusado por no tener en cuenta la totalidad de los factores devengados en el último año de trabajo¹¹ y ordenó la reliquidación de la pensión desde el 1° de agosto de 2002.

Consideró que había lugar a declarar prescritas mesadas pensionales¹² anteriores al 10 de febrero de 2006, toda vez que la solicitud de reliquidación de pensión se presentó el 10 de febrero de 2009 y la demanda el 24 de septiembre de 2012.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La **entidad accionada** (fol. 140), solicitó que se revoque el fallo apelado y en su lugar se nieguen las pretensiones. Argumentó que: i) incluyó para la liquidación de la pensión todos los factores que el actor había devengado en el tiempo, consagrados en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y sus decretos

⁴ Minuto: 41:05

⁵ 22 de julio de 2000.

⁶ Contaba con más de 48 años de edad y más de 15 años de servicio.

⁷ 23 de diciembre de 1993.

⁸ Citó sobre el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, sentencia del 1 de marzo de 2001, radicado 20002090, ponente Alberto Arango mantilla.

⁹ Leyes 33 y 62 de 1985.

¹⁰ Minuto 74:20.

¹¹ Según lo certificado de salarios para el año 2003 que obra a folio 22.

¹² Minuto 54:34.

reglamentarios, como ingreso base de liquidación de dicha prestación y así se expuso en los actos acusados, ii) no es procedente liquidar la pensión del demandante con la "asignación mensual más alta devengada en un mes, del año anterior a la fecha en que se retiró del servicio" para incluir pagos diferentes a los establecidos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los cuales no se han efectuado aportes para financiar la pensión¹³.

Resaltó que no todo lo devengado por el demandante en el último año de servicios puede considerarse base de liquidación la pensión¹⁴. Citó el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, el 3 de la Ley 33 de 1985 y el 5 de la Ley 797 de 2003 para concluir que por fuera de la base de liquidación de la pensión del accionante debe dejarse una serie de primas y prestaciones que allí relaciona, toda vez que no remuneraron su servicio y no son pagos que se producen mensualmente, de manera habitual ni como retribución directa del mismo.

Solicitó en caso de confirmarse la sentencia que: i) se autorice para efectuar deducciones de los aportes no hechos sobre los factores que deben ser tomados para reliquidar la pensión, ii) que se declare la prescripción de los reajustes o reliquidación solicitada.

ACTIVIDAD PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

El proceso quedó a disposición del sustanciador el 30 de octubre de 2013; se admitió al día siguiente y se convocó posteriormente audiencia para oír alegatos, la cual se llevó a cabo el día 12 de diciembre de 2013, en ella conceptúo el agente del Ministerio Público (fol. 76, 2ª).

Alegatos y concepto del Ministerio Público

La entidad accionada no concurrió a audiencia de alegaciones y juzgamiento¹⁵ (fol. 76 c2).

¹³ Citó apartes de la sentencia de la Corte Constitucional C-258 de 2013, ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, para apoyar sus argumentos.

¹⁴ Apoya dicha afirmación en sentencia del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, expediente 25000232500C200607509-01 (01-12-2009), ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila.

¹⁵ Es insólito que esa entidad (UGPP) pida audiencias y comparezca en Sala Plena a pretender, por vía enteramente inadecuada, defender sus tesis; en cambio, abandona las oportunidades procesales idóneas para alegar y presentar los argumentos que, según su imprudente expresión en algunos casos, este Tribunal *no ha entendido*.

Parte actora¹⁶. Señaló que al actor le cobija el régimen transición luego deben tenerse en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio conforme a los precedentes del Consejo de Estado los cuales fueron acogidos por el a-quo en la sentencia apelada.

Concepto del Ministerio Público¹⁷. Preciso con fundamento en los precedentes de esta Corporación y la sentencia unificadora del 4 de agosto de 2010¹⁸, que deben incluirse para efectos de la pensión todos los factores salariales que se devengaron en el último año de servicios. En consecuencia, solicita que se confirme la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Examen formal. Examinado el ritual según lo ordenado en el art. 132 del C. G. del P., en armonía con el art. 29 de la Carta, se ha encontrado acorde al ordenamiento procesal; no se vislumbra necesidad de saneamiento de oficio.

Se proveerá decisión de mérito, puesto que la acción se instauró oportunamente por una persona natural capaz de hacer valer sus derechos y contra un centro presupuestal y de responsabilidad con personería jurídica, debidamente representado y legitimado por pasiva, tanto en la perspectiva formal como en la material, como luego se precisará.

Hechos probados

Se certificaron los emolumentos salariales devengados por el demandante durante los años 1999 a 2003 (fol. 16 a 22).

El señor Luis María Saavedra laboró en el Servicio Seccional de Salud de Casanare desde el 16 de marzo de 1977 hasta el 30 de julio de 2002 (fol. 24).

A través de la Resolución 12217 del 1 de julio de 2003, le fue reconocida pensión de vejez al demandante¹⁹ (fol. 23), reliquidada en virtud de la Resolución PAP

¹⁶ Intervención al minuto: 6:41.

¹⁷ Intervención al minuto: 30:00.

¹⁸ Del Consejo de Estado, Sección Segunda.

¹⁹ Con fundamento en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, liquidó la pensión con el 75% de lo devengado sobre el salario promedio de 8 años, 4 meses.

044025 del 15 de marzo de 2001, sin tenerse en cuenta la totalidad de los emolumentos salariales percibidos en el último año de servicio, (fol. 5).

PROBLEMAS JURÍDICOS DE FONDO²⁰

1º PJ1. Se trata de dilucidar si es jurídicamente viable incluir en la reliquidación de una pensión de vejez, reconocida con fundamento en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, todos los factores salariales devengados en el año que antecedió a la adquisición del estatus de pensionado.

1.1 Tesis. Esta Sala ha consolidado línea en la que se responde afirmativamente; se acogió la sentencia de unificación de la Sección Segunda a la que se alude enseguida y se han ofrecido argumentos adicionales.

1.2 Reiteración de línea. La respuesta de esta Corporación es otra vez afirmativa: el IBL debe incluir todos los factores constitutivos de salario que el demandante devengó durante el año que antecedió a la causación del derecho a la pensión ordinaria por vejez; no se acoge la posición de la demandada, que fracciona las garantías de transición del art. 36 de la Ley 100 de 1993, para excluirlas relativas al *monto* y al IBL de la prestación social.

1.3 Los precedentes verticales y horizontales y su marco dogmático. El Consejo de Estado en sentencia del 4 de agosto de 2010 en la cual el pleno de la Sección Segunda del Consejo de Estado rectificó y unificó su jurisprudencia; resolvió las tensiones entre las dos subsecciones, así:

“De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

²⁰ Exactamente el mismo componente dogmático se desarrolla en sentencia del 16 de diciembre de 2013, ponente Néstor Trujillo González, radicado 85001233002-2012-00099-01.

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó²¹:

"Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación²²".

Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.

(...) Así las cosas, de la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aun así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador.

Igualmente, la tesis expuesta en este proveído privilegia el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, cuya observancia es imperativa en tratándose de beneficios laborales, pues el catálogo axiológico de la Constitución Política impide aplicar la normatividad vigente sin tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral, toda vez que ello conduciría a desconocer aspectos relevantes que determinan la manera como deben reconocerse los derechos prestacionales.

De ahí que, interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla (sic) enumera en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

En consecuencia, el principio de progresividad debe orientar las decisiones que en materia de prestaciones sociales adopten las autoridades públicas, pues la protección del conglomerado social presupone la existencia de condiciones que le permitan ejercer sus derechos en una forma adecuada a sus necesidades vitales y, especialmente, acorde con la dignidad inherente al ser humano. Por lo tanto, dicho principio también orienta la

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia de 9 de julio de 2009, Ref: Expediente No. 250002325000200404442 01 (0208-2007), Actor: Jorge Hernández Vásquez.

²² La Sección Segunda del Consejo de Estado, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el particular en sentencia de 21 de mayo de 2009, expediente 0525-2008, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, en esa oportunidad sobre el particular, concluyó:

"(...) El Decreto Ley 603 de 1977, por medio del cual se establece el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en su artículo 17 estableció el régimen especial de pensiones para algunos funcionarios de la Registraduría Nacional del Estado Civil (...).

Quiénes se encuentren dentro de la excepción que contempla la norma, tienen derecho al reconocimiento pensional con 16 años de servicios y 50 años de edad, ya que el inciso primero del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 expresamente excluyó de su aplicación a quienes gozan de un régimen especial de pensiones, (...)

Como la demandante laboró para la Registraduría Nacional del Estado Civil del 30 de agosto de 1972 al 31 de diciembre de 2000 desempeñando el cargo de Dactiloscopista 4125-12, tenía derecho a que la pensión le fuera reconocida y liquidada conforme a lo dispuesto en el Decreto 603 de 1977.

LIQUIDACIÓN PENSIONAL

En lo relativo a la base de liquidación de la pensión de jubilación las dos disposiciones mencionadas se asientan sobre el promedio de los salarios devengados por el servidor público. Y, como la norma no distingue, preciso es reconocer que sin discriminación alguna harán parte integral de la base de liquidación todos los factores salariales devengados en los términos previstos en el Decreto 603 de 1977. (...)"

actividad de los jueces al momento de aplicar el ordenamiento jurídico a situaciones concretas.

a) Del principio de favorabilidad en materia laboral

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

Para desatar dicha ambigüedad interpretativa es preciso acudir al principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios²³.

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

(...) En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiado su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

(...) 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 enfrentado.

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

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al *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 primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional²⁴.

²³ Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

²⁴ Al respecto, ver el concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación”²⁵.

1.4 Esta Corporación en sentencia de rectificación de la línea, en la que se estudiaron casos de reliquidación de una pensión ordinaria de una docente nacionalizada acogió los anteriores planteamientos y agregó:

“ (...) ciertamente la realización del principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones no puede lograrse a costa de los derechos subjetivos de los servidores públicos, ni con desmedro de otros institutos constitucionales de mayor valía, como lo es, para el caso, el de la condición más favorable al trabajador cuando agotados los medios hermenéuticos ordinarios subsiste una antinomia de fuentes o la pluralidad de opciones interpretativas entre las cuales deberá prevalecer la que satisfaga integralmente la protección de derechos sociales.

El juez tiene el deber de realizar la justicia material, el que se sobrepone a supuestas obligaciones judiciales de salvaguardar el interés institucional del Tesoro, pues en la realización de lo justo al servicio de la persona humana que se proclama como un valor y un fin constitucionalmente deseado a partir de la Carta Política de 1991 (Preámbulo, artículos 1º, 2º, 5º, 228 y 230), cuando se contrapongan lo uno a lo otro deberá optar por la solución que atienda a este último postulado; luego ha de rectificarse desde ahora su postura tradicional, tanto porque la nueva orientación unificada del superior funcional se aviene mejor a ellos, como porque el propio legislador ha dado realce y connotaciones relativamente vinculantes a las sentencias de unificación que adopten los órganos de cierre en cada jurisdicción (Ley 1395 de 2010, artículos 114 y 115).

Ofende al sentido de justicia que, conocida una solución de rectificación más favorable al trabajador, como aquí ya ocurrió, quien por suerte somete su caso al conocimiento de los tribunales y jueces tenga que esperar a que se divulguen otros cuatro fallos en la misma senda, para alcanzar sus beneficios. Se exhorta, entonces, a la parte pasiva para que en sus propios procesos decisorios impulse correctivos institucionales sin esperar centenares de sentencias adversas para corregir su sistemática renuencia a reconocer derechos subjetivos en materia de pensiones; se trata de contribuir desde la Administración a lograr el ideario de lo constitucionalmente justo y a descongestionar el sistema judicial. No está de más recordar y reprochar la contumacia frente a líneas tan consolidadas como la de *pensión gracia* y el régimen especial de la Rama Judicial; ha de esperarse que no ocurra lo mismo con la novedad que finalmente acogió por absoluta mayoría el superior funcional tras varios años de incertidumbre en su jurisprudencia.

Para cerrar este aparte dogmático es pertinente precisar que la variación de rumbo no se apoya en el art. 45 del Decreto Ley 1045 de 1978, cuya vigencia expiró a partir de la Ley 33 de 1985, sino en una lectura extensiva y en la reinterpretación judicial de los textos citados de las Leyes 33 y 62 de 1985; el Consejo de Estado ofreció como sustento normativo de esa nueva línea, más favorable al trabajador, conceptos tomados del bloque de constitucionalidad, acorde con los cuales tanto el salario en sentido restringido – según el Derecho Interno – como las prestaciones sociales, son todas formas de remunerar el trabajo humano, unos emolumentos como *salario directo* y otros como *salario diferido* y para el caso de las pensiones, como un *“ahorro forzoso”* para cubrir sus necesidades cuando se retira de la actividad productiva que les dio lugar²⁶. En esa misma dirección, se

²⁵ C.E, Pleno de Sección 2ª, sentencia del 4 de agosto de 2010, V. H. Alvarado, radicado 250002325000200607509-01 (interno 0112-2009). Se trató de la *reliquidación* de una pensión acorde con el art. 10 del Decreto 1160 de 1989. Salvó voto el consejero G. Arenas.

²⁶ Citó la sentencia C-546 de 1992, el artículo 9º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el fallo C-038 de 2004, que desarrolla el principio de progresividad en materia laboral;

retomaron los fundamentos que ofreció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002²⁷.

Pueden agregarse también como fuentes que amplían el espectro gravitacional de los textos nacionales, los Convenios 95 y 100 de la Organización Internacional del Trabajo que vinculan a Colombia, ratificados mediante la Ley 54 de 1962. En ellos, desde hace décadas, se propende porque los estados reconozcan como *salario* e incorporen a la liquidación de los diversos emolumentos de servicio, *todo lo que retribuya el trabajo humano*, cualquiera que sea su periodicidad o su denominación [...].

Entonces, si en los términos de la Ley 33 de 1985, tal como fue modificada por la Ley 62 del mismo año, la pensión de jubilación equivale a un porcentaje de salario; si el salario es todo lo que recibe el trabajador como contraprestación de su labor, pues está prohibido a todos los estamentos del Estado hacer donativos gratuitos a particulares (art. 355 de la Constitución); si en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, Colombia debe **por todos los medios apropiados, inclusive y en particular a través de la adopción de medidas legislativas, adoptar las medidas necesarias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos**, no hay razón para mantener interpretaciones judiciales regresivas, entre ellas las de excluir como factor de liquidación algunos rubros que conforman el salario, pues ello también viola el Bloque de Constitucionalidad, si se tiene en cuenta que los tres instrumentos internacionales a los cuales se ha hecho referencia en esta sentencia, hacen parte del mismo en virtud de lo establecido en los artículos 53 y 94 de la Constitución²⁸.

1.5 En sentencia más reciente en la que se estudió la reliquidación de una pensión de vejez de un ex servidor del Hospital de Yopal, la Sala precisó:

“Ahora bien, con respecto al argumento señalado por la parte demandada en el recurso de apelación referente a que no puede responder por una mala liquidación dada como consecuencia del indebido pago de los aportes que realizó el empleador, recuerda la Sala que el servidor no puede ser perjudicado por la presunta omisión del deber de aportar que tenía el empleador, pues no es quien decide acerca de la administración de la nómina; por consiguiente, sin perjuicio de eventual litigio entre Cajanal y el empleador, la sentencia equilibra las cargas al ordenar el descuento a valor actualizado de los aportes que se hayan omitido.

Igualmente aclara la Sala que con la inclusión de los factores salariales en la liquidación de la pensión del demandante no se estaría socavando el presupuesto nacional puesto que no es el fallo el que podría afectarlo, sino las prácticas administrativas judicialmente reprochadas durante años, de esquilmar derechos sociales mediante interpretaciones tergiversadas del ordenamiento, a pesar de la claridad de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la abrumadora mayoría de los tribunales administrativos respecto de los factores de las pensiones ordinarias de ley 33 y el periodo a tener en cuenta para el IBL en el régimen de transición de servidores públicos²⁹.

2º PJ2. Determinar si en virtud del principio de sostenibilidad del sistema general de pensiones, deben aplicarse los lineamientos trazados por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013, respecto de la simetría que debe existir entre el IBC y el

²⁷ Magistrado Ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

²⁸ TAC, sentencias del 2 de diciembre de 2010, radicados 850013331001-2006-00332-01 (2010-435) y 850013331001-2008-00118-01 (2010-388), reiterada en sentencia del 20 de enero de 2011, expediente 850013331001-2008-00267-01 (2010-448), tc das ponencias del magistrado Néstor Trujillo González. En igual sentido, ver fallos del 20 de enero de 2011, expediente número 850013331002-2007-00541-01, y 24 de marzo de 2011, radicado No. 85001 - 3331 - 001- 2008 - 00268- 01, ponente José Antonio Figueroa Burbano. Con todas ellas se abrió y consolidó la línea rectificadora, que se ha mantenido constante y unánime. Una de las reiteraciones más recientes es la del 30 de mayo de 2013, radicado 850013331001-2011-00240-01, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel.

²⁹ Sentencia del 7 de febrero de 2013, expediente 85001-3331-002-2011-00757-01, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel.

IBL, a la pensión ordinaria de vejez reconocida al demandante, quien no fue beneficiario del régimen de congresistas.

2.1.1. Tesis del Tribunal. No. Toda vez que la propia Corte precisó en su *ratio decidendi* que dicho fallo no define por sí mismo el tratamiento de todos los sistemas especiales de pensión. A continuación se indican las razones:

2.1.1.1 La sentencia C-258 de 2013 hizo un estudio de constitucionalidad del régimen de transición en pensiones de congresistas, magistrados de altas cortes y otros altos funcionarios a los que resulta aplicable; allí se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 y la Corte advirtió que en dicho fallo no se abordaba la constitucionalidad de *“otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas”*, al respecto precisó:

“En este orden de ideas, el análisis de constitucionalidad que se llevará a cabo en esta providencia se circunscribe al régimen pensional especial previsto en el precepto censurado, el cual es aplicable a los Congresistas y los demás servidores ya señalados. Por tanto, **en este fallo no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas**, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas, entre otros³⁰. En consecuencia, lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados.

La anterior aclaración se soporta en varias razones: En primer lugar y como indicó la Sala, la acción pública tiene un carácter rogado, por tanto, sería contrario a la configuración constitucional de la acción que este Tribunal extendiera su análisis a otros regímenes dispuestos por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4 de 1992. En segundo lugar, cada régimen especial cuenta con una filosofía, naturaleza y características específicas, sin que sea posible extender de forma general lo aquí analizado en relación con el régimen especial de Congresistas. En efecto, todos los regímenes especiales, precisamente al ser especiales, son distintos entre sí y por tanto, ameritan cada uno un análisis diverso.

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

³⁰ Estos se encuentran, entre otras disposiciones, en la Ley 32 de 1961, el Decreto 69 de 1973, los decretos 1282 y 1302 de 1994, la Ley 33 de 1985, el Decreto 1045 de 1975, el Decreto Ley 2661 de 1960, la Ley 6 de 1945, la Ley 22 de 1942, el Decreto 902 de 1969, el Decreto 546 de 1971 y el Decreto 1660 de 1978.

2.1.1.2 Esa lectura se ha consignado igualmente en línea constante y uniforme de esta Sala, en las oportunidades en que se han estudiado pensiones ordinarias (docentes por ejemplo), especiales de la Rama Judicial y otras con particularidades. El fundamento jurídico lo ofreció expresa y claramente la Corte Constitucional en el aparte precisado³¹.

2.1.1.3 Así las cosas, los eventos en que se estudie la liquidación o la reliquidación de pensiones ordinarias o de otras de régimen especial, en el espectro del art. 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, *garantías de transición* en lo que atañe a edad, tiempo de servicios o cotización y monto de la pensión, que sean *diferentes* al modelo excepcional de los *congresistas, magistrados de altas cortes y otros beneficiarios por extensión*, no se someterán a los lineamientos de la *ratio decidendi* de la sentencia C-258 del 2013, por haber sido expresamente excluidos de sus alcances por la Corte Constitucional.

No se desconoce que de allí surgirán mandatos de optimización para el legislador, para el gobierno y para los administradores de las pensiones pagadas con recursos públicos; pero no puede automática y mecánicamente pretenderse que todo el régimen de pensiones en Colombia quedó juzgado, restringido y en cierto modo vulnerado, como en esa sentencia se dispuso para cierto grupo de ciudadanos, cuyos beneficios fueron enteramente exorbitantes frente a todos los demás servidores del Estado, en todos los tiempos.

3º **El caso concreto**. Ahora bien, en el caso sometido a estudio, encuentra la Sala que la sentencia apelada coincide con la línea de esta Corporación y la de su superior funcional; la nulidad decretada es procedente y, en consecuencia, la entidad accionada debe reliquidar la pensión del actor en los términos fijados por el a-quo, para incluir todos los factores salariales que no tuvo en cuenta al momento de la liquidación, conforme a las normas

³¹ TAC, sentencia del 20 de junio de 2013, ponente Néstor Trujillo González, radicado 850012333002-2012-00244-00; más enfáticamente, en fallos del 1º de agosto de 2013, ponencias de José Antonio Figueroa Burbano, radicados 850012333001-2012-00245-00 y 2012-00232-00. También, con ponencias del magistrado Héctor Alonso Ángel Ángel, fallos del 28 de noviembre de 2013, expedientes 85001-3331-701-2011-00746-01 (pensiones detectives DAS) y 85001-3331-703-2012-00094-01 (servidor del INPEC).

anteriores, esto es, Leyes 33 y 62 de 1985, sin que pueda oponerse, por sustracción de materia, lo que dispuso la Corte Constitucional en el fallo C-258 del 2013.

En efecto: se acreditó que, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993³², el señor Luis María Saavedra tenía 47 años de edad³³ y 15 años de servicio³⁴, luego es beneficiario del régimen de transición previsto en su artículo 36, establecido por el legislador para proteger los intereses de quienes estaban próximos a adquirir el derecho a la pensión de vejez bajo el régimen en el que estaban afiliados; esa garantía fue desconocida por la entidad demandada en el acto acusado, pues tuvo en cuenta como IBL lo previsto en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994 y no las normas preexistentes que debía aplicar ultractivamente cuando se consolidó el estatus.

4. **Costas**³⁵. El recurso de la pasiva prosperó. No hay lugar a ellas contra la pasiva, pues no se vislumbra temeridad procesal ni conducta impropia. Es la opción interpretativa que viene siguiendo sistemáticamente la Sala, acorde con la cual la *ponderación* a que alude el art. 188 de la Ley 1437 excluye la solución mecanicista del procedimiento civil: no cabe aquí predicar que *el que pierda paga costas*, pues tendrá además que valorarse cuál fue su comportamiento en el litigio³⁶.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Casanare, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º CONFIRMAR la sentencia del 16 de agosto de 2013, proferida por el juez primero administrativo de Yopal, por la cual definió las pretensiones de LUIS MARÍA

³² 23 de diciembre de 1993.

³³ Nació el 22 de julio de 1945, fol. 24.

³⁴ Folio 24.

³⁵ La procedencia se rige por el art. 188 CPACA; ver también art. 392 del C. de P.C. y arts. 81 y 365 del C.G.P.

³⁶ Sobre condena en costas en el nuevo sistema por audiencias ver: sentencia del 28 de febrero de 2013, expediente 850012333002-2012-00201-00; auto de segunda instancia del 21 de marzo de 2013, expediente 850013333001-2012-00030-01 (interno 2013-00180-01); sentencia (ACU) del 25 de abril de 2013, expediente 850012333002-2013-00084-00; sentencia del 20 de junio de 2013, expediente 850012333002-2012-00243-00; autos de segunda instancia del 10 de octubre de 2013, expedientes 850013333002-2013-00194-01 y 850013333002-2013-00203-01; sentencia del 17 de octubre de 2013, radicado 850012333002-2013-00008-00 y sentencia del 12 de diciembre de 2013, expediente 850013333002-2012-00104-01, y sentencia de la misma fecha, radicado 8750013333001-2012-00099-01, toda la serie con ponencias del magistrado Néstor Trujillo González.

Exactamente en la misma dirección, fallo del 18 de abril de 2013, radicado 850012331001-2012-00213-00 y autos del 6 y del 11 de junio de 2013, expedientes 850013333002-2012-00074-01 y 850013333-002-2012-00044-01, entre otros, ponencias del magistrado José Antonio Figueroa. La línea es uniforme y ha sido adoptada por la Corporación en pleno.

SAAVEDRA, contra CAJANAL en liquidación-, que se entiende impuesta a la UGPP en calidad de sucesor procesal.

2° Sin costas en la segunda instancia.

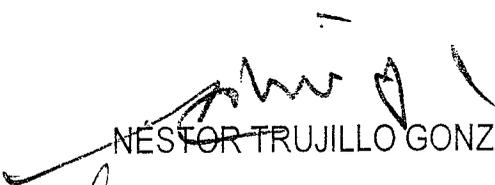
3° En firme lo resuelto, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas copias y constancias en los registros de Secretaría.

NOTIFÍQUESE

(Aprobado en Sala de la fecha, Acta. sucesor procesal).

NRD Saavedra Vs. Cajanal en liquidación- UGPP

Los magistrados,



NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ



JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO



HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL

Lida