



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Bogotá D. C. 14 de agosto de 2017

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2015-00842-00
Demandante: María Luisa Alarcón Castillo
Demandado: Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales –UGPP-
Tema: Reliquidación pensional
Sentencia: 16

De conformidad con lo señalado en audiencia inicial de fecha 28 de junio de 2017, en la cual se dictó el sentido del fallo, se procede a consignar por escrito **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia.

ANTECEDENTES

La señora María Luisa Alarcón Castillo actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, mediante escrito radicado el 10 de noviembre de 2015 (f.30), elevó demanda ante esta jurisdicción solicitando las siguientes:

a. PRETENSIONES

De acuerdo con lo manifestado en la audiencia inicial:

- 1.- Que se declare la nulidad parcial de las Resoluciones 1936 del 16 de septiembre de 2008 y, 0618 del 26 de marzo de 2009 por las cuales la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales reconoce una pensión y se niega la reliquidación de la misma a demandante.
- 2.- Como consecuencia, se condene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Seguridad Social a reliquidar la pensión de jubilación, reconociendo una mesada pensional equivalente al 75% del promedio de lo devengado por todo concepto en el último año de servicios; debidamente actualizado con el IPC certificado por el DANE, desde la fecha de retiro del servicio oficial (31 de julio de 2003) hasta la fecha de la causación de la pensión (5 de abril de 2008).
- 3.- Se ordene el pago de las diferencias de mesadas pensionales que resulten de la reliquidación solicitada, llevadas a valor presente con base en el IPC desde la fecha de la efectividad de la pensión.
- 4.- Que sobre las sumas adeudadas se liquiden y reconozcan los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
- 5.- Se condene a la entidad demandada al cumplimiento de la sentencia en los términos previstos en los artículos 187 y 192 y siguientes del CPACA.

b.-NORMAS VIOLADAS

Considerando que se han violado las siguientes normas: Constitución Política artículo 53; Ley 100 de 1993 artículos 11, 36 y 288; Ley 33 de 1985 artículo 1º; y Decreto Ley 1045 de 1978 artículo 45.

c.- CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La demandante como exempleada del INCORA al 1º de abril de 1994 acreditaba más de 15 años de servicios y también más de 35 años de edad, razón por la que es beneficiada del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. Así pues la demandante tiene derecho a que se liquide su pensión de jubilación con el promedio de lo devengado por todo concepto-sueldos, sobresueldos, adicionales de sueldos, prima de antigüedad, bonificación por servicios prestados, prima de mayo o junio, prima de diciembre o navidad, prima de vacaciones, bonificación quinquenal y bonificación por recreación-, durante el periodo comprendido entre el 1º de agosto de 2002 y el 30 de junio de 2003, debidamente actualizado con el IPC certificado por el DANE desde la fecha de retiro del servicio oficial -31 de julio de 2003- hasta la fecha de causación de la pensión -5 de abril de 2008-

Trascribiendo el artículo 36 de la ley 100 de 1993, señala que según el diccionario de la real academia española DEVENGAR significa adquirir el derecho a alguna retribución por razón de trabajo, servicio etc, y DEVENGADO significa cantidad devengada. Esta ilustración se efectúa para indicar que la palabra DEVENGADO utilizada por el legislador en el inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993, se debe tomar en su acepción natural y estarse a su significado.

Manifiesta que con la expedición del acto administrativo acusado, se violaron las disposiciones legales previamente citadas por cuanto no se atendió el precepto del respeto de los derechos adquiridos de la demandante, amparado bajo el régimen de transición, que en el caso se concretan con la aplicación del régimen pensional anterior el cual es más favorable a la accionada, aunado a la violación del principio pro-operario y, el artículo 53 Constitucional, en lo que hace referencia a la aplicación de la norma más favorable, por cuanto bajo ese criterio debió aplicar el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, debiendo reconocer la pensión en un 75% de lo devengado por todo concepto en el último año de servicios.

d.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, refiriéndose al régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, indica que la demandante se encuentra cobijada por este, por lo que el derecho se reconoció con base en las disposiciones de la Ley 33 de 1985. Sobre los factores salariales que conforman el Ingreso Base de Liquidación, señaló que estos corresponden a los previstos en el Decreto 1158 de 1994, resaltando que los factores aducidos por el solicitante no se tuvieron en cuenta para liquidar la pensión de vejez como quiera que no se encuentran establecidos en el articulado anterior. De otra parte, señala que sobre el tema existen múltiples pronunciamientos jurisprudenciales entre ellos la C-634 de 2011, la C-258 de 2013, en donde la corte constitucional ha señalado que se deben incluir los factores salariales que tenga el carácter remuneratorio y sobre los cuales se hayan realizado cotizaciones al sistema general de pensiones, el cual indicó es de obligatorio acatamiento, al constituir un precedente vinculante, preferente y obligatorio.

e.- AUDIENCIA INICIAL

El 28 de junio de 2017, se llevó a cabo audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, en la cual se agotaron las etapas previas, se llevó a cabo la práctica de pruebas y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión en los términos consignados en el audio de la diligencia (f. 116 -fl.120 CD).

f.- SENTIDO DEL FALLO

En la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, agotadas las etapas procesales hasta alegatos conclusivos se dio el sentido del fallo así:

Teniendo en cuenta el concepto de salario desarrollado por la H. Corte Constitucional en sentencia C-521/95 siendo un derecho fundamental conforme con la sentencia T-649, el concepto dado Consejo de Estado y, el convenio 095 de la OIT el cual hace parte del bloque de constitucionalidad al haber sido ratificado por Colombia; la concordancia de dicho concepto con las cotizaciones a cargo de los empleadores y trabajadores siendo un deber cotizar sobre el salario que reciba el trabajador "independientemente con la denominación que se le dé, en contraprestación con el servicio prestado evitando así discriminaciones entre los trabajadores en materia prestacional y dando prelación a la realidad en las relaciones labores-sentencia T-1036/05, cotización que debe tener una relación directa y proporcional con el monto de la mesada pensional conforme con lo señalado en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, principio también desarrollado por Ley 33 de 1985 cuando hace referencia al monto de la pensión en relación con el 75% de salario promedio que sirve de base para los aportes durante el último año de servicio, el artículo 19 del Decreto 3063 de 1989 y el concepto desarrollado por el Consejo de Estado desde la sentencia del 21 de septiembre del año 2000 rad. 47099 con ponencia del Dr. PÁJARO PEÑARANDA como la suma de varias partidas y la liquidación aritmética del derecho pensional con la suma del respectivo promedio de factores; consideramos que aplicar la sentencia SU-230 de 2015 es ir en contravía de I) el principio de inescindibilidad normativa que cobija a este grupo de trabajadores que ostentan una expectativa legítima creada por el propio legislador referente a la aplicación de las disposiciones anteriores a la Ley 100 de 1993; II) el concepto integral de salario del Convenio 95 de la OIT, su correspondencia con la cotización al régimen pensión y el monto pensional, III) el principio *pro homine* o de favorabilidad desarrollado por el artículo 53 de la C.P., IV) el sistema de fuentes del derecho a la luz de lo dispuesto en los artículos 10, 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011; V) principio de progresividad en materia laboral y VI) el artículo 334 de la Constitución Política referente a que ninguna autoridad judicial puede invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva como es la pensión de jubilación, siendo el pago de los aportes sobre el salario realmente devengado por el trabajador un medio adecuado para alcanzar un objetivo constitucionalmente legítimo, no siendo a cargo del trabajador la no cancelación de los aportes de ley con base en lo realmente devengado, pues tal circunstancia vulnera sus derechos fundamentales.

II. CONSIDERACIONES

A. IDENTIFICACIÓN DEL ACTO ENJUICIADO

Se demanda la nulidad parcial de la **Resolución 1936 del 16 de septiembre de 2008**; y la nulidad de la **Resolución 0618 del 26 de marzo de 2009**, de la UGPP, mediante las cuales se dispuso la no reliquidación pensional de la accionante.

B. PROBLEMA JURÍDICO

En virtud de lo anterior, el problema jurídico a resolver consiste en establecer si es procedente la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante teniendo en cuenta en el IBL el 75% del promedio de los todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, esto es del 1º de agosto de 2002 al 31 de julio del año 2003 de conformidad con la Ley 33 de 1985 en consonancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado y, la indexación de la primera mesada pensional.

C. HECHOS PROBADOS

En el expediente se encuentran probados los siguientes hechos:

1. La señora MARIA LUISA ALARCON CASTILLO nació el 5 de abril de 1953
2. Trabajó desde el 16 de agosto de 1972 al 31 de julio del año 2003 en el Instituto Colombiano de Reforma Agraria para un total de 11.146 días equivalentes a 30 años 11 meses y 16 días folio 17

3. Mediante **Resolución No. 1936 del 16 de septiembre de 2008**, el fondo de pasivo social Ferrocarriles Nacionales de Colombia reconoció pensión de jubilación a la señora María Luisa Alarcón Castillo efectiva a partir del 5 de abril de 2008 (f.2 - 8) considerando el 75% del promedio de salarios sobre los cuales ha cotizado desde el año 1993 al año 2003 actualizados con el IPC teniendo en cuenta los factores salariales contemplados del decreto 1158 de 1994 a partir del 5 de abril de 2008.
4. Con ocasión a la solicitud de reliquidación pensional el 27 de enero del año 2009 con base en el IPC en razón a que pensión se ha afectado por el fenómeno de la inflación, la entidad señaló que los salarios con base en los cuales cotizó fueron actualizados conforme al IPC hasta la fecha en que la peticionaria adquirió su estatus pensional, esto es, hasta el año 2008 razón por la que la pensión no ha sufrido el deterioro causado por la inflación pues todas las sumas que sirvieron de base para calcular el ingreso base de liquidación fueron actualizadas conforme lo ordena la ley, en el IPC de los años subsiguientes hasta la adquisición del estatus pensional. La entidad accionada a través de **Resolución 0618 del 26 de marzo de 2009** negó la anterior solicitud (f.9 - 16).
5. El 21 de junio de 2013 la Coordinadora del Grupo de Gestión Integral de Entidades Liquidadas del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural expidió certificación de tiempo laborado y factores salariales devengados por la demandante cuando laboró con el INCORA (f.17 y 18).

d.- ANÁLISIS DEL DESPACHO

A fin de establecer y soportar la posición del Despacho en razón a los pronunciamientos jurisprudenciales de la H. Corte Constitucional y del H. Consejo de Estado abordaremos el análisis del presente asunto en los siguientes términos:

El artículo 48 de la Constitución Política, consagra el derecho a la Seguridad Social, como un derecho irrenunciable y progresivo que comprende unos servicios establecidos en la ley.

Referente al concepto de la pensión de jubilación la Corte Constitucional se ha señalado que tiene una doble naturaleza por un lado, es una prestación social económica y por otro, es un derecho constitucional fundamental.

En ese sentido, la pensión de jubilación se constituye como una prestación económica, resultado final de largos años de trabajo, ahorro forzoso en las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social, y cuando la disminución de la capacidad laboral es evidente. Su finalidad directa es garantizar la concreción de los derechos fundamentales de las personas traducidos en la dignidad humana, el mínimo vital, la seguridad social y la vida digna.¹

El citado artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, prevé que para adquirir el derecho a la pensión es necesario cumplir con la edad, tiempo de servicio, semanas de cotización o capital necesario además de las condiciones legales, aclarando que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella aún cuando no se hubiera efectuado el reconocimiento y que para liquidar las pensiones solo se tiene en cuenta los factores sobre los cuales hubiera cotizado.

De esta forma, se exige el cumplimiento de unos requisitos que en cada época fija el legislador, respetando el Estado los derechos adquiridos con arreglo a la Ley y, garantizando la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional a partir del acto Legislativo 01 de 2005.

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-045/16. 10 de febrero de 2016. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Consultado hoy 29 de enero de 2017 en URL. <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/T-045-16.htm>

Referente al tema de discusión, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que los beneficiarios del régimen de transición se les deben respetar: i) la edad para consolidar su beneficio prestacional ii) el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y iii) el monto.

El monto de la pensión hace referencia a los factores que deben sumarse o imputarse. En sentencia del 21 de septiembre de 2000, expediente número 470-99, Magistrado Ponente Doctor Nicolás Pájaro Peñaranda, el H. Consejo de Estado señaló lo siguiente:

"3. El inciso 2° del artículo 36 de la mencionada ley, establece".

Ahora bien, según la norma transcrita, el actor tiene derecho a jubilarse con 55 años de edad, con 20 años de servicio y con el monto de la pensión, establecidos en el régimen anterior a la vigencia de la ley 100.

Monto, según el diccionario de la lengua, significa "Suma de varias partidas, monta." Y monta es "Suma de varias partidas." (Diccionario de la Lengua "Española", Espasa Calpe S.A., Madrid 1992, tomo II, páginas 1399-1396).

Advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra "monto" que cuando la ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100.

Por manera que si las personas sometidas al régimen de transición deben jubilarse con la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión gobernados por las normas anteriores a la ley 100, no ve la Sala cuáles son las demás condiciones para acceder al derecho, que según la última regla del inciso 2° en análisis se rigen por dicha ley.

De otro lado, la Sala también observa que en el inciso 3° del artículo 36, están previstos un ingreso base y una liquidación aritmética diferente a la que dedujo la Sala de la interpretación del inciso 2°, puesto que del monto que se rige por las normas anteriores se infiere un ingreso base regido igualmente conforme al ordenamiento jurídico anterior, lo cual pone de presente la redacción contradictoria de tales normas, que conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política a tener en cuenta la más favorable, o sea la primera regla del inciso 2°."

El ingreso base de liquidación fue objeto de análisis por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013, en la que adoptó una interpretación sobre la aplicación integral del régimen especial de los beneficiarios del régimen de transición, estableciendo que éste (IBL) no era un aspecto sujeto a la transición, existiendo una sujeción a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100.

En este punto se observa que aunque existía una línea jurisprudencial reiterada en las diferentes Salas de Revisión de la Corte Constitucional en el sentido de que debía aplicarse el principio de integralidad del régimen especial que incluía el IBL, también lo es, que no existía un pronunciamiento en sede de control abstracto de constitucionalidad que definiera el concepto de monto y la base de liquidación para los beneficiarios del régimen de transición.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, los pronunciamientos, en particular los que se emiten en sede de control abstracto de constitucionalidad, son obligatorios en razón a sus efectos erga omnes y de cosa juzgada constitucional y, basta una sola sentencia para que exista un precedente a seguir, a no ser que la misma Corte haya modulado su decisión.

Los jueces, por su parte, tienen la obligación de respetar sus propias decisiones en virtud del principio de igualdad, buena fe y confianza legítima, ya que estas deben ser razonablemente previsibles en razón a que es necesario un mínimo de coherencia judicial²; y de otra, respetar el precedente vertical proveniente de la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia.

En este orden, el funcionario debe hacer una exposición del precedente que pretende abandonar y, explicar de manera clara y precisa, las razones por las cuales se aparta del mismo. Así se ha dicho al respecto:

*"(...) un tribunal puede apartarse de un precedente cuando considere necesario hacerlo, pero en tal evento tiene la carga de argumentación, esto es, tiene que aportar las razones que justifican el apartamiento de las decisiones anteriores y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado. Además para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. Los operadores jurídicos confían en que el tribunal responderá de la misma manera y fundamentan sus conductas en tal previsión. Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y de una fuerza tales que, en el caso concreto, ellas primen no solo sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un estado de derecho"*³

En razón a que el precedente debe ser anterior al caso estudiado, con una semejanza en los problemas jurídicos, hechos, normas o puntos de derecho, el primer problema que se plantea es cual precedente existía para el caso estudiado.

Entender que la litis se plantea con la presentación de la demanda o al momento de dictarse el fallo o al momento en que hace la reclamación ante la administración, es una posición equivocada en razón a que en asuntos pensionales, en cualquier momento la demanda podía ser instaurada por ser una prestación periódica. Diferente, es señalar que al momento de dictarse ésta sentencia, existe una posición consolidada de la Corte Constitucional frente a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, decisión, que no tiene efectos retroactivos en razón a que la Corte no moduló sus efectos.

Si la aplicación de las sentencias de la Corte Constitucional no son retroactivas, el respeto del precedente se centra en el análisis ponderado de los principios de progresividad y favorabilidad en materia laboral, en armonía con los derechos laborales, el concepto de salario en sentido amplio y la tesis sostenida por el Consejo de Estado respecto a los descuentos omitidos para efectos de las cotizaciones.

El Consejo de Estado ha manifestado en forma reiterada que en virtud del régimen de transición sus beneficiarios tienen derecho a que se aplique la edad, el tiempo y el monto señalado por la legislación anterior a la Ley 100 de 1993, entendiéndose por monto no solo el porcentaje sino la suma de varios factores que constituyen salario y la forma de liquidarla. Adicionalmente, ha señalado que la aplicación del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100, desnaturaliza el régimen de transición y los principios de inescindibilidad y favorabilidad de la ley laboral, así:

"Para la Sala no resulta admisible la aplicación fraccionada que la entidad demandada le dio al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al definir la situación pensional del demandante, pues al aplicarle su inciso tercero, incurrió en violación del principio de "Inescindibilidad de la ley" que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales, rompiendo de tal manera el principio de la seguridad jurídica, como bien lo advirtió esta Corporación al desentrañar el alcance que le dio la Corte Constitucional a la citada norma en la sentencia C-168 de 1995, al decidir sobre su constitucionalidad:

² sentencia T-049 de 2007

³ Sentencia c-447 de 1997.

“... Son elementos de la esencia del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión, previstos en la normatividad anterior. Si se altera alguno de tales presupuestos, el régimen de transición, deja de ser un beneficio. Si se liquida la pensión como lo indica el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se afecta el monto de la pensión y de paso también se afecta el beneficio que constituye la esencia del régimen de transición, pues una es la forma de liquidar la pensión prevista en la normatividad anterior y otra como lo prevé la nueva Ley.

(...)

No aplicar en su integridad la norma legal anterior a la vigencia de la Ley 100 de 1993, con el propósito de disminuir el monto de la pensión de la servidora, implica además de desconocer el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de la Carta Política que establece “la situación más favorable al trabajador en caso de duda en aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho.

Así mismo, al aplicar el régimen de transición, como sucede en el caso presente, aplicando las disposiciones legales anteriores consagradorias de los requisitos de edad y tiempo de servicio, por una parte, y por otra, aplicar la nueva ley para establecer la base de liquidación de la pensión, se incurre en violación del principio de “Inescindibilidad de la ley” que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales, rompiendo de tal manera el principio de la seguridad jurídica.

(...)”

En armonía con lo anterior, concluye la Sala, que el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, consagró el régimen de transición, consistente en que a las personas que cumplan las hipótesis allí previstas, en cuanto a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, se les aplicará en su integridad el régimen anterior que las regula y beneficia.

Si se aplica el inciso tercero del mismo artículo 36 de la citada norma, para establecer la base de liquidación de la pensión, se escinde la Ley, pues la normatividad anterior señala la forma de liquidar la pensión, se desnaturaliza el régimen, y se dejaría de aplicar el principio de favorabilidad de la Ley en los términos ya indicados¹⁴

En punto de los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión con base en las Leyes 33 y 62 de 1985, la tesis mayoritaria de la Sala Plena de la Sección Segunda, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010 Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, es que se deben tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el demandante durante el último año de servicio. En relación con los factores que constituyen salario para efectos de tenerlos en cuenta para liquidar las pensiones, en la referida sentencia se dijo lo siguiente:

“De los factores de salario para liquidar pensiones.

...

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

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

¹⁴ Sentencia del 9 de febrero de 2015 radicación 520011233300020130000301(0011-2014)

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 pensional.⁵

*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....”*

(Negrillas y subrayado fuera de texto)

En dicha providencia se concluyó que la base de liquidación de la pensión para los beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio prestado, garantizando así los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades, progresividad y favorabilidad en materia laboral⁶, toda vez que los factores salariales señalados en las Leyes 33 y 62 de 1985, para calcular la base de liquidación de la pensión de jubilación **son meramente enunciativos, más no taxativos, admitiendo la inclusión de todos los factores que constituyan salario, devengados durante el último año de servicio prestado.**

En virtud a lo dispuesto en el inciso primero del 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 a la que están obligados todos los servidores públicos, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional. Lo anterior significa, que si no han sido objeto de descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes.

Tal ha sido la filosofía del legislador, que actualmente se ha elevado a rango constitucional a través del Acto Legislativo 1 de 2005, 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, como también lo ha señalado la máxima corporación de lo contencioso administrativo⁷.

El concepto de salario ha sido desarrollado por la Corte Constitucional en sentencia C-521 de 1995, como una garantía mínima de los trabajadores y, el enunciado en el Convenio 095 de la OIT⁸, determina el salario como todo pago habitual con carácter retributivo que constituye un ingreso personal para el trabajador.

Dicho concepto salarial debe ser directamente proporcional con el monto de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social a cargo de los empleadores y trabajadores pues, es un deber cotizar sobre el salario que reciba el trabajador “*independientemente de la denominación que se le dé*”⁹, en contraprestación con el servicio prestado evitando así discriminaciones entre

⁵ 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.

⁶ Así lo ha reiterado el H. Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la sentencia del 29 de julio de 2011. Magistrada Ponente BERTHA LUCÍA GONZÁLEZ ZÚÑIGA, en el proceso con radicación No. 2008-318, DEMANDANTE: FERNANDO JOSÉ TAMAYO LASPRILLA, DEMANDADO: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub Sección B, sentencia de 6 de noviembre de 2014. M. P. Gerardo Arenas Monsalve. Exp. No. Interno 3155-2013.

⁸ El cual hace parte del bloque de constitucionalidad al haberse ratificado por Colombia a través de la Ley 52 de 1962, y según lo determinado por la Corte Constitucional en Sentencia SU-995 de 2009

⁹ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO, sentencia del veintidós (22) de noviembre de dos mil (2010), en esa oportunidad esa corporación dijo:

los trabajadores en materia prestacional y dando prelación a la realidad en las relaciones laborales, conforme con lo señalado en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, principio que con antelación a esta fue desarrollado en la Ley 33 de 1985 cuando hace referencia al monto de la pensión en relación con el 75% de salario promedio que sirve de base para los aportes durante el último año de servicio; lo anterior en concordancia con el artículo 19 del Decreto 3063 de 1989.

Así se ha dicho en sentencias T-1036 de 2005 y C-1054/04, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra:

“... La cotización obligatoria es directamente proporcional al salario. Es decir, a mayor salario, mayor cotización. Sin embargo, esta regla general solo opera hasta los 25 SMLMV. De este límite para arriba, la cotización se mantiene estática, es decir, es igual sin importar que el trabajador devengue mayores salarios o perciba mayores ingresos la cotización obligatoria también es directamente proporcional al monto de la pensión...”

El Decreto 3063 de 1989 por el cual se aprobó el Acuerdo 044 de 1989 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios consagra que cuando el afiliado perciba salario de dos o más empleadores debe efectuar sus cotizaciones de manera proporcional a lo devengado en cada uno de ellos. También el artículo 29 del Decreto 1406 de 1999 establece que los trabajadores que tengan un vínculo laboral o legal y reglamentario y que además de su salario, perciban ingresos como trabajadores independientes, deberán autoliquidar y pagar el valor de sus aportes al SGSS en lo relacionado con dichos ingresos.

En el Sistema General de Pensiones, la Ley 797 de 2003, en el Acuerdo 5° que modificó el inciso 4 y párrafo del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, dispuso que en aquellos casos en los cuales el afiliado perciba salario de dos o más empleadores o ingresos como trabajador independiente o por prestaciones de servicios como contratista en un mismo periodo de tiempo las cotizaciones correspondientes serán efectuadas en forma proporcional al salario o ingreso devengado de cada uno de ellos y estas se acumularán para todos los efectos de esta ley sin exceder el tope legal. Para estos efectos será necesario que las cotizaciones al sistema de salud se hagan sobre la misma base.

Así, quienes tengan ingresos adicionales, deberán efectuar aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y en Pensiones por dichos ingresos, en desarrollo del principio de solidaridad previsto en nuestra Constitución Política, artículos 48 y 49 y Ley 100 de 1993, artículo 2 sin exceder del tope máximo establecido en la Ley 797 de 2003 y el Decreto 510 de 2003, en 25 SMLMV.

El Consejo de Estado¹⁰ ha señalado la diferencia de los conceptos devengar y salario, en tanto no son idénticos, y por ello no se pueden confundir. De esta forma, ha aclarado que “devengar”, es adquirir derecho a alguna percepción o retribución por razón del trabajo, servicio u otro título; mientras que el salario es la retribución por el servicio prestado y en este sentido, es uno de los posibles objetos del verbo devengar; de donde no todo lo devengado es salario, así como el salario no puede considerarse devengado para todos los efectos, en la medida en que pueden devengarse –causarse- rentas o ingresos a títulos diferentes.

“todos los factores salariales que reciben los funcionarios de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios integran el salario base de liquidación de su pensión independientemente de la denominación que se le dé”.

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011). Radicación número: 50001-23-31-000-2006-00945-01(1854-09).

En ese orden, cuando la ley estipula que lo devengado por un funcionario es la unidad de medida¹¹ de un derecho, la misma ley será la que defina qué ingresos percibidos deben ser imputados en la liquidación del mismo. Igualmente, cuando se refiera al salario debe entenderse que todo pago con carácter retributivo, que constituya un ingreso personal para el trabajador y que sea habitual, tiene tal naturaleza o característica.

En conclusión, el despacho para garantizar los principios de inescindibilidad normativa que cobija a los trabajadores que ostentan una expectativa legítima creada por el propio legislador referente a la aplicación de las disposiciones anteriores a la ley 100 de 1993; el principio prohomine o de favorabilidad, el de no irrenunciabilidad de los beneficios mínimos¹², y, el de progresividad en materia laboral, no puede restringirlos en su alcance o negar su protección efectiva, siendo el pago de los aportes sobre el salario realmente devengado por el trabajador un medio adecuado para alcanzar un objetivo constitucionalmente legítimo, no estando a cargo del trabajador la no cancelación de los mismos con base en lo realmente devengado.

Principio de inescindibilidad en materia pensional

El texto legal que contempla la favorabilidad debe emplearse respetando el principio de inescindibilidad, es decir, la norma que se acoja como solución a un caso concreto, deberá aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sean admisibles escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido.

Según lo anterior, es imperativa la aplicación del principio de inescindibilidad de cada régimen, y si ello es así, resulta diáfano señalar que si la intención del legislador fue proteger los derechos adquiridos, el régimen anterior no se puede escindir, luego debe aplicarse en su integridad, precisión que ha hecho la jurisprudencia en forma insistente y que se encuentra en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010¹³ siguiendo los parámetros trazados por la propia Corte Constitucional.

Como se mencionó, la Corte Constitucional en no pocos pronunciamientos sostuvo lo siguiente:

“El principio de favorabilidad se aplica en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. En estos eventos los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social. El texto legal así escogido debe emplearse respetando el principio de inescindibilidad o conglobamento, es decir, aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido.”¹⁴

Siendo del caso subrayar que la aplicación de los principios de inescindibilidad y favorabilidad, sustentaron siempre la orientación de la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, la cual había fijado como *ratio decidendi* que se vulneran los derechos pensionales, cuando no se aplica en su integridad el régimen especial en el que se encuentra

¹¹ Expediente: 250002342000201305930 01 Número interno: 0549-2015 ponencia: Sandra Liset Ibarra demandante: Elizabeth Toro Guarín. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP). Tema: Reliquidación pensión de jubilación Decreto 546 de 1971.

¹² Artículo 53 de la C.P

¹³ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, sentencia del cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), Radicación 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09)

¹⁴ Corte Constitucional Sentencia T-832ª de 2013 Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

amparado el beneficiario del régimen de transición, y en los eventos en que se desconoce que el monto y la base de liquidación de la pensión forman una unidad inescindible¹⁵.

Principio de progresividad

El principio de progresividad, predicado de los derechos económicos, sociales y culturales, tiene como objetivo garantizar que la regulación específica y tratamiento que haga un país sobre los mismos se materialice atendiendo a un desarrollo aumentado y no regresivo; es decir, que cada vez tienda a mejorar, a ser más protector, a permitir un mayor y mejor ejercicio de estos derechos.

En los términos del artículo 26 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, este principio es considerado como un compromiso por parte de los Estados y consiste en adoptar providencias, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

En armonía con dicho mandato, el artículo 48 de la Constitución Política estableció lo siguiente:

“El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley”.

Es decir el principio de progresividad, implica, de una parte, el deber del Estado de avanzar en la materialización del derecho en cabeza de todas las personas, procurando el alcance de mayores beneficios por parte de la población y, de otra, la prohibición general de establecer medidas regresivas, que desconozcan reconocimientos que se hayan logrado a favor de los trabajadores.

La Corte Constitucional ha sostenido sobre este principio lo siguiente:

“En varias oportunidades, esta Corte¹⁶, en plena armonía con la jurisprudencia y la doctrina internacional sobre el tema¹⁷, ha señalado que el mandato de progresividad en materia de derechos sociales no tiene un contenido puramente retórico ni debe ser entendido como una justificación de la inactividad del Estado en la protección de esos derechos, ya que tiene implicaciones jurídicas específicas, destinadas a lograr una sociedad más justa, que logre erradicar las injusticias presentes¹⁸, tal y como lo ordena el artículo 13 superior. En particular, el mandato de progresividad implica que el Estado tiene la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de esos derechos.

De otro lado, existen unos contenidos mínimos o esenciales de satisfacción de esos derechos que el Estado debe garantizar a todas las personas. Esto es, la progresividad hace referencia al reconocimiento de prestaciones y protecciones mayores y superiores en relación con cada uno de esos derechos sociales, pero ese mandato de progresividad no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, los contenidos mínimos de esos derechos, tal y como esta Corte ya lo había precisado con anterioridad¹⁹.”²⁰

¹⁵ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, sentencia del nueve (9) de febrero dos mil diecisiete (2017), RADICADO 250002342000201301541 01, Número Interno 4683-2013, Demandante Rosa Ernestina Agudelo Rincón Demandados Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales Y De La Protección Social Y Universidad Pedagógica Nacional

¹⁶ Ver, entre otras, las sentencias de esta Corte C-251 de 1997, SU-225 de 1998, C-1489 de 2000 y C-671 de 2002.

¹⁷ Ver al respecto, las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas adoptadas en sus distintos periodos de sesiones, en especial la Observación General No 3 adoptado en el Quinto Período de Sesiones de 1990, y que figuran en el documento E/1991/23. Y a nivel doctrinal, ver los llamados “Principios de Limburgo”, adoptados por unos expertos en la materia reunidos en Maastrich, Holanda, en junio de 1986, y que constituyen la interpretación académica más respetada sobre el sentido y la aplicación de las normas internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales.

¹⁸ Ver sentencia SU-225 de 1998, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, Fundamentos 18 y ss.

¹⁹ Ver, entre otras, las sentencias C-251 de 1997, fundamentos 8 y 9, y sentencia SU-225 de 1998, Fundamentos 11 y ss.

²⁰ Corte Constitucional Sentencia C-038 de 2004 Magistrado Ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

Principio de favorabilidad en laboral y seguridad social

El artículo 53 de la Constitución Política contiene los principios protectores mínimos del derecho constitucional al trabajo, los que se dirigen a brindar amparo a la parte más débil de la relación laboral o de la seguridad social, corrigiendo la desigualdad fáctica o el desequilibrio económico que se presenta en dichos escenarios²¹. La Constitución garantiza así la protección de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho a través de dos principios hermenéuticos íntimamente relacionados entre sí: (i) favorabilidad en sentido estricto e (ii) *in dubio pro operario*; en esta misma orientación y derivado de la prohibición de menoscabo de los derechos de los trabajadores²² se desprende (iii) la salvaguarda de las expectativas legítimas mediante la aplicación del criterio de la condición más beneficiosa al trabajador o beneficiario de la seguridad social. Estos postulados orientan la aplicación e interpretación de los derechos al trabajo y la seguridad social al momento de resolver casos concretos²³.

Sobre el principio de favorabilidad este se aplica en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. En estos eventos los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social.

El alcance de tal precepto ha sido definido por la Corte Constitucional, que en Sentencia C-168 de 1995²⁴ así:

“La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.

(...)

Y en punto a la aplicación del principio de favorabilidad en materia de régimen pensional, considera la Corte que esta es labor que incumbe al juez en cada caso concreto, pues es imposible, en juicios de constitucionalidad, confrontar la norma acusada que es genérica, con cada una de las distintas normas contempladas en los diferentes regímenes pensionales que antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 existían en el sector privado y en el público, para establecer cuál resulta más favorable a determinado trabajador.”²⁵

Posteriormente, la Corte fue enfática en sostener que, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable a los jueces desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. En la Sentencia T-001 de 1999²⁶, afirmó:

“Pero además, la regla general -prohijada por esta Corte-, que rechaza como improcedente la tutela cuando se trata de controvertir interpretaciones judiciales acogidas por el juez en detrimento de otras

²¹ Constitución Política artículo 13.

²² Constitución Política artículos 53 y 215.

²³ El siguiente es el contenido del artículo 272 de la Ley 100 de 1993. “Aplicación preferencial. El Sistema Integral de Seguridad Social establecido en la presente Ley, no tendrá, en ningún caso, aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores. || En tal sentido, los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política tendrán plena validez y eficacia”.

²⁴ Corte Constitucional Sentencia C-168 de 1995 M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ

²⁵ Ibidem.

²⁶ Corte Constitucional Sentencia T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

igualmente válidas, admite, por expreso mandato constitucional, la excepción que surge del artículo 53 de la Constitución.

En la indicada norma el Constituyente consagró derechos mínimos de los trabajadores, es decir, derechos inalienables, que no pueden disminuirse, renunciarse, ni es factible transigir sobre ellos; que se imponen inclusive al legislador y desde luego a los jueces y a los funcionarios administrativos.

Entre tales derechos se encuentra el que surge de la aplicación del principio de favorabilidad, que la Constitución entiende como "...situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho..."

Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma -la duda-, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez.

Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica.
(Subrayado fuera del texto)

Desde esta perspectiva, se concluye que la jurisprudencia constitucional ha reiterado que las autoridades judiciales se encuentran sujetas a la aplicación del principio constitucional de favorabilidad en materia laboral. En este orden de ideas, si bien los jueces, incluyendo las Altas Cortes, tienen un amplio margen de interpretación en las normas laborales, no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquél que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica.

En este sentido, *"puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley"*²⁷.

En consecuencia, en palabras de la propia Corte Constitucional, una conducta contraria o que desconozca la aplicación del principio de favorabilidad, configura un defecto que viola los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social, por desconocimiento directo del artículo 53 Constitucional.

De la expectativa legítima y los derechos adquiridos

En varias ocasiones la Corte Constitucional ha estudiado el alcance de la protección a los derechos adquiridos en la Constitución Política, y ha especificado su diferencia con las expectativas legítimas.

Así las cosas, los *derechos adquiridos*, han sido definidos como aquellos que se *consolidan* cuando se han cumplido todos los presupuestos normativos exigidos bajo el imperio de una ley, para que se predique el nacimiento de un derecho subjetivo. Configurado el derecho bajo

²⁷ Corte Constitucional Sentencia T- 545 de 2004 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet

las condiciones fijadas por una norma, su titular puede exigirlo plenamente²⁸ porque se entiende jurídicamente garantizado²⁹ e incorporado al patrimonio de esa persona³⁰.

Es en el artículo 58 de la Constitución Política, donde se consagra la garantía, o protección constitucional de este tipo de derechos, al prohibir expresamente su desconocimiento o vulneración mediante leyes posteriores. Es por esto que el quebrantamiento de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley anterior, resulta contraria a la Constitución.

Ahora bien, las *expectativas legítimas*, suponen que los presupuestos exigidos bajo la vigencia de una ley para consolidar un derecho, no se han configurado, aunque *"resulta probable que lleguen a consolidarse en el futuro, si no se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico"*³¹. Las expectativas legítimas, en consecuencia, no implican el *nacimiento de un derecho* sino que, suponen una probabilidad cierta de consolidación futura, si se mantienen las condiciones establecidas en una ley determinada. De allí que se considere, en general, que tales expectativas pueden ser modificadas por el legislador³², en virtud de sus competencias³³, si ello se requiere para cumplir fines constitucionales³⁴.

Ya concretamente respecto del alcance de los derechos adquiridos y las expectativas legítimas en materia pensional, la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente:

"En la sentencia C-168 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz)³⁵ la Corte conoció de una acción de inconstitucionalidad contra los artículos 11 (parcial), 36 (parcial) y 288 de la Ley 100 de 1993, los cuáles se demandaron por desconocer derechos aún no consolidados de los trabajadores, establecidos en normas anteriores. Alegó el ciudadano en esa oportunidad, que la Constitución no sólo protege los derechos adquiridos de los trabajadores a los que alude el artículo 58, sino que garantiza también la condición más beneficiosa al trabajador, condición que en su opinión, no fue respetada en las normas acusadas y vulneró el artículo 53 de la Carta³⁶. La Corte precisó lo concerniente a los derechos adquiridos

²⁸ Sentencia C-789 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁹ En la sentencia C-147 de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) se dijo lo siguiente: "Cuando el artículo 58 de la Constitución, alude a la garantía de la propiedad privada y a los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, y dispone que tales derechos 'no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores', indudablemente está otorgando una protección a las situaciones jurídicas que definitivamente han quedado consolidadas bajo la vigencia de una ley y no a las meras expectativas de derechos. (...) Sin embargo, es necesario precisar que la regla precedente no es absoluta, porque ella misma prevé la posibilidad de que se puedan afectar los referidos derechos "cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida", evento en el cual "el interés privado deberá ceder al interés público o social". Ello explica, que no obstante el respeto que merecen los referidos derechos, sea posible decretar su expropiación, utilizando las modalidades previstas en la Constitución, o que se puedan imponer limitaciones, obligaciones o cargas especiales, con el fin de asegurar la función social de la propiedad y de la función ecológica que le es inherente..."

³⁰ En la sentencia C-147 de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) se dijo que "configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente y pertenecen al patrimonio de una persona."

³¹ Sentencia C-789 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³² En la sentencia C-058 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis, se dijo lo siguiente con respecto a esa distinción jurisprudencial: "[D]ebe precisar la Corte que los derechos adquiridos que garantiza el artículo 58 constitucional, son aquellas situaciones concretas consolidadas en vigencia de la ley que es interpretada, reformada o derogada por la subsiguiente, en ejercicio de la cláusula general de competencia asignada al Congreso de la República por el artículo 150 ibidem. De manera que no todas las situaciones generadas en vigencia de la antigua disposición deben mantenerse de cara a la nueva, porque de ser así, no tendrían objeto tales facultades y el ordenamiento no podría responder a las necesidades cambiantes de una sociedad en permanente transformación."

³³ Sentencia C-789 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁴ Sentencia C-613 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁵ En la sentencia C-168 de 1995 el artículo 11 acusado se refería a la aplicación del Sistema General de pensiones "para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados". El artículo 288 de la Ley 100 rezaba lo siguiente: "Aplicación de las disposiciones contenidas en la presente ley y en leyes anteriores. Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente ley a que le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta ley." Sobre el régimen de transición en sí mismo considerado, dijo la sentencia C-168 de 1995 que con este tipo de disposiciones el legislador iba "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". La sentencia declaró exequibles las normas demandadas, salvo una parte del artículo 36 de la Ley 100 por considerar que existía una diferencia irrazonable entre los trabajadores del sector público y los del sector privado, amparados por el régimen de transición.

³⁶ La Corte explicó en esa ocasión, que por derecho adquirido debía entenderse, aquel que "se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y, en consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador." En lo concerniente a la condición más beneficiosa, como fundamento para el respeto de derechos aún no consolidados de los trabajadores, reconoció la Corte que en virtud del artículo 53, si bien el constituyente prohibió menguar, disminuir o reducir los derechos de los trabajadores, éste artículo hacía referencia a los derechos adquiridos de tales personas, por lo que "pretender, como lo hace el

y las expectativas legítimas, y como fundamento de la declaratoria de exequibilidad de las normas acusadas, advirtió lo siguiente:

"[L]a jurisprudencia al igual que la doctrina, distingue los derechos adquiridos de las simples expectativas, y coinciden ambas en afirmar que los primeros son intangibles y por tanto, el legislador al expedir la ley nueva no los puede lesionar o desconocer. No sucede lo mismo con las denominadas "expectativas", pues como su nombre lo indica, son apenas aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho; en consecuencia, pueden ser modificadas discrecionalmente por el legislador.

"Nuestro Estatuto Superior protege expresamente, en el artículo 58, los derechos adquiridos y prohíbe al legislador expedir leyes que los vulneren o desconozcan, dejando por fuera de esa cobertura a las llamadas expectativas, cuya regulación compete al legislador, conforme a los parámetros de equidad y justicia que le ha trazado el propio Constituyente para el cumplimiento de su función.

"Así las cosas, se puede concluir que quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, exigidas por la ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma. Pero quien aún no ha completado el tiempo de servicio o llegado a la edad prevista en la norma legal, no tiene un derecho sino que se halla apenas ante una simple expectativa de alcanzarlo en el momento de reunir la condición faltante.

"Entonces, mientras no se realicen íntegramente los presupuestos, condiciones o requisitos que la misma norma contempla para adquirir el derecho, mal puede hablarse de "derecho adquirido"; lo que existe es una simple esperanza de alcanzar ese derecho algún día, es decir, una "expectativa", y como se ha reiterado, la Constitución no las protege. Sin embargo, considera la Corte que las 'expectativas' pueden y deben ser objeto de valoración por parte del legislador quien en su sabiduría, y bajo los parámetros de una anhelada justicia social, debe darles el tratamiento que considere acorde con los fines eminentemente proteccionistas de las normas laborales".

Por su parte, el H. Consejo de Estado concretamente en materia pensional en pronunciamientos precedentes contempló lo siguiente:

"Todas aquellas personas con vocación de ser cobijadas por los sistemas de transición en seguridad social por encontrarse dentro de los supuestos establecidos para tal efecto, pese a no disfrutar del derecho pleno de pensión, poseen derechos ciertos a que el decreto de su derecho pensional y el tratamiento de los demás elementos que se desligan de éste, respeten la oponibilidad de una situación jurídica consolidada. Ahora, el principio de conservación de la norma más favorable y la condición más beneficiosa en el ámbito laboral, que hace parte de los principios fundamentales del derecho del trabajo (art. 53 C.P.), establece que una nueva norma de carácter laboral o pensional no puede disminuir las condiciones favorables existentes y concretadas al abrigo de un ordenamiento anterior, las que, en la medida en que benefician al trabajador, deben ser reconocidas y respetadas por las Leyes posteriores. Así, aquellas personas que cumplen las condiciones para eventualmente beneficiarse de un régimen de transición pueden confiar legítimamente en que dicho régimen sea conservado para regular los diversos aspectos de su situación particular, incluso si todavía no han cumplido las condiciones para acceder a la pensión misma, pues si en general es problemática constitucionalmente cualquier modificación regresiva de las regulaciones pensionales por virtud del principio de progresividad, con mayor razón son cuestionables constitucionalmente las modificaciones abruptas a un status legalmente reconocido, en desmedro de las razones sustanciales que justifican la configuración de un régimen de transición."³⁷

En consecuencia, atendiendo los parámetros dados por la H. Corte Constitucional y el Consejo de Estado en materia laboral y de seguridad social sobre la protección de aquellos derechos adquiridos, de las expectativas legítimas en aplicación de los principios estudiados de progresividad, favorabilidad e inescindibilidad, mal haría este Despacho en apartarse de la línea

demandante, la garantía de los derechos aún no consolidados, sería aceptar que la Constitución protege "derechos" que no son derechos, lo cual no se ajusta al Ordenamiento Superior, como se consignó en párrafos anteriores". Consideró la Corte que la "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encontraba plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad en la aplicación de normas en materia pensional.

³⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, sentencia del cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Radicación número: 25000-23-25-000-2004-06145-01(2533-07), Actor: ALCIDES BORBON SUESCUN, Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

jurisprudencial sentada en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, en donde se consolidaron los parámetros que efectivamente venían utilizando las Altas Cortes hasta la fecha para el reconocimiento de la inclusión de todos los factores salariales para aquellos pensionados a quienes les cobije el régimen de transición.

Finalmente, es preciso poner de presente que los jueces, de conformidad con los artículos 228, 230, 241 y 243 de la Constitución Política de Colombia gozan de autonomía e independencia para el ejercicio de sus funciones y, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley, lo cual debe ocurrir sin que se vean irrespetados los derechos de quienes acceden a la administración de justicia, es decir, para el caso en concreto, de quienes se jubilan.

e. El caso concreto

No está en discusión que el actor es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 porque nació el 5 de abril de 1953, es decir que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100, tenía 41 años de edad, luego tiene derecho a la aplicación del régimen pensional al cual se encontraba afiliada antes del 1º de abril de 1994, esto es la Ley 33 de 1985.

Adquirió su estatus pensional el 5 de abril de 2008, esto es antes de haber sido proferida la sentencia C-258 de 2013 razón por la que es posible aplicar la jurisprudencia del organismo de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

La señora MARÍA LUISA ALARCÓN CASTILLO, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), tenía más de 40 años de edad (folio 3 resolución 1936) y más de 20 años de servicio (fl.17 y anexo 2 CD); ostentaba más de 1500 semanas a la fecha de entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, razón por la que la normatividad que lo rige es la Ley 33 de 1985³⁸ que en su artículo 1º inciso primero estableció la regla según la cual el empleado oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación, equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. El mismo precepto en el inciso segundo dispuso que no quedaban sujetos a dicha regla general los empleados oficiales que trabajaban en actividades que por su naturaleza justificaran la excepción y que la ley hubiera determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfrutaban de un régimen especial de pensiones.

La señora MARÍA LUISA ALARCÓN CASTILLO para efectos de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación no gozaba de un régimen de excepción³⁹, ni se encuentra dentro del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, por no contar con más de 15 años de servicios al 29 de enero de 1985.

Según lo enunciado, la demandante tiene derecho a jubilarse con 55 años de edad, 20 años de servicios y el monto de la pensión, establecidos en el régimen anterior a la Ley 100 de 1993.

Así también, tenemos que el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994, que modificó el artículo 6º del Decreto 691 del mismo año, enuncia los factores que se consideran salario para los fines de la cotización, es decir, el salario base para calcular las cotizaciones que mensualmente deben efectuar los servidores públicos al sistema de seguridad social en pensiones, o sea, el ingreso base de cotización (IBC); que a diferencia del ingreso base de liquidación (IBL), que se conforma con el promedio de lo devengado en la forma prevista en las normas anteriores al primero de

³⁸ "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público".

³⁹ Es importante aclarar que si bien el demandante laboró en la Registraduría Nacional del Estado Civil, conforme con el certificado visible en el anexo 11 del cuaderno administrativo, los cargos desempeñados fueron los de mensajero, ayudante de oficina y auxiliar administrativo, los cuales no permiten la aplicación del régimen especial consagrado en el artículo 17 del Decreto 603 de 1977, sin que ello impida la aplicación del régimen general de los empleados públicos.

abril de 1994 que resulten aplicables al beneficiario del régimen de transición.

Bajo estos supuestos, debe decirse que el monto de la prestación pensional reconocida, en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debió ser liquidado de acuerdo con las previsiones del artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 del mismo año.

Así las cosas el demandante tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación que viene percibiendo conforme lo establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985, conforme la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Factores que integran el ingreso base de liquidación de la demandante

La entidad demandada mediante la **Resolución 1936 del 16 de septiembre de 2008** reconoció la pensión de jubilación a la demandante y admitió que la actora era beneficiaria del régimen de transición y por tanto le era aplicable la Ley 33 de 1985; liquidando su pensión con el 75% de los factores devengados entre 1993 al 2003; posteriormente negó la solicitud de reliquidación elevada por la accionada en escrito radicado el 27 de enero de 2009 (fl.9), a través de la **Resolución 0618 del 26 de marzo de 2009** (fl.9-16).

De acuerdo con lo manifestado en las citadas resoluciones, en las que se relaciona que para efectos de la liquidación se tuvieron en cuenta los factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994, sin embargo en el contenido no se encuentran individualizados y discriminados los factores salariales que se utilizaron para conformar el IBL, siendo de señalar que lo que si se encuentra evidenciado es que se le liquidó por los 10 últimos años de servicio.

En punto de los factores salariales para la liquidación de la citada prestación pensional, debemos señalar que en tesis mayoritaria de la Sala Plena de la Sección Segunda, adoptada en sentencia del 4 de agosto de 2010⁴⁰, radicado interno 0112-2009, C.P. Víctor Alvarado Ardila, se prescribió que se deben tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por la demandante durante el último año de servicio, tesis debe ser aplicada en el caso concreto de conformidad al sustento normativo y jurisprudencial expuesto previamente en el numeral primero de la parte considerativa.

Teniendo en cuenta que el último año de servicios del demandante corresponde al periodo comprendido entre el **1º de agosto de 2002 al 30 de julio de 2003** y de acuerdo con la certificación obrante a folios 17 y 18 del cuaderno principal y el anexo 4 del CD, se tiene que en dicho periodo la demandante devengó lo siguiente:

- Asignación básica
- Adición sueldo encargo
- Prima de antigüedad
- Bonificación quinquenal
- Prima anual de navidad
- Prima de vacaciones
- Bonificación por recreación (no es factor salarial)
- Bonificación por servicios

⁴⁰ El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto en la referida sentencia, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores salariales contenidos en la leyes 33 y 62 de 1985 para el sector oficial. Pese a tal discrepancia, la Sección Segunda, en forma unánime, ha reconocido que la sentencia del 4 de agosto de 2010 constituye sentencia de unificación jurisprudencial y en tal carácter la ha aplicado, tanto en sentencias de segunda instancia, como en el mecanismo de extensión de jurisprudencia, al igual que en sentencia de tutela contra providencias judiciales.

- Prima semestral

Por simple confrontación directa entre los actos administrativos demandados, que negaron la reliquidación pensional, y la normatividad aplicable, se concluye que estos no se ajustan al ordenamiento jurídico. Por tanto, este Despacho procederá a declarar su nulidad y ordenará el consiguiente restablecimiento del derecho; lo anterior, en razón a la inclusión de todos los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional.

El artículo 3 de la Ley 33 de 1985 se encargó de determinar los factores salariales que deben servir para determinar la base de liquidación de los aportes, disposición que fue modificada por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, consagrando los siguientes: asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. Sobre este tema, el Consejo de Estado consideró que no era posible la inclusión de factores salariales diferentes a los dispuestos en las citadas leyes por expresa definición del legislador. No obstante, en sentencia de unificación, la Sala Plena de la Sección Segunda, señaló que en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades, progresividad y favorabilidad en materia laboral, debía incluirse en la base de liquidación de la pensión, la totalidad de lo devengado por el empleado por concepto de salario. De este modo, se tiene que para efectos de determinar el ingreso base de liquidación de las pensiones cobijadas por el régimen de transición, deben incluirse todos los factores efectivamente devengados por el trabajador, realizando los aportes que correspondan.

El artículo 42 del decreto 1042 de 1968 señala que son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador : la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.(...).”Al respecto, el Consejo de Estado en el fallo de unificación señaló lo siguiente:

“...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 pensional..

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

En consecuencia, la entidad demandada deberá proceder al reajuste de la pensión de jubilación del demandante tomando como IBL el 75% de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio, incluyendo además de la asignación básica, **la adición sueldo encargo, la prima de antigüedad, bonificación quinquenal, prima anual de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicios y prima semestral**; según la certificación laboral del

último año de servicios, es decir, 1º de agosto de 2002 al 30 de julio de 2003 visible a folios 17 y 18 del cuaderno principal y el anexo 4 del CD.

En tratándose de la **bonificación por servicios**⁴¹, se liquidara sobre una doceava parte (1/12) parte; por cuanto como se refiere en el artículo 45 del Decreto 1042 de 1978, este tiene correspondencia anual, causándose por una sola vez cada año de servicios en la fecha de ingreso.

Respecto a la **prima de navidad**⁴², conforme el artículo 32 del Decreto 1045 de 1978, este tiene correspondencia anual, se liquidará y pagará con base en el último salario devengado al 30 de noviembre de cada año; razón por la cual su cómputo para la liquidación de la mesada pensional será de una doceava (1/12) parte.

Respecto a la **prima de vacaciones**⁴³, este factor salarial, que en consonancia con las prestaciones antepuestas, también es de causación anual y de un solo pago en el año, previo al disfrute de las vacaciones, según los artículos 25 y 28 del Decreto 1045 de 1978; se pagara sobre una doceava (1/12) parte.

Acerca de la **bonificación por recreación** percibida en el último año de servicios, el Consejo de Estado, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, se pronunció en sentencia del 4 de septiembre de 2014 para considerar que no constituyen factor salarial, así:

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

Conforme con lo anterior, no resulta procedente la inclusión de la citada bonificación por recreación, como se expuso previamente.

⁴¹ ARTÍCULO 45.- DE LA BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS. A partir de la expedición de este Decreto, créase una bonificación por servicios prestados para los funcionarios a que se refiere el artículo 1o. Esta bonificación se reconocerá y pagará al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial. Sin embargo, cuando un funcionario pase de un organismo a otro de los enumerados en el artículo 1 de este decreto, el tiempo laborado en el primero se tendrá en cuenta para efectos del reconocimiento y pago de la bonificación, siempre que no haya solución de continuidad en el servicio. Se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles. La bonificación de que trata el presente artículo es independiente de la asignación básica y no será acumulativa.

⁴² ARTÍCULO 32. DE LA PRIMA DE NAVIDAD. Los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho al reconocimiento y pago de una prima de Navidad. Respecto de quienes por disposición legal o convencional no tengan establecida otra cosa, esta prima será equivalente a un mes del salario que corresponda al cargo desempeñado a treinta de noviembre de cada año. La prima se pagará en la primera quincena del mes de diciembre, cuando el empleado público o trabajador oficial no hubiere servido durante todo el año civil, tendrá derecho a la mencionada prima de Navidad en proporción al tiempo laborado, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará y pagará con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual, si fuere variable. ARTÍCULO 33. DE LOS FACTORES DE SALARIO PARA LIQUIDAR LA PRIMA DE NAVIDAD. Para el reconocimiento y pago de la prima de Navidad se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario: a. La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo; b. Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del decreto-ley 1042 de 1978; c. Los gastos de representación; d. La prima técnica; e. Los auxilios de alimentación y de transporte; f. La prima de servicios y la de vacaciones; g. La bonificación por servicios prestados.

⁴³ ARTÍCULO 24. DE LA PRIMA DE VACACIONES. La prima de vacaciones creada por los decretos-leyes 174 y 230 de 1975 continuarán reconociéndose a los empleados públicos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, en los mismos términos en que fue establecida por las citadas normas. De esta prima continuarán excluidos los funcionarios del servicio exterior. ARTÍCULO 25. DE LA CUANTIA DE LA PRIMA DE VACACIONES. La prima de vacaciones será equivalente a quince días de salario por cada año de servicio. ARTÍCULO 26. DEL CÓMPUTO DEL TIEMPO DE SERVICIO. Para efectos del cómputo de tiempo de servicio para el reconocimiento de la prima de vacaciones, se aplicará la regla establecida en el artículo 10 de este decreto. ARTÍCULO 27. DE LOS DESCUENTOS A FAVOR DE PROSOCIAL. ARTÍCULO 28. DEL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PRIMA DE VACACIONES. La prima de vacaciones se pagará dentro de los cinco días hábiles anteriores a la fecha señalada para la iniciación del descanso remunerado. ARTÍCULO 29. DE LA COMPENSACION EN DINERO DE LA PRIMA VACACIONAL. La prima de vacaciones no se perderá en los casos en que se autorizare el pago de vacaciones en dinero. ARTÍCULO 30. DEL PAGO DE LA PRIMA EN CASO DE RETIRO. Cuando sin haber disfrutado de sus vacaciones un empleado se retirare del organismo al cual estaba vinculado por motivos distintos de destitución o abandono del cargo, tendrá derecho al pago de la correspondiente prima vacacional.

Restablecimiento del Derecho

Ya una vez determinada la infracción de las normas alegadas por el accionante a través de los actos administrativos demandados, y a fin de determinarse el consecuente restablecimiento del derecho, procede así la orden de reliquidación de la pensión de jubilación del demandante en cuantía del 75% de lo percibido durante su último año de servicios, esto es del **1º de agosto de 2002 al 30 de julio de 2003**, incluyendo como factores salariales además de la asignación básica, **la adición sueldo encargo, la prima de antigüedad, y una doceava parte (1/12) de: bonificación quinquenal(proporcional), prima anual de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicios y prima semestral.**

Es indispensable señalar que, se deberán realizar los descuentos de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena en esta sentencia y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal; lo anterior, dado que la omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de los mencionados conceptos para efectos pensionales, pues aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento pensional⁴⁴.

Es de subrayar que los aportes sobre la totalidad de los factores que legalmente constituyen factor salarial para efectos pensionales, no se realizaron durante la vida laboral del actor desde el momento de su causación, por lo que, en palabras del Consejo de Estado⁴⁵, resulta necesario que los valores a retener y/o deducir, es decir, 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 actor⁴⁶, de lo contrario se trataría de sumas depreciadas, que en vez de coadyuvar a la sostenibilidad fiscal en materia pensional, ahondarían la problemática.

Por lo anterior, en lo que concierne a la deuda a cargo de la parte actora, la entidad demandada procederá a realizar los descuentos sobre la cuantía 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 a la demandante le corresponde, se efectuarán una serie de descuentos mensuales, iguales, hasta completar el capital adeudado. Estos descuentos deberán ser acordes con las circunstancias y condiciones económicas del actor, dada la suma de su pensión; esto a efectos de no causar traumatismo a su ingreso monetario, y en consecuencia, a su manutención y la de quienes de él dependen económicamente.

Prescripción: De conformidad con el status, la solicitud de reliquidación pensional y la fecha de presentación de la demanda, en el caso concreto hay lugar a declarar la prescripción trienal de que habla el Decreto 1848 de 1969 artículo 102 el cual señala que las acciones que emanen de los derechos consagrados del Decreto 3135 de 1968 prescriben en tres años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, por cuanto, el simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

Como quiera que la parte actora presentó su solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación el 27 de enero de 2009 (fl.9), y considerando que la accionante había adquirido su estatus

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).-Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).Actor: Luis Mario Velandia Demandado: Caja Nacional de Previsión Social. Autoridades Nación.

⁴⁵ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-42-000-2012-00641-01(4521-13) Actor: Gustavo Camargo Rincón Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

⁴⁶ En tal caso podrá repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo.

pensional el 5 de abril de 2008, a la luz de la norma en cita se observa que con la petición se interrumpió el termino de prescripción por un lapso igual; sin embargo a folio 30 del expediente se evidencia que excediendo ese término de interrupción de tres años, la demanda fue interpuesta el día **10 de noviembre de 2015**, por lo que operó así en el presente caso el fenómeno prescriptivo.

En consecuencia, se ordenará la reliquidación de la mesada pensional a partir del día 5 de abril de 2008, pero el pago de las diferencias será **solo las causadas a partir del 10 de noviembre de 2012; operando la prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad a dicha fecha** y así se ordenará en el resuelve.

Reajustes pensionales: Una vez determinada la cuantía de la pensión reliquidada deberá reajustarla de conformidad con la Ley para determinar el valor de las mesadas reajustadas.

Diferencias a pagar: De las mesadas pensionales reliquidadas y reajustadas que ahora correspondan, se deben **deducir las sumas de las mesadas pensionales ya pagadas**, y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto. Sobre estas diferencias, la administración **descontará el valor de los aportes que ordene la ley, y que el interesado no haya cubierto respecto de los factores que se ordenan incluir**; pues esta es una carga del servidor público que no se puede eludir y cuyos recursos son fundamentales para que la entidad responsable pueda cumplir con su obligación de pago.

Ajuste al valor: Al final, la suma que resulte no pagada deberá ser ajustada, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

Intereses: A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3º del artículo 192 del CPACA; a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

Cumplimiento de la sentencia: El cumplimiento de la sentencia será motivado conforme con los artículos 192, 193, 194 y 195 del CPACA; se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

Costas: El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *"Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*.

Así también el numeral 4º del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *"Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que*

establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas....”.

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso⁴⁷, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: “La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.”. (Subrayas para resaltar)

Ahora bien, el Consejo de Estado⁴⁸ ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

“Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto.

Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil

Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley”

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<“debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”>>⁴⁹”

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se han comprobado las mismas.

⁴⁷ Cfr La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

⁴⁸ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

⁴⁹ Cfr las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nros. 20616 y 20389, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.

III. DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR PROBADA parcialmente la excepción de prescripción, propuesta por la entidad demandada bajo los parámetros descritos en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO.- DECLARAR la NULIDAD PARCIAL de la **Resolución 1936 del 16 de septiembre de 2008** que reconoció la pensión de jubilación a la demandante, en lo concerniente al monto de la pensión reconocida; y la nulidad de la **Resolución 0618 del 26 de marzo de 2009**; por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP a reliquidar la pensión de jubilación de la señora MARÍA LUISA ALARCÓN CASTILLO identificada con cédula de ciudadanía No.41.607.556 de Bogotá D.C., en cuantía del 75% de lo percibido durante su último año de servicios, esto es del **1 de agosto de 2002 al 30 de julio de 2003**, incluyendo como factores salariales además de la asignación básica, **la adición sueldo encargo, la prima de antigüedad, de manera proporcional al último año de servicios la bonificación quinquenal⁵⁰ y una doceava parte (1/12) de: prima anual de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicios y prima semestral**; actualizando el valor del ingreso que sirve de base para el reconocimiento de la pensión, según la variación del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, conforme a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, desde el 30 de julio de 2003 hasta el 5 de abril de 2008.

La reliquidación ordenada estará condicionada a la elaboración, por parte de la entidad demandada, de una fórmula actuarial cuya proyección permita la efectividad del derecho reclamado por el demandante en términos razonables, de conformidad con las pautas expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO.- ORDENAR que una vez determinada la cuantía de la pensión reliquidada deberá reajustarla de conformidad con la Ley para determinar el valor de las mesadas reajustadas. El pago de las diferencias que resulten del valor del reajuste de la pensión de jubilación de que trata el numeral anterior, con los reajustes pensionales previstos en la ley sobre lo ya liquidado y efectivamente cancelado, procederá **a partir del 10 de noviembre de 2012**, de acuerdo a la parte motiva de esta sentencia atendiendo la prescripción probada y declarada sobre las mesadas pensionales causadas con anterioridad.

QUINTO.- DISPONER que las mesadas pensionales reliquidadas y reajustadas que ahora correspondan, se deben **deducir las sumas de las mesadas pensionales ya pagadas**, y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto. Sobre estas diferencias, la administración **descontará el valor de los aportes que ordene la ley, y que el interesado no haya cubierto respecto de los factores que se ordenan incluir**; pues esta es una carga del servidor público que no se puede eludir y cuyos recursos son fundamentales para que la entidad responsable pueda cumplir con su obligación de pago.

⁵⁰ Dado que el quinquenio se cancela cada cinco años.

SEXTO. - ORDENAR el ajuste al valor; es decir que de la suma que resulte no pagada deberá ser ajustada al valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

SÉPTIMO.- DECRETAR que a partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3 del artículo 192 del CPACA, a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

OCTAVO.- CONDENAR al cumplimiento de la sentencia de conformidad con los artículos 192, 193, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *El acto* será motivado, se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

NOVENO.- SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer causadas.

DÉCIMO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda

UNDECIMO.- Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍQUESE** a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011). **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubier; así mismo, **EXPÍDASE** copia de conformidad con lo normado en el numeral artículo 114 del C.G.P. **ARCHÍVENSE** las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez