

- 5 JUN 2010

Señor
JUEZ DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
Bogotá D.C.

REFERENCIA : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO : 11001333501620170023200-
DEMANDANTE : HERNANDO CORTES
DEMANDADA : UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA- FONDO PENSIONAL-

ASUNTO : CONTESTACION DE LA DEMANDA

HAIVER ALEJANDRO LOPEZ LOPEZ Mayor de edad, Abogado en ejercicio, con domicilio en esta ciudad, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando como apoderado Judicial de la UNIVERSIDAD NACIONAL fondo pensional, ente universitario autónomo de carácter estatal, creado en el siglo XIX y cuya actual naturaleza jurídica está definida por el decreto 1210 de 1993 (Ente Universitario Autónomo de Carácter Estatal), conforme al poder a mi conferido por el representante legal de la entidad o quien hace sus veces (que aquí se aporta), ante su Despacho señor Juez, mediante el presente escrito, encontrándome dentro del término, encontrándome dentro del término conforme a la notificación vía correo electrónico del 6 de Marzo de 2010, me permito dar contestación a la demanda presentada en contra de mi representada por el (la) señor (a) HERNANDO CORTES a través de apoderado Judicial, contestación que efectuó en los siguientes términos:

1. En cuanto a los HECHOS

Para responder lo manifestado en la demanda, concretamente al capítulo denominado "HECHOS" procedo a dar respuesta en la siguiente forma:

- 1.1. En cuanto al hecho numerado como 1 en la demanda, es cierto, tal y como se desprende de la documental aportada al proceso, que obra en el expediente administrativo.
- 1.2. En cuanto al hecho numerado como 2 es cierto, tal y como se desprende de la documental aportada al proceso, que obra en el expediente administrativo
- 1.3. En cuanto al hecho numerado como 3 en la demanda, es cierto, tal y como se desprende de la documental aportada al proceso, especialmente la que obra en el expediente administrativo
- 1.4. En cuanto al hecho numerado como 4 en la demanda, es cierto, ya que mi representada dio aplicación al artículo 36 de la ley 100 de 1993 y la ley 33 de 1985, normas en las que se establece claramente que se mantienen los requisitos de edad, tiempo de servicio y cuantía a o porcentaje de la pensión conforme a la ley anterior a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, pero que respecto a la liquidación de la pensión esta debe realizarse dando aplicación de los artículo 36, 21, de la ley 100 de 1993, decreto 1158 de 1994, por cuanto para la fecha del reconocimiento de la pensión fue el febrero de 2006, eran las normas vigentes que debía aplicar mi representada, pues se advierte señor juez que para esa fecha no existía la sentencia de unificación del CONSEJO DE ESTADO del 4 de agosto del año 2010, razón por la cual la re liquidación se efectuó sobre el promedio devengado durante los últimos 10 años de servicio conformen lo preceptúa en las mencionadas normas, posición confirmada por la CORTE CONSTITUCIONAL a través de la sentencia SU 230 del 29 de abril de 2015, la SU427 de agosto de 2016 y la SU395 de 2017 en las cuales se estableció que efectivamente la liquidación de la pensión debe realizarse todos y cada uno de los factores devengados en los últimos diez años de servicio y no el último año de servicio como lo pretende el aquí demandante .
 - 1.4.1. Además téngase en cuenta que, el régimen de transición a que alude el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sólo deja a salvo, los requisitos relacionados con la edad, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto, los cuales se deben regir por las disposiciones legales anteriores a la citada ley, pero no el salario base de liquidación de la mesada pensional, el que se obtiene según los parámetros fijados por el inciso tercero de la pluricitada preceptiva, Sobre el punto, resulta oportuno recordar lo expresado por la corte suprema de justicia sala laboral, en sentencia del 27 de marzo de 2007, radicación 28308, cuando en un asunto de similares características al que ocupa la atención de la Sala, dijo: "La razón está de lado de la censura, pues el Tribunal con fundamento en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y apoyado en la sentencia de esta Corte del 9 de octubre de 2003, radicación No. 20354, estableció que el ingreso base de liquidación de la pensión no podía obtenerse como lo pretendía la demandante, es decir, promediando los salarios devengados en el último año de servicios como lo prevé el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, sino el promedio de los salarios que devengó la trabajadora durante el tiempo que le hacía falta el 1º de abril de 1994 para reunir los requisitos para su pensión de jubilación por aportes, data en la cual entró en vigencia la susodicha Ley 100". De modo que como el Tribunal atendió la posición que ha venido sosteniendo la Sala sobre el tema planteado, su decisión fue acertada y, en consecuencia, en ninguna violación a la Ley incurrió". En consecuencia, como la pensión de jubilación por aportes se liquidó conforme con los parámetros definidos por la Corte, es decir con base en lo dispuesto en el régimen de transición, el cargo no prospera
 - 1.4.2. Ahora es indispensable traer a nuestro caso la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de casación Laboral con radicación No 34801, de fecha 20 de abril de 2010, Magistrado Ponente Dr. Francisco Javier Ricaurte Gómez la cual hizo la siguientes consideraciones respecto a la reliquidación aducida "El soporte de la decisión recurrida, según el cual, para efectos de estimar el ingreso base de liquidación de la pensión por aportes del actor, debía acudirse al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y no al artículo 7 del Decreto 2709 de 1994, como lo pretendía éste, estibó esencialmente en la sentencia de esta Corporación del 31 de agosto de 2005, radicación 24008, por lo que, conforme a jurisprudencia reiterada de la Sala, la modalidad infracción de la ley que se denuncia por la censura luce equivocada, pues ha debido ser la interpretación errónea, además que no se incluye en la proposición jurídica, precisamente, la norma sustancial que constituyó la base de la decisión, como lo fue el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y de cuya interpretación derivó el sentenciador su decisión".
 - 1.4.3. Así mismo lo ratifica la Corte Suprema de Justicia con Radicado No 37180 del 25 de mayo de 2010, Magistrado Ponente Dr. Camilo Tarquino Gallego en la cual considera: "Para la Corte, constituyen hechos indiscutidos que el actor es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que la pensión por aportes reconocida por el Instituto de Seguros Sociales, fue con fundamento en la Ley 71 de 1988 y el Decreto Reglamentario 2709 de 1994. Por tanto, no se remite a duda que el salario base sobre el que se aplica el porcentaje del 75%, tratándose de pensiones cobijadas bajo el régimen de Ley 100, debe obtenerse con sujeción a lo preceptuado en su inciso tercero, esto es, "el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que le faltare menos de diez años para adquirir el derecho será el promedio de lo devengado que le hiciera falta para ello." Lo anterior, por cuanto el régimen de transición a que alude el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sólo deja a salvo, los requisitos relacionados con la edad, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto, los cuales se deben regir por las disposiciones legales anteriores a la citada ley, pero no el salario base de liquidación de la mesada pensional, el que se obtiene según los parámetros fijados por el inciso tercero de la pluricitada preceptiva. Sobre el punto, resulta oportuno recordar lo expresado por esta Corporación, en sentencia del 27 de marzo de 2007, radicación 28308, cuando en un asunto de similares características al que ocupa la atención de la Sala, dijo: "La razón está de lado de la censura, pues el Tribunal con fundamento en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y apoyado en la sentencia de esta Corte del 9 de octubre de 2003, radicación No. 20354, estableció que el ingreso base de liquidación de la pensión no podía obtenerse como lo pretendía la demandante, es decir, promediando los salarios devengados en el último año de servicios como lo prevé el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, sino el promedio de los salarios que devengó la trabajadora durante el tiempo que le hacía falta el 1º de abril de 1994 para reunir los requisitos para su pensión de jubilación por aportes, data en la

Calle 44 No. 45-67, EDIFICIO CAMILO TORRES, Bloque C Módulo 6
Teléfono: (57-1) 316 5268 Comnutador: (57-1) 316 5000 Ext: 10974 -10971

Correos electrónicos: notificaciones_juridica_bog@unal.edu.co <pensiones@unal.edu.co> notificaciones_juridica_nal@unal.edu.co dirin_nal@unal.edu.co

Bogotá, Colombia, Sur América

Carrera 7 No 17-01 Of. 850 Cel. 3143945276 Bogotá, D.C.

190911

cual entró en vigencia la susodicha Ley 100” De modo que como el Tribunal atendió la posición que ha venido sosteniendo la Sala sobre el tema planteado, su decisión fue acertada y, en consecuencia, en ninguna violación a la Ley incurrió”. En consecuencia, como la pensión de jubilación por aportes se liquidó conforme con los parámetros definidos por la Corte, es decir con base en lo dispuesto en el régimen de transición, el cargo no prospera”.

2. En cuanto a las PRETENSIONES

Las pretensiones denominadas declaraciones y condenas de la demanda son improcedentes, entre otras razones por las que a continuación expongo:

Así mismo manifiesto que me opongo a todas y cada una de las pretensiones propuestas por el demandante numerada como **1,2,3,4,5,6,y 7** por carecer de fundamentos legales, de hecho, haber operado el fenómeno de la prescripción, por lo que las mismas deben ser desestimadas y en su lugar absolver de todo cargo y condena al ente universitario, al no existir el derecho reclamado, condenando en costas y gastos del proceso al actor por las razones que a continuación expongo.

2.1. HECHOS, RAZONES DE LA DEFENSA Y MOTIVOS PARA DESESTIMAR LAS PRETENSIONES 1,2,3,4,5,6,y 7

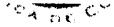
2.1.1. Debe tenerse en cuenta que en los actos demandados la Universidad reconoció la pensión dando cabal cumplimiento no sólo a las Leyes 33 de 1985 y 100 de 1993 y decreto 1158 de 1994, presuntamente desconocidas según el demandante, sino, respetando y aplicando los mandatos constitucionales, tal y como será señalado en el aparte de las excepciones y en especial aplicando el principio de favorabilidad por lo que no le asiste razón al demandante al pretender se le reliquida la pensión con los todos los factores allí mencionados, por cuanto debe dársele aplicación a la SU 230 DE 2015, A LA SU 427 DE 2016 Y SU 395 DE 2017 DE LA SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, además de que algunos de esos emolumentos son de carácter convencional y no legal y no están dentro de la certificación expedida por la universidad, además el artículo 3 de la ley 33 de 1985, el decreto 1158 de 1994 y el artículo 1 de la ley 62 de 1985 no establecen que se deban incluir todos los factores devengados, así como tampoco lo hace la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, pues en estas se estableció que solo procede el 75% y con los factores de ley, razón por la cual debe negarse lo allí solicitado por ser ilegal

2.2. TENIENDO EN CUENTA QUE EN LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO A LOS QUE ALUDE LA PARTE DEMANDANTE HACEN REFERENCIA A LA LEY 33 DE 1985 Y A LA SENTENCIA DE UNIFICACION DEL 4 DE AGOSTO DE 2010 SE DEBE TENER PRESENTE QUE ES IMPROCEDENTE DE LA RELIQUIDACION DE LA PENSIÓN CON LO DEVENGADO EN EL ULTIMO AÑO DE SERVICIO EN APLICACIÓN DE LA SENTENCIA SU 230 DEL 29 DE ABRIL DE 2015, LA SU427 DE AGOSTO DE 2016 Y LA SU395 DE 2017 DE LA SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

2.2.1. SU395 DE AGOSTO DE 2016 CORTE CONSTITUCIONAL

De manera reciente, en sentencia SU 395 de 2017, la Corte Constitucional señala nuevamente que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización, y excluye el ingreso base de liquidación, el cual debe establecerse en forma indicada en el artículo 21 y el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993

2.2.2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINMARCA QUE APLICAN LAS SU395 DE 2017 , 230 DE 2015 Y SU427 DE 2016 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL


TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “E”
MAGISTRADO PONENTE: JAIME ALBERTO GALEANO GARZÓN
Bogotá D.C., ocho (8) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Expediente: 11001-33-35-019-2014-00609-01
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: BLANCA LILIA CUERVO ESPINOZA
Demandado: UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

7.4.4 TESIS DE LA SALA

La Sala REVOCARÁ la sentencia de primera instancia, para en su lugar, NEGAR las pretensiones de la demanda, como quiera que si bien el demandante está cobijado por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal circunstancia le permite que su derecho se liquide conforme a la norma anterior, para su caso las Leyes 33 y 62 de 1985, pero solo en los aspectos relacionados con la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión, debiendo aplicarse el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 21 ibídem y el Decreto 1158 de 1994, para efectos de la conformación del ingreso base de liquidación y en todo caso, frente a los factores salariales sobre los cuales realizó aportes a pensión.

VA DE V
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “E”
MAGISTRADO PONENTE: JAIME ALBERTO GALEANO GARZÓN
Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Expediente: 11001-33-42-054-2016-00439-01
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: NÉSTOR SÁENZ SAAVEDRA
Demandado: UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

7.4.4 TESIS DE LA SALA

La Sala REVOCARÁ la sentencia de primera instancia, para en su lugar, NEGAR las pretensiones de la demanda, como quiera que si bien la parte demandante está cobijada por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal circunstancia le permite que su derecho se liquide conforme a la norma anterior, para su caso las Leyes 33 y 62 de 1985, pero solo en los aspectos relacionados con la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión, debiéndose aplicar el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 21 ibídem y el Decreto 1158 de 1994, para efectos de la conformación del ingreso base de liquidación y en todo caso, frente a los factores salariales sobre los cuales realizó aportes a pensión.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
- SECCIÓN SEGUNDA -
SUBSECCIÓN “A”

Bogotá, D.C., doce (12) de abril de dos mil dieciocho (2018)

*Magistrada Ponente: **DRA. CARMEN ALICIA RENGIFO SANGUINO***

Expediente: No. 2014-00624-01
Demandante: JOSÉ OLIVO SANABRIA PARDO
Demandado: UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA – FONDO PENSIONAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Controversia: Reliquidación Pensión

De manera reciente, en sentencia SU 395 de 2017⁶, la Corte Constitucional señala nuevamente que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización, y excluye el ingreso base de liquidación, el cual debe establecerse en forma indicada en el artículo 21 y el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Acogiendo la postura de la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia de unificación parcialmente transcrita, y atendiendo que la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA le reconoció al señor JOSÉ OLIVO SANABRIA PARDO una pensión de jubilación mediante la Resolución No. CPS 0201 de 23 de junio de 2009, y que la liquidación del IBL se efectuó de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, encuentra la Sala ajustado a derecho el acto administrativo acusado, y en consecuencia se procederá a negar las pretensiones de la demanda, lo que impone revocar la sentencia de primera instancia por cuanto accedió a las pretensiones de la demanda, para en su lugar denegar la reliquidación solicitada.

ENTRE OTRAS

2.2.3. IMPROCEDENCIA D ELA RELIQUIDACION DE LA PENSION CON LO DEVENGADO EN EL ULTIMO AÑO DE SERVICIO CONFORME A LAS SENTENCIAS DE UNIFICACION SU 395 DE 2017, SU230 DE 2015 Y SU427 DE 2016

Téngase en cuenta señor Juez que , cierto es que las personas que quedaron amparadas por el régimen de transición creado por el Artículo 36 de la ley 100 de 1993, adquirieron el derecho a jubilarse con fundamento en el régimen pensional al cual se encontraban afiliados al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones , es decir la ley 100/93, el cual establecía que:

Artículo 36....."La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley."

Así las cosas, antes de entrar en vigencia la ley 100 de 1993, las pensiones de los servidores públicos, como el del presente caso, se regía por lo dispuesto en la ley 33 de 1985, que en su artículo 1º ,:

"Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. (Texto original sin negritas).

"No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
(...)"

Pero debe tenerse en cuenta que dicho régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, solo se mantenía respecto de **La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez**, mas no respecto al IBL, ya que claramente lo establece el artículo mencionado , el IBL se establece de conformidad con las reglas de la Ley 100 de 1993, es decir con base en el promedio de los salarios devengados por el trabajador durante los últimos 10 años, o en el tiempo que le hacía falta para adquirir el derecho a la pensión si éste fuere menor, y no teniendo en cuenta el promedio de los salarios devengados en el último año, posición que es confirmada por la Corte Constitucional mediante sentencia SU 230 DEL 29 DE ABRIL DE 2015 concluyendo La Sala Plena de la Corte Constitucional que "el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en el régimen general, las que deben aplicarse para establecer el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca. De otro lado, resaltó que mediante auto A-326 de 2014, por el cual se resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T-078 del mismo año, la Sala reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido en que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación

EXPEDIENTE T-3.558.256 - SENTENCIA SU-230/15 (abril 29) M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

"La Sala Plena estudió la acción de tutela interpuesta por el señor Salomón Cicerón Quintero Rodríguez en contra de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Banco Popular S.A., por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital, al ordenar que la liquidación de su mesada pensional se realizara con base en el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años (Ley 100 de 1993, artículo 36), y no teniendo en cuenta el promedio de los salarios devengados en el último año (artículo 1º Ley 33 de 1985), como, según el actor, correspondía. Comunicado No. 16. Corte Constitucional. Abril 29 y 30 de 2015 4 El actor señaló que su empleador, así como los jueces laborales, aplicaron indebidamente el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 incisos 2º y 3º, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, 1º de la Ley 62 de 1985, artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, y artículos 68 y 75 del Decreto 1848 de 1969, pues su pensión debía ser liquidada teniendo en cuenta el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio en el que se incluyen todos los factores salariales. Alegó que el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 conservó para sus beneficiarios la aplicación de la norma anterior, en lo relativo a edad, tiempo de servicios y monto de la prestación, pero no en lo relacionado con el ingreso base de liquidación. A este respecto la Sala Plena encontró que la sentencia C-258 de 2013 fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en aquél régimen general, las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca. De otro lado, resaltó que mediante auto A-326 de 2014, por el cual se resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T-078 del mismo año, la Sala reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido en que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, concluyó que en el caso del actor no hubo vulneración de su derecho al debido proceso, pues no se estructuró el defecto sustantivo alegado, ya que si bien existía un precedente jurisprudencial que seguían las Salas de Revisión para resolver problemas jurídicos como el que ahora el actor pone a consideración de la Corte, lo cierto es que esa postura cambió a partir de los recientes pronunciamientos de la Sala Plena, que fijan un precedente interpretativo sobre el alcance de los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Con base en lo anterior, la Sala resolvió confirmar la sentencia de segunda instancia, que denegó la tutela interpuesta por el actor contra la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Banco Popular.

Teniendo en cuenta lo expuesto, esta Sala evidencia que en el caso del actor no existe vulneración de su derecho al debido proceso, específicamente, no se estructuró el defecto sustantivo alegado, en razón a que si bien existía un precedente jurisprudencial que seguían las salas de revisión para resolver problemas jurídicos como el que ahora el actor pone a consideración de la Corte, lo cierto es que dicho precedente cambió a partir de los recientes pronunciamientos de la Sala Plena, en donde fijan un precedente interpretativo sobre el alcance de los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Sobre este punto, la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia objeto de reproche, realiza el siguiente análisis:

"Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por reiterado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión. Y que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por tales disposiciones legales, sino que pasa a ser regido, en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho por el inciso 3º del artículo 36 citado".

Como se observa esta interpretación de la Sala Laboral del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria no contraría la reciente interpretación que fijó la Sala Plena de la Corte Constitucional acerca del IBL en el régimen de transición y, por eso, no se estructura el defecto sustantivo alegado

Al respecto, afirmó la Sala Segunda de Revisión que la Sala Plena de esta Corporación mediante Sentencia C-258 de 2013² estableció que la aplicación ultractiva de los beneficios del régimen de transición solo se refería a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, pero no al IBL.

¹

² Ver folio 53 del cuaderno principal

³ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Por eso, concluyó, existe un precedente a seguir en la materia, en particular cuando el conflicto versa sobre la aplicación integral del régimen especial que invoca el actor y el alcance que la Corte le otorgó al régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993 en el sentido de que el IBL no forma parte de este.

Aunque la interpretación de las reglas del IBL establecidas en la Sentencia C-258 de 2013³ se enmarcan en el análisis del régimen especial consagrado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, con fundamento (i) en que dicho régimen vulneraba el derecho a la igualdad al conceder privilegios a una de las clases más favorecidas de la sociedad y (ii) en la medida en que el régimen especial de congresistas y magistrados contiene ventajas desproporcionadas frente a los demás regímenes especiales, ello no excluye la interpretación en abstracto que se realizó sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en este las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca.

2.2.4. Además señor Juez téngase en cuenta que, el régimen de transición a que alude el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sólo deja a salvo, los requisitos relacionados con la edad, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto, los cuales se deben regir por las disposiciones legales anteriores a la citada ley, pero no el salario base de liquidación de la mesada pensional, el que se obtiene según los parámetros fijados por el inciso tercero de la pluricitada preceptiva. Sobre el punto, resulta oportuno recordar lo expresado por la corte suprema de justicia sala laboral, en sentencia del 27 de marzo de 2007, radicación 28308, cuando en un asunto de similares características al que ocupa la atención de la Sala, dijo: "La razón está de lado de la censura, pues el Tribunal con fundamento en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y apoyado en la sentencia de esta Corte del 9 de octubre de 2003, radicación No. 20354, estableció que el ingreso base de liquidación de la pensión no podía obtenerse como lo pretendía la demandante, es decir, promediando los salarios devengados en el último año de servicios como lo prevé el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, sino el promedio de los salarios que devengó la trabajadora durante el tiempo que le hacía falta el 1º de abril de 1994 para reunir los requisitos para su pensión de jubilación por aportes, data en la cual entró en vigencia la susodicha Ley 100". De modo que como el Tribunal atendió la posición que ha venido sosteniendo la Sala sobre el tema planteado, su decisión fue acertada y, en consecuencia, en ninguna violación a la Ley incurrió". En consecuencia, como la pensión de jubilación por aportes se liquidó conforme con los parámetros definidos por la Corte, es decir con base en lo dispuesto en el régimen de transición, el cargo no prospera

2.2.5. Ahora es indispensable traer a nuestro caso la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral con radicación No 34801, de fecha 20 de abril de 2010, Magistrado Ponente Dr. Francisco Javier Ricaurte Gómez la cual hizo las siguientes consideraciones respecto a la reliquidación aducida "El soporte de la decisión recurrida, según el cual, para efectos de estimar el ingreso base de liquidación de la pensión por aportes del actor, debía acudirse al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y no al artículo 7 del Decreto 2709 de 1994, como lo pretendía éste, estubo esencialmente en la sentencia de esta Corporación del 31 de agosto de 2005, radicación 24008, por lo que, conforme a jurisprudencia reiterada de la Sala, la modalidad infracción de la ley que se denuncia por la censura luce equivocada, pues ha debido ser la interpretación errónea, además que no se incluye en la proposición jurídica, precisamente, la norma sustancial que constituyó la base de la decisión, como lo fue el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y de cuya interpretación derivó el sentenciador su decisión".

2.2.6. Así mismo lo ratifica la Corte Suprema de Justicia con Radicado No 37180 del 25 de mayo de 2010, Magistrado Ponente Dr. Camilo Tarquino Gallego en la cual considera: "Para la Corte, constituyen hechos indiscutidos que el actor es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que la pensión por aportes reconocida por el Instituto de Seguros Sociales, fue con fundamento en la Ley 71 de 1988 y el Decreto Reglamentario 2709 de 1994. Por tanto, no se remite a duda que el salario base sobre el que se aplica el porcentaje del 75%, tratándose de pensiones cobijadas bajo el régimen de Ley 100, debe obtenerse con sujeción a lo preceptuado en su inciso tercero, esto es, "el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que le faltare menos de diez años para adquirir el derecho será el promedio de lo devengado que le hiciera falta para ello.". Lo anterior, por cuanto el régimen de transición a que alude el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sólo deja a salvo, los requisitos relacionados con la edad, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto, los cuales se deben regir por las disposiciones legales anteriores a la citada ley, pero no el salario base de liquidación de la mesada pensional, el que se obtiene según los parámetros fijados por el inciso tercero de la pluricitada preceptiva. Sobre el punto, resulta oportuno recordar lo expresado por esta Corporación, en sentencia del 27 de marzo de 2007, radicación 28308, cuando en un asunto de similares características al que ocupa la atención de la Sala, dijo: "La razón está de lado de la censura, pues el Tribunal con fundamento en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y apoyado en la sentencia de esta Corte del 9 de octubre de 2003, radicación No. 20354, estableció que el ingreso base de liquidación de la pensión no podía obtenerse como lo pretendía la demandante, es decir, promediando los salarios devengados en el último año de servicios como lo prevé el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, sino el promedio de los salarios que devengó la trabajadora durante el tiempo que le hacía falta el 1º de abril de 1994 para reunir los requisitos para su pensión de jubilación por aportes, data en la cual entró en vigencia la susodicha Ley 100". De modo que como el Tribunal atendió la posición que ha venido sosteniendo la Sala sobre el tema planteado, su decisión fue acertada y, en consecuencia, en ninguna violación a la Ley incurrió". En consecuencia, como la pensión de jubilación por aportes se liquidó conforme con los parámetros definidos por la Corte, es decir con base en lo dispuesto en el régimen de transición, el cargo no prospera".

De lo anterior se concluye entonces que en el caso del aquí demandante mi representada, dio aplicación al artículo 36 de la ley 100 de 1993 y la ley 33 de 1985, normas en las que se establece claramente que se mantienen los requisitos de edad, tiempo de servicio y cuantía a o porcentaje de la pensión conforme a la ley anterior a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, pero que respecto a la liquidación de la pensión esta debe realizarse dando aplicación de los artículo 36, 21, de la ley 100 de 1993, decreto 1158 de 1994, por cuanto para la fecha del reconocimiento de la pensión 12 de julio de 2006, eran las normas vigentes que debía aplicar mi representada, pues se advierte señor juez que para esa fecha no existía la sentencia de unificación del CONSEJO DE ESTADO del 4 de agosto del año 2010, la cual ya no es de aplicación, razón por la cual la reliquidación se efectuó sobre el promedio devengado durante los últimos 10 años de servicio, conformen lo preceptúa en las mencionadas normas, posición confirmada por la CORTE CONSTITUCIONAL a través de la sentencia SU 230 del 29 de abril de 2015 en la cual estableció que efectivamente la liquidación de la pensión debe realizarse todos y cada uno de los factores devengados en los últimos diez años de servicio y no el último año de servicio como lo pretende el aquí demandante

2.3. OBLIGATORIEDAD DE APLICAR LA SENTENCIA SU230 DEL 29 DE ABRIL DE 2015 Y LA SU427 DE AGOSTO DE 2016

Ahora, debe tener en cuenta el señor Juez que las sentencias SU230 DEL 29 DE ABRIL DE 2015 Y LA SU427 DE AGOSTO DE 2016 de la CORTE CONSTITUCIONAL SALA PLENA debe ser aplicada de forma inmediata, de forma obligada por ser precedente y prevalente a todos los procesos en los que se ventilan pretensiones de reliquidación de la pensión de vejes con lo devengado en el último año de servicio conforme a la ley 33 de 1985, como el del (la) aquí demandante, conforme lo ordeno la misma sentencia mencionada

Frente a la anterior petición, la Sala Plena de la Corte Constitucional, señaló que, en efecto, la interpretación fijada por la Corte sobre la exclusión del IBL como un aspecto del régimen de transición "constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no puede ser desconocido en forma alguna".

Agregó que la interpretación que realizó la Sala Segunda de Revisión de Tutelas sobre el alcance de los incisos segundo y tercero del artículo 36 al que se viene haciendo referencia se enmarca en el seguimiento -en estricto rigor- de la interpretación fijada por la Corte en Sentencia C-258 de 2013³.

De este modo, puede concluirse que aunque existía una línea jurisprudencial reiterada por las distintas Salas de Revisión de Tutelas 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 la interpretación de esta disposición.

³ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

⁴

Auto 326 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo

⁵ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

En este punto, cabe anotar que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional los pronunciamientos de la Corte, en particular, los que se emiten en sede de control abstracto, son obligatorios en razón a sus efectos erga omnes y de cosa juzgada constitucional y que basta tan solo una sentencia para que exista un precedente a seguir.

Ahondando en lo anterior, una de las formas de desconocer el precedente constitucional se da cuando "se contraría la ratio decidendi de sentencias de control de constitucionalidad, especialmente la interpretación de un precepto que la Corte ha señalado es la que debe acogerse a la luz del texto superior."⁶

Como lo ha expuesto esta Corporación, la jurisprudencia en vigor entendida como el precedente constitucional establecido de forma permanente para resolver problemas jurídicos con identidad fáctica no obsta para que la Sala Plena de la Corte, en ejercicio de su facultad interpretativa la modifique. Además, constituye un precedente obligatorio para las Salas de Revisión, quienes no tienen la facultad de variarlo en la aplicación concreta de los asuntos sometidos a su consideración.⁷

En ese sentido, como la Sala Plena tiene competencia para establecer un cambio de jurisprudencia, aún en aquellos casos en que existe la denominada jurisprudencia en vigor, el anterior precedente interpretativo es de obligatoria observancia.

Argumentación jurisprudencial que se debe tener en cuenta y que justifica la completa aplicación de la sentencia SU230 del 29 de abril de 2015 de la sala plena dela CORTE CONSTITUCIONAL, por parte de los despachos Judiciales que tienen bajo su conocimiento proceso en los que se ventile la reliquidación de la pensión con lo devengado en el último año de servicio en aplicación de el régimen de transición ley 33 de 1985, ley 71 de 1988 y otras

Así las cosas señor Juez debe tenerse en cuenta la fuerza viculante de las sentencia de unificación emitidas por la CORTE CONSTITUCIONAL especialmente de su sala plena, para lo cual traigo a colación la siguiente argumentación de tipo jurisprudencial :

" FUERZA VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Doble fundamentación

"Tratándose del tribunal constitucional, la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Constitucional tiene una doble fundamentación, en razón del órgano que la profiere: (i) de un lado, se trata del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional; (ii) de otro lado, es el guardián de la "supremacía e integridad" de la Carta Fundamental".

FUERZA VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA DE ORGANOS JUDICIALES DE CIERRE-Jurisprudencia constitucional/DOCTRINA DICTADA POR ORGANOS DE CIERRE DE SUS JURISDICCIONES-Alcance y aplicación/JURISPRUDENCIA DE ORGANOS JUDICIALES DE CIERRE EN CUANTO A AUTORIDADES CONSTITUCIONALES DE UNIFICACION JURISPRUDENCIAL-Alcance

" La jurisprudencia constitucional ha considerado el valor de las resoluciones judiciales de los órganos judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones frente a decisiones posteriores que deban adoptar los jueces y tribunales, es decir, su condición de 'precedente'. Este asunto plantea la antigua discusión sobre la fuerza obligatoria de las sentencias, más allá de las causas para cuya resolución fueron dictadas. En otras palabras, si determinadas fallos judiciales han de erigirse en una especie de regla general para la posterior solución de casos semejantes. En la sentencia C-836 de 2001, la Corte abordó, entre otros, el problema jurídico que el caso presente plantea: si los jueces en una jurisdicción deben regirse por los precedentes reconocidos por el órgano de cierre de la misma. Con base en el deber constitucional de igualdad de trato, la Corte asumió que: (...) en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad en la interpretación y aplicación de la ley"; por ello, "cuando no ha habido un tránsito legislativo relevante, los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en todos los casos en que el principio o regla jurisprudencial sigan teniendo aplicación". (Subraya fuera del original). Luego la Corte Constitucional, en la sentencia C-335 de 2008, refiriéndose en general a las decisiones de todos los órganos judiciales de cierre jurisdiccional, reitera el carácter vinculante de la jurisprudencia de los órganos de cierre y, al respecto, afirma: Reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redunda en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares. Según este Tribunal Constitucional, la fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura -sala disciplinaria- y a Corte Constitucional, como órganos de cierre de sus jurisdicciones, proviene fundamentalmente: (i) de la obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar igualdad de trato en cuanto autoridades que son; (ii) de la potestad otorgada constitucionalmente a las altas corporaciones, como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones y el cometido de unificación jurisprudencial en el ámbito correspondiente de actuación; (iii) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (iv) de la necesidad de seguridad jurídica del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, entendida como la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos, derivada del principio de igualdad ante la ley como de la confianza legítima en la autoridad judicial. Nótese que la fuerza vinculante de las decisiones de las denominadas altas cortes surge de su definición constitucional como órganos jurisdiccionales de cierre, condición que les impone el deber de unificación jurisprudencial en sus respectivas jurisdicciones. El mandato de unificación jurisprudencial, únicamente dirigido a las cortes jurisdiccionales de cierre, se erige en una orden específica del Constituyente para brindar cierta uniformidad a la interpretación y aplicación judicial del derecho en desarrollo del deber de igualdad de trato debido a las personas, mediante la fuerza vinculante de sus decisiones judiciales superiores. Así, de la condición de "máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria", de "tribunal supremo de lo contencioso administrativo", de "guarda de la integridad y supremacía de la Constitución" que les fija la Constitución a la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respectivamente, surge el encargo de unificar la jurisprudencia en las respectivas jurisdicciones, tarea implícita en la atribuciones asignadas a la primera como tribunal de casación, en la de cierre jurisdiccional de lo contencioso administrativo del segundo, y en la función de guardián de la Constitución y de revisor de las decisiones judiciales de tutela de los derechos fundamentales que tiene la Corte Constitucional. Y de tal deber de unificación jurisprudencial emerge la prerrogativa de conferirle a su jurisprudencia un carácter vinculante. En otras palabras, el valor o fuerza vinculante, es atributo de la jurisprudencia de los órganos de cierre, quienes tienen el mandato constitucional de unificación jurisprudencial en su jurisdicción".

"FUERZA VINCULANTE DEL PRECEDENTE JUDICIAL-Límite/JURISPRUDENCIA COMO PRECEDENTE Y COMO CRITERIO AUXILIAR-Tensión/APARTAMIENTO JUDICIAL-Límite de la fuerza vinculante de los precedentes judiciales/APARTAMIENTO JUDICIAL-Condicionales

"Sólo a la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales, en cuanto órganos de cierre de las jurisdicciones - constitucional, ordinaria, contenciosa administrativa y jurisdiccional disciplinaria-, se le asigna fuerza vinculante; y en virtud de ella, las autoridades judiciales deben acudir al precedente jurisprudencial para la solución de casos fáctica y jurídicamente iguales. Pero dicha limitación de la potestad interpretativa de jueces y magistrados no conduce a la negación completa del margen de autonomía e independencia que la Constitución les reconoce en el ejercicio de su función judicial. Por eso, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las autoridades judiciales cuentan con la facultad de abstenerse de aplicar el precedente judicial emanado de las cortes jurisdiccionales de cierre, previo cumplimiento de determinadas condiciones. Así, el juez dispone de un margen de apreciación de los supuestos fácticos del caso concreto y de interpretación de las normas aplicables al mismo, que le permite apartarse del precedente judicial, es decir, optar por no aplicar la razón jurídica con base en la cual se resolvió el caso anterior. Sin embargo, el juez o tribunal no puede ignorar el precedente del órgano de cierre de su jurisdicción -la ordinaria, la contenciosa administrativa, la jurisdiccional disciplinaria, y en todo caso, la constitucional-: tienen frente a ella el deber de desarrollar una argumentación explícita justificativa de su inobservancia, es decir, satisfacer una carga dialogal con el precedente, como fundamento de la decisión discrepante. En tales casos, por la iniciativa razonada del juez, el precedente judicial puede no ser aplicado, siempre con referencia expresa al mismo y con justificación jurídica del apartamiento. En la citada sentencia C-634 de 2011, la Corte dijo: La Corte también refirió al grado de vinculación para las autoridades judiciales del precedente jurisprudencial emitido por las altas cortes. Resulta válido que dichas autoridades, merced de la autonomía que les reconoce la Carta Política, puedan en eventos concretos apartarse del precedente, pero en cualquier caso esa opción argumentativa está sometida a estrictos requisitos, entre otros (i) hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales. Esta opción, aceptada por la jurisprudencia de este Tribunal, está sustentada en reconocer que el sistema jurídico colombiano responde a una tradición de derecho legislado, la cual matiza, aunque no elimina, el carácter vinculante del precedente, lo que no sucede con otros modelos propios del derecho consuetudinario, donde el precedente es obligatorio, basado en el principio del stare decisis. Sin embargo, debe resaltarse que la opción en comento en ningún modo habilita a las autoridades judiciales para, en el ejercicio distorsionado de su autonomía,

⁶ T-1092 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-656 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁷ Auto 022 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁸ Artículo 34 del Decreto 2591 de 1991: "Los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte".

opten por desconocer el precedente, tanto de carácter vertical como horizontal, ante la identidad de supuestos jurídicos y fácticos relevantes, sin cumplir con los requisitos antes mencionados. Por lo tanto, resultarán inadmisibles, por ser contrarias a los principios de igualdad, legalidad y seguridad jurídica, posturas que nieguen la fuerza vinculante prima facie del precedente, fundamenten el cambio de jurisprudencia en un simple arrepentimiento o cambio de parecer, o sustenten esa decisión en el particular entendimiento que el juez o tribunal tengan de las reglas formales de derecho aplicables al caso. En otras palabras, para que la objeción al precedente jurisprudencial resulte válida, conforme a la perspectiva expuesta, deberá demostrarse a que esa opción es imperiosa, en tanto concurren razones sustantivas y suficientes para adoptar esta postura, en tanto el arreglo jurisprudencial existente se muestra inaceptable. Estas razones, a su vez, no pueden ser otras que lograr la vigencia de los derechos, principios y valores constitucionales."

2.4. PRECEDENTE JUDICIAL DICTADO POR LAS ALTAS CORTES-Obligación de las autoridades públicas

"Todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional. La anterior afirmación se fundamenta en que la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y en desarrollo de este mandato, el acatamiento del precedente judicial, constituye un presupuesto esencial del Estado Social y Constitucional de Derecho -art.1 CP-; y un desarrollo de los fines esenciales del Estado, tales como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución -art.2-; de la jerarquía superior de la Constitución -art.4-; del mandato de sujeción consagrado expresamente en los artículos 6º, 121 y 123 CP; del debido proceso y principio de legalidad -art.29 CP; del derecho a la igualdad -art.13 CP-; del postulado de ceñimiento a la buena fe de las autoridades públicas -art.83 CP-; de los principios de la función administrativa -art. 209 CP-; de la fuerza vinculante del precedente judicial contenida en el artículo 230 superior; así como de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la Carta Política."

Debe tenerse en cuenta reciente pronunciamiento del CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA Consejera Ponente: **LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ** Bogotá Die, diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 1 11001-03-15-000-2016-02225-01, Accionantes: Fondo Pensional de la Universidad Nacional de Colombia, ACCIONADO Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B" en Descongestión

También el pronunciamiento del CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA Consejera Ponente: **ROCÍO ARAÚJO OÑATE** Bogotá Die, dos (2) de junio de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03308-01, dieciséis (16) de junio de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00036-01, diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) radicado 11001-03-15-000-2016-02534-00, Accionantes: Fondo Pensional de la Universidad Nacional de Colombia, ACCIONADO Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B" en Descongestión

En este estado, se hace necesario precisar que la sentencia proferida en segunda Instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por el señor Gutiérrez Vanegas, se dictó con posterioridad a la sentencia SU-230 de 2015, esto es, 30 de junio del 2015.

Por lo tanto, como la Sala lo ha planteado, concurren en el sub examine los presupuestos exigidos para conceder el amparo constitucional, toda vez que la providencia enjuiciada desconoce el precedente de la Corte Constitucional, por lo que se accederá a las pretensiones de la tutela, de acuerdo con los argumentos y fundamentos expuestos en esta sentencia.

Esta Sala de Decisión considera que en el caso concreto los pronunciamientos C-258 del 2013 y SU-230 del 2015, -posteriores a la decisión del Consejo de Estado y vigentes para la fecha del proveído atacado en esta instancia Constitucional, son de aplicación prevalente, en tanto devienen, en el primero, de la función del de Constitucionalidad abstracto con efectos erga omnes- y el segundo, de la función de unificación del contenido de los derechos fundamentales consagrados en Texto Constitucional, el cual determina el sentido Constitucionalmente aceptable de interpretación y aplicación de una determinada normativa en relación con la Constitución. En este punto, resulta importante reiterar los efectos que el Texto fundamental colombiano ha otorgado a los fallos emitidos por la Corte Constitucional, de conformidad con lo consagrado en el artículo 243 de dicho cuerpo normativo, sobre el cual se ha expresado: "En reiterada jurisprudencia esta Corporación ha precisado que de acuerdo a lo establecido en el artículo 243 de la Constitución política, los fallos que la Corte Constitucional dicta en ejercicio del control jurisdiccional gozan de fuerza de cosa juzgada. Ello implica que las decisiones judiciales tomadas por la Corporación en cumplimiento de su misión de garantizar la Integridad y la supremacía de la Constitución, adquieren valor jurídico y fuerza vinculante. En ese sentido, la cosa juzgada constitucional además de proteger la supremacía de la Acción de tutela - normativa de la Carta, está llamada a garantizar la efectiva aplicación de los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima de los administrados, ya que por medio de esta figura, se garantiza que el órgano encargado del control constitucional sea consistente Con las decisiones que ha adoptado previamente. La cosa juzgada constitucional se predica tanto de los fallos de inexequibilidad como de los de exequibilidad, vincula a todas las autoridades -incluida la misma Corte Constitucional. Y se extiende, por igual, al continente de la norma como a su contenido material - precepto o proposición Jurídica en si misma considerada No obstante, es la misma Corte quien determina los efectos de sus fallos, en razón a su labor de intérprete directa y autorizada de la Carta."

De lo expuesto, se puede concluir que desde que se profirió la sentencia SU- 230 del 2015 los jueces han de darle aplicación en los casos puestos en su conocimiento, por lo que no es de recibo el argumento del accionante según el cual debía aplicarse el fallo del Consejo de Estado por ser la que estaba vigente al momento de presentar su solicitud de reliquidación.

En consecuencia, se revocará la decisión de primera instancia que negó la acción instaure en el sentido de amparar el derecho al debido proceso del Fondo Pensional de la Universidad Nacional de Colombia.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 25 de febrero del 2016, emitida por la Sección Cuarta de esta Corporación. en la cual se negó el amparo solicitado por el Fondo Pensional de la Universidad Nacional de Colombia, para en su lugar, AMPARAR el derecho al debido proceso de la accionante, en consecuencia, ORDENAR al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B" que en el término de setenta y dos (72) horas profiera una nueva decisión atendiendo a los lineamientos trazados en esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.



CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA Consejera ponente: **LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ** Bogotá D.C., diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 11001-03-15-000-2016-02225-01 Actor: **UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA – FONDO PENSIONAL** Demandados: Tribunal Administrativo de Antioquia

Fallo de segunda instancia. Tutela contra providencia judicial. Desconocimiento del precedente dictado por la Corte Constitucional en la SU 230 de 2015.

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 26 de septiembre del 2016, emitida por la Sección Cuarta de esta Corporación, en la cual se negó el amparo solicitado por el Fondo Pensional de la Universidad Nacional de Colombia, para en su lugar, **AMPARAR** el derecho al debido proceso de la accionante, en consecuencia, **ORDENAR** al Tribunal Administrativo de Antioquia, que en el término de diez (10) días profiera una nueva decisión atendiendo a los lineamientos trazados en esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y enviar copia de la misma al Despacho de origen.

CUARTO: Devuélvase el expediente del proceso ordinario al Tribunal de origen.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA Consejera Ponente: **ROCÍO ARAÚJO DÑATE** Bogotá D.C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 11001-03-15-000-2016-03171-00 Accionante: Fondo Pensional de la Universidad Nacional de Colombia Accionados: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección "A" y otra Naturaleza: Acción de tutela

Fallo de primera instancia - concede el amparo del derecho fundamental al debido proceso - reitera posición de la Sección sobre fuerza vinculante del precedente contenido en las sentencias de constitucionalidad y de unificación de jurisprudencia en sede de revisión de tutelas dictadas por la Corte Constitucional

FALLA:

PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental al debido proceso del Fondo de Pensiones de la Universidad Nacional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la sentencia del 18 de agosto de 2016, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección "A" en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 11001-33-35-012-2013-00504-01, Actora: María Cristina Jiménez Robayo.

TERCERO: ORDENAR al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección "A", que dentro del término de treinta (30) días hábiles siguientes a la notificación de la presente providencia, dicte sentencia de reemplazo en la cual se sigan, no solo los criterios expuestos en la parte considerativa del presente proveído, sino también las razones de decisión claramente expuestas en las sentencias C-258 del 2013 y SU-230 del 2015.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: De no ser impugnada la presente providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

1.1.1.1.

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA Consejero ponente: **ROCÍO ARAÚJO DÑATE** Bogotá D.C., primera (01) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01140-01 Actor: **UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA FONDO PENSIONAL** Demandado: **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN F, EN DESCONGESTIÓN** Asunto: Acción de Tutela - Fallo de Segunda Instancia

2. FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 26 de septiembre del 2016, dictada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en la cual negó el amparo solicitado por el Fondo Pensional de la Universidad Nacional.

SEGUNDO: AMPARAR el derecho fundamental al debido proceso de la entidad tutelante, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: DEJAR SIN EFECTOS la sentencia del 9 de diciembre del 2015, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F en Descongestión, ello dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación No. 11001-33-31-021-2011-00661-00 (Actor: Héctor Federico Moreno Romero), para que en un término de 30 días siguientes a la notificación esta providencia, proceda a dictar sentencia de reemplazo en la cual tenga en cuenta los criterios expuesto en la motivación de la presente sentencia, en especial, frente a la aplicación del precedente constitucional fijado en la decisión SU-230 del 2015.

CUARTO: NOTIFIQUESE a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: Dentro de los 10 días siguientes a su ejecutoria, **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión

1.5.1.5. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA Consejera Ponente: ROCÍO ARAÚJO DÑATE Bogotá D.C., diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 11001-03-15-000-2016-02534-00 Accionante: Fondo Pensional de la Universidad Nacional Accionado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección "F" - En Descongestión Naturaleza: Acción de tutela

Fallo de primera instancia - concede el amparo del derecho fundamental al debido proceso - reitera posición de la Sección sobre fuerza vinculante del precedente contenido en las sentencias de constitucionalidad y de unificación de jurisprudencia en sede de revisión de tutelas

FALLA:

PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental al debido proceso del Fondo de Pensiones de la Universidad Nacional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la sentencia del 18 de febrero de 2016, proferida en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 11001-33-31-024-2011-00208-01, Actor: José Manuel Puerto Andrade.

TERCERO: ORDENAR al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección "F" - o a quien haya recibido el expediente contentivo del proceso-, que dentro del término de treinta (30) días hábiles siguientes a la notificación de la presente providencia, dicte sentencia de reemplazo en la cual se sigan, no solo los criterios expuestos en la parte considerativa del presente proveído, sino también las razones de decisión claramente expuestas en las sentencias C-258 del 2013 y SU-230 del 2015.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: De no ser impugnada la presente providencia, REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

De lo anterior se concluye entonces que en el caso del aquí demandante mi representada, dio aplicación al artículo 36 de la ley 100 de 1993 y la ley 33 de 1985, normas en las que se establece claramente que se mantienen los requisitos de edad, tiempo de servicio y cuantía o porcentaje de la pensión conforme a la ley anterior a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, pero que respecto a la liquidación de la pensión esta debe realizarse dando aplicación de los artículos 36, 21, de la ley 100 de 1993, decreto 1158 de 1994, por cuanto para la fecha del reconocimiento de la pensión 12 de julio de 2006, eran las normas vigentes que debía aplicar mi representada, razón por la cual la re liquidación se efectuó sobre el promedio devengado durante los últimos 10 años de servicio, conformen lo preceptúa en las mencionadas normas, es posición confirmada por la CORTE CONSTITUCIONAL a través de la sentencia SU 230 del 29 de abril de 2015 en la cual estableció que efectivamente la liquidación de la pensión debe realizarse todos y cada uno de los factores devengados en los últimos diez años de servicio y no el último año de servicio como lo pretende el aquí demandante, debiendo ser negadas la pretensiones de la demanda

2.4.1. Así mismo, debe tenerse en cuenta que en el presente caso opera la excepción de prescripción de fondo sobre las pretensiones, mesadas pensionales o cualquier derecho que se pretenda que tenga una fecha de generación mayor a tres años, teniendo en cuenta que la Solicitud de reliquidación fue elevada el día 2 de octubre de 2015 y la demanda presentada el día 11 de mayo de 2017 por lo que entre una y otra transcurrió 1 año y seis meses, por lo que todos los derechos o sumas que se pretendan y que tengan causación anterior al 2 de octubre de 2012, ya se encuentran más que prescritos.

2.4.2. Al respecto se debe señalar que la universidad como entidad pública está obligada a acoger y respetar por encima de cualquier otra consideración los mandatos legales, razón por la cual no es posible incluir en la liquidación de la pensión factores distintos a los señalados expresamente en la ley 33 de 1985 que además coinciden con los que sirvieron de base para efectuar los aportes para pensión en nombre de la demandante conforma a lo ordenado por el decreto 1158 de 1994 que los delimita

Además, no puede pasar por el señor juez, que en el estudio de constitucionalidad realizado al artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, la Corte Constitucional en sentencia C-634 de 2011, declaró "la exequibilidad de dicha disposición, «en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las decisiones de unificación del Consejo de Estado y de manera preferente, en razón de la jerarquía del sistema de fuentes previsto en la Carta y la vigencia del principio de supremacía constitucional, las decisiones de la Corte que interpreten las normas superiores aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto, por supuesto, sin perjuicio de las sentencias que adopta esta Corporación en el marco del control abstracto de constitucionalidad, las cuales tienen efectos obligatorios erga omnes, según lo prescribe el artículo 243 C.P. y, por lo tanto, no pueden ser ignoradas o sobreesididas por ninguna autoridad del Estado, ni por los particulares. Esto habida consideración que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.» Y posteriormente en sentencia C-816 del 1º de noviembre de 2011, en el estudio de constitucionalidad del artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, concluyó que «La jurisprudencia de la Corte Constitucional, en materia de interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales, tiene preeminencia en relación con la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre de las diferentes jurisdicciones, dada la supremacía de la Constitución sobre la normatividad restante del sistema jurídico y las competencias constitucionales de la Corte.»

2.4.3. Así las cosas se debe aplicar la interpretación al Régimen de Transición realizada por la Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 2015, en atención a la preeminencia de su jurisprudencia, la cual fue resaltada precisamente en el estudio de demandas presentadas en contra de algunas disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.4.4. SENTENCIA DE UNIFICACION QUE CONFIRMA LO EXPUESTO EN LA SU230 DE 2015 Y PERMITE ESTABLECER QUE SE DEBE APLICAR EN CASOS DE RELIQUIDACION ENSIONAL

SU427 DE AGOSTO DE 2016 CORTE CONSTITUCIONAL

REGIMEN DE TRANSICION DEL ARTICULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993



2.4.5. *El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión.*

2.5. ARGUMENTACION EN CASO DE PRESENTARSE DESCONOCIMIENTO DE LA SU230 DEL 29 DE ABRIL DE 2015

De otro lado señor Juez, y en caso de que el Despacho desconozca o se aparte del precedente d orden Constitucional como loes la sentencia SU230 del 29 de abril de 2015 emitida por la SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, se deben tener en cuenta los siguientes argumentos para no accederse a las pretensiones de la demanda

2.6. RESPECTO A LOS EMOLUMENTOS QUE SE PRETENDEN INCLUIR EN LA RELIQUIDACION DE LA PENSIÓN TENIENDO EN CUENTA LO DEVENGADO EN EL ÚLTIMO AÑO DE SERVICIO SI EL DESPACHO DESCONOCE LA SU230 DEL 29 DE ABRIL DE 2015, SU427 DE 2016 Y SU395 DE 2017 DE LA SALA PLENA CORTE CONSTITUCIONAL

En el caso particular, se debe tener en cuenta que se observa que el demandante solicita se tengan en cuenta como factores salariales para efectos de la liquidación pensional, todos los devengados en el último año de servicio, siendo estos los siguientes: la prima de navidad, ajuste prima de navidad por retiro, prima de vacaciones, ajuste prima de vacaciones por retiro, prima de servicios, subsidio alimentación, bonificación bienestar universitario, ajuste quinquenio por retiro, horas extras diurnas festivas, horas diurnas ordinarias y demás que se hayan devengado durante el último año de servicio por la demandante, que al ser comparados con la certificación que se aporta al presente proceso, y que fuere expedida por el ente universitario, se observa que en las misma aparecen enlistados emolumentos que no pueden ser tenidos como factores salariales, otros que no fueron devengados durante el último año de servicio o sus derivados y otros si bien aparecen en la misma, son considerados no legales.

2.6.1. ASÍ MISMO, TENGASE EN CUENTA QUE mi representada, conforme a las resoluciones aquí demandadas, la certificación que obra dentro del expediente, reconoció la pensión conforme a lo establecido en el artículo 6 Decreto 691 de 1994 modificado por el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994 **"ARTICULO 1o. El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización".El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:**

- a) La asignación básica mensual;**
- b) Los gastos de representación;**
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;**
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.**
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;**
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;**
- g) La bonificación por servicios prestados;**

Quedando es claro, entonces, que el ente UNIVERSITARIO al momento de reconocer la pensión liquido la misma con todos y cada uno de los factores devengados, como son los allí enlistados, por lo que cualquier pretensión respecto de estos debe ser desechada, pues no se puede condenar a mi representada a pagar factores que ya reconoció como son los enlistados en el decreto 1158 que son de carácter legal, porque no son aplicables los acuerdos, y que nuevamente se están solicitando incluir en esta demanda

2.6.2. RESPECTO A FACTORES QUE SE PRETENDEN INCLUIR CON LA DEMANDA Y QUE FUERON CREADOS POR ACUERDOS DEL CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO QUE NO SE PUEDEN INCLUIR EN LA RELIQUIDACION

Respecto de cada uno de los factores que enlista la parte actora como son la prima de navidad, ajuste prima de navidad por retiro, prima de vacaciones, ajuste prima de vacaciones por retiro, prima de servicios, subsidio alimentación, bonificación bienestar universitario, ajuste quinquenio por retiro, horas extras diurnas festivas, horas diurnas ordinarias, se debe tener en cuenta que:

Respecto a emolumentos tales como quinquenio, docencia meritoria de facultad, Bonificación de bienestar universitario, Bonificación especial de bienestar, estos fueron creadas por el Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional de Colombia, a través de los Acuerdos Nos. 120, 035 de 2000, 57 de 1978 y 005 de 1998

Conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado todos aquellos emolumentos creados por acuerdo del consejo superior universitario, no pueden ser incluidos dentro de la liquidación de la pensión y mucho menos para una reliquidación, tal y como se lee a continuación "La Sección Segunda del Consejo de Estado, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el particular en sentencia de 21 de mayo de 2009, expediente 0525-2008, M.P. Dra. E3ertha Lucia Ramirez de Páez, en esa oportunidad sobre el particular, concluyó:.....(.) El Decreto Ley 603 de 1977, por medio del cual se establece el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en su artículo 17 estableció el régimen especial de pensiones para algunos funcionarios de la Registraduría Nacional del Estado Civil (...) Quienes se encuentren dentro de la excepción que contempla la norma, tienen derecho al reconocimiento pensional con 16 años de servicios y 50 años de edad, ya que el inciso primero del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 expresamente excluyó de su aplicación a quienes gozan de un régimen especial de pensiones. (...) Como la demandante laboró para la Registradora Nacional del Estado Civil del 30 de agosto de 1972 al 31 de diciembre de 2000 desempeñando el cargo de Dactiloscopista 4125-12, tenía derecho a que la pensión le fuera reconocida y liquidada conforme a lo dispuesto en el Decreto 603 de 1977.LIQUIDACIÓN PENSIONALEn lo relativo a la base de liquidación de la pensión de jubilación las dos disposiciones mencionadas se asientan sobre el promedio de los salarios devengados por el servidor público. Y, como la norma no distingue, preciso es reconocer que sin discriminación alguna harán parte integral de la base de liquidación todos los factores salariales devengados en los términos previstos en el Decreto 603 de 1977. (...).

2.6.2.2. POR SU PARTE, RESPECTO A LA BONIFICACIÓN DE BIENESTAR UNIVERSITARIO, LA BONIFICACIÓN DE BIENESTAR UNIVERSITARIO POR ENCARGO Y CUALQUIER AJUSTE DEL MISMO, tampoco debe ser incluido en la liquidación de la pensión

ya que, en primer lugar porque no fue devengado por la demandante dentro del último año de servicio, pues conforme a la certificación de factores obrante dentro del expediente este emolumento fue pagado a la demandante en el mes de octubre de 2008 y el último año de servicio de la misma corresponde al tiempo entre el 1 de septiembre de 2007 al 1 de septiembre de 2008.

En segundo lugar, este emolumento fue creado a través de los acuerdos Nos 120, 035 de 2000, artículo 8 del acuerdo 070 de 2003 del mismo ente universitario, en los siguientes términos: Artículo Segundo: Aclarar el literal d) del artículo 8° del Acuerdo 70/03 del Consejo de la Sede Bogotá, el cual quedará así: "... d) El Consejo de Facultad estudiará las candidaturas enviadas por los Comités Académicos Asesores y podrá adicionar otras, las cuales analizará conjuntamente con las anteriores. Con base en el estudio de las candidaturas propuestas el Consejo de Facultad, Centro o Instituto Interfacultades correspondiente, expedirá una resolución, mediante la cual otorgará las Distinciones de **Docencia Meritoria**, de Investigación Meritoria, de Extensión Meritoria y de Academia Integral Meritoria, según lo establecido en el artículo 36 del Acuerdo 35/02 del Consejo Superior Universitario. En esta Resolución se harán públicas las consideraciones que sustentan el otorgamiento de tales Distinciones.". Además tenga en cuenta señor Juez que este fue creado con el ánimo de incentivar el trabajo del mismo, y Similar a la anterior, no tiene carácter retributivo, las normas que la crearon y la regulan (Decretos 451 de 1984, 404 de 2006, 1031 de 2011) precisan que no tiene carácter salarial, por lo tanto sobre ella no se aplican descuentos ni tampoco está señalada en el Decreto 1158 de 1994 ni en la Ley 33 de 1985, invocada en la demanda; razón por la cual, al igual que el anterior factor, no se entiende porque en la demanda ese pretende su inclusión, si es por desconocimiento de la norma o para inducir en error al juez

2.6.2.3. POR SU PARTE, RESPECTO A LA BONIFICACIÓN ESPECIAL DE BIENESTAR, UNIVERSITARIO, BONIFICACIÓN DE BIENESTAR UNIVERSITARIO Y CUALQUIER AJUSTE DEL MISMO, tampoco debe ser incluido en la liquidación de la pensión ya

que, fue creada a través del artículo 2° del Acuerdo No. 005 de 1998 del mismo ente universitario, en los siguientes términos: "Artículo 20. La Universidad reconocerá mensualmente como bonificación especial de bienestar sin carácter salarial, a todas las personas vinculadas desde el 1.º de enero de 1998 a la totalidad de los empleos públicos que conforman su planta de personal, con efecto fiscal desde esa misma fecha, un incremento adicional al porcentaje del 16% ordenado por el Decreto 74 de 1998, equivalente al 2% de la remuneración mensual por concepto de asignación básica y gastos de representación. Ese porcentaje del 2% se tendrá en cuenta igualmente con ocasión de la liquidación de todas las primas a que tienen derecho durante el año, a fin de establecer una suma que se reconocerá y pagará como parte de la misma bonificación especial de bienestar, pero que se estimará para todos los efectos separadamente de aquellas" (Negrillas fuera de texto)

Además tenga en cuenta señor Juez que este fue creado con el ánimo de incentivar el trabajo del mismo, y Similar a la anterior, no tiene carácter retributivo, las normas que la crearon y la regulan (Decretos 451 de 1984, 404 de 2006, 1031 de 2011) precisan que no tiene carácter salarial, por lo tanto sobre ella no se aplican descuentos ni tampoco está señalada en el Decreto 1158 de 1994 ni en la Ley 33 de 1985, invocada en la demanda; razón por la cual, al igual que el anterior factor, no se entiende porque en la demanda ese pretende su inclusión, si es por desconocimiento de la norma o para inducir en error al juez

2.6.2.4. ASÍ LAS COSAS RESPECTO DEL EMOLUMENTO DENOMINADO COMO QUINQUENIO Y CUALQUIER DERIVADO DEL MISMO COMO EL AJUSTE DE QUINQUENIO POR RETIRO este no puede ser incluido en la reliquidación demandada, pues en primer lugar no está enlistado dentro de la certificación, fue devengado posterior al retiro y no durante el último año del servicio y por último fue creado por el Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional de Colombia a través del Acuerdo No. 57 de 1978, el cual estableció en su artículo 1° lo siguiente: "Artículo 1. La Universidad reconocerá a sus empleados públicos no docentes **urja Bonificación por Antigüedad (quinquenio)**, así:

a. Por cinco (5) y diez (10) años a su servicio pagará dos (2) meses de sueldo ordinario.

b. A partir de los quince (15) años de servicio y cada vez que el empleado cumpla cinco años más de antigüedad, la Universidad pagará tres (3) meses de sueldo ordinario. Se entiende que los años de servicios pueden ser continuos o discontinuos. Esta bonificación se pagará con base en el último salario ordinario que se devengue en el momento de causarse. Se pagará también en los casos de retiro voluntario, muerte, jubilación o declaratoria de insubsistencia o cío, en cuyo caso el empleado adquiere el derecho por fracción de quinquenio, siempre que hubiere laborado como mínimo dos (2) años en el último lapso". (Negrillas fuera de texto)

Sumado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCION SEGUNDA SALA DE DESCONGESTION, SUBSECCION TERCERA, en fallo proferido el 21 de octubre de 2004 declaró nulo el referido Acuerdo No 024 de 1989 el cual se refería en sus artículos 4 y 5 al quinquenio, indicando la forma de contabilizar dicha prestación social extralegal y que la misma se pagara inmediatamente en el curso del mes en que se cause de acuerdo al salario devengado en ese momento, dicha decisión fue confirmada por el Consejo de Estado en sentencia del 19 de abril de 2007, lo anterior significa que la norma extralegal que servía de sustento para el reconocimiento de prestaciones a los empleados de la Universidad desapareció del mundo jurídico, pues la declaratoria de nulidad dejó sin efectos dicho acuerdo

2.6.2.5. Así las cosas es claro que frente a la facultad que tienen los entes territoriales o universitarios para establecer el régimen prestacional aplicable a los empleados públicos, el Consejo de Estado en providencia del primero (1°) de abril de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 25000-23-25-000-1996-41254-01(5845-02), precisó lo siguiente: La Resolución No. 007 de 25 de enero de 1996 (f. 62 cd. ppa.), ordenó pagar unas sumas a favor del actor, por concepto de reliquidación de quinquenios, de acuerdo con los ciclos en que se causaron. De este acto y de 105 referidos con anterioridad, se concluye sin duda que los quinquenios pactados con la entidad distrital se ubican dentro del concepto de prestación social; se trata de una compensación otorgada al servidor cada vez que cumple determinado lapso al servicio de la institución, a manera de reconocimiento por su permanencia, que en modo alguno constituye un ingreso retributivo habitual y periódico, elementos, que han sido definidos tradicionalmente como constitutivos de la noción de salario. Preciado lo anterior, ha de señalarse que, tanto en la Carta Política de 1991 como en la anterior, el régimen prestacional de los empleados oficiales del orden territorial, es el señalado por la Ley. En efecto, a partir de la expedición del Acto Legislativo No. 01 de 1968, el primitivo artículo 167 de la Constitución de 1886 fue subrogado, dejando en manos exclusivamente del Congreso, la facultad de regular el sistema prestacional de los empleados oficiales de cualquier orden, siendo proscrito cualquier régimen señalado por los Concejos Municipales o las Asambleas Departamentales. Ahora bien, a diferencia de la Carta Política anterior, la Constitución de 1991 en el artículo 150 numeral 19 le dio al Gobierno Nacional la potestad de definir el régimen prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, con sujeción a los objetivos y criterios generales que fije el Congreso de la República mediante una ley general. Dentro de este nuevo reparto de competencias, el Congreso dictó la Ley 4a de 1992, de carácter general, y el gobierno quedó habilitado para fijar, mediante decreto, el régimen prestacional. Entre otros, de los empleados de las entidades territoriales, al tenor del artículo 12 de la citada Ley, el cual reza así. "El régimen prestacional de los servidores públicos de las Entidades Territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley. En consecuencia, no podrán las Corporaciones Públicas Territoriales arrogarse esta facultad."

De lo anterior se concluye que ni antes de la Constitución de 1991, ni a partir de su vigencia, las Corporaciones Públicas Territoriales, en este caso la EL ENTE UNIVERSITARIO están o estaban facultadas para señalar el régimen prestacional de



sus servidores. Menos aún los consejos directivos de las universidades, que pese a su carácter de entes universitarios autónomos no fueron revestidos de facultad constitucional alguna que les permitiera definir su régimen prestacional.

De manera que los acuerdos suscritos por el Consejo Superior de la Universidad Distrital no pueden constituirse en fuente normativa para predicar la existencia de derechos

Prestacionales más allá de los concebidos por la ley. Ningún derecho les asistía al pago de las prestaciones extralegales consignadas en Acuerdos o Convenciones Colectivas - existente entre el sindicato y la entidad. Si ésta, motu proprio, llegó a pagar algunos de los reconocimientos convencionales allí pactados, ello no constituye derecho alguno atendible a favor de los docentes, porque como reiteradamente ha sostenido la Sala, la ilegalidad no genera derecho y mal podría el ente distrital persistir en el pago de prebendas no autorizadas legalmente. ". (Negrillas fuera de texto)

2.6.3. De acuerdo a lo anterior, especialmente a la Jurisprudencia antes citada es claro señor Juez que Consejo Superior de la Universidad Nacional carecía de competencia para regular aspectos prestacionales a sus empleados. Como lo fue la demandante, razón por la cual ni bonificación Bienestar Universitario, ni Bonificación de bienestar universitario por encargo, ni quinquenio, y demás factores no legales o convencionales, no pueden formar parte de los factores que integran el Ingreso Base de Liquidación de la pensión del señor HERNANDO CORTES, **razón suficiente para que de declare por parte del señor juez como procedente la excepción de inconstitucional frente al artículo 1° del Acuerdo No. 57 de 1978 ye) artículo 2° del Acuerdo No. 005 de 1998, por darle efectos prestacionales a bonificación Bienestar Universitario y al quinquenio, tal como se ha pronunciado en innumerables oportunidades en este mismo sentido, el Tribunal Administrativo de Caldas en Sentencia número 007, proferida el 7 de Febrero de 2013, en acción e Nulidad y Restablecimiento del derecho interpuesta por el Señor José Orlando Ríos Ramírez contra la Universidad Nacional de Colombia, cuyo radico es el 17001 33 31 010 2010 00236 01. Y el Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo — Sección segunda – Subsección B Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, del veintiséis (26) de junio del dos mil ocho Rad: 25000-23-25-000-2006- 01194-01 (1025-07).**

2.6.4. RESPECTO DE LOS DEMAS EMOLUMENTOS QUE EL FONDO PENSIONAL NO PUEDE INCLUIR EN LA LIQUIDACION O RELIQUIDACION DE LA PENSIÓN EN EL PRESENTE ASUNTO

Respecto de los emolumentos denominados: la prima de navidad, ajuste prima de navidad por retiro, prima de vacaciones, ajuste prima de vacaciones por retiro, prima de servicios, subsidio alimentación, bonificación bienestar universitario, ajuste quinquenio por retiro, horas extras diurnas festivas, horas diurnas ordinarias y demás que aparezcan en la certificación obrante en el expediente , se deben tener en cuenta los siguientes argumentos para que su inclusión como factor salarial sea negada:

2.6.4.2. RESPECTO AL EMOLUMENTO DENOMINADO BONIFICACIÓN ESPECIAL POR RECREACIÓN, bonificación por recreación por retiro **Y CUALQUIER DERIVADO DE ESTA,** este no puede ser incluido como factor salarial en la reliquidación de la pensión solicitada en razón a que **en primer término no fue devengado durante el último año de servicio, conforme se observa en la certificación y además** los Decretos 2710 de 2001 y 660 de 2002 expedidos en desarrollo de las normas generales señaladas en la ley 4 de 1992 en su artículo 1 establecieron que su ámbito de aplicación se extendía a los siguientes servidores públicos: " CAMPO DE APLICACIÓN el presente decreto fija las escalas de remuneración de os empleos, que sean desempeñados por empleados públicos correspondientes a Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales y establecimientos Públicos, corporaciones autónomas regionales y de desarrollo sostenible, empresas sociales del estado, sociedades de economía mixta sometidas al régimen de dichas empresas, del orden Nacional y de las Direcciones Generales de Bienestar Social y de sanidad de la Policía Nacional".

Por su parte, el artículo 15 del Decreto 2710 de 2001 regulo la bonificación por recreación en los siguientes términos: " BONIFICACIÓN ESPECIAL DE RECREACION, los empleados públicos a que se refiere el presente decreto tendrán derecho a una bonificación especial de recreación en cuantía equivalente a dos días de la asignación Básica mensual que les corresponda en el momento de iniciar el disfrute del respectivo periodo de vacaciones, igualmente habrá lugar a esta bonificación cuando las vacaciones se compensen en dinero.....**Esta bonificación no constituirá factor de salario para ningún efecto legal y se pagara por lo menos con cinco (5) días hábiles de antelación a la fecha de inicio en el evento que se disfrute del descanso remunerado"**

Respecto a este emolumento, el H, CONSEJO DE ESTADO ha señalado: "adicionalmente, tampoco puede perderse de vista que el objeto de dicho reconocimiento no es remunerar directamente la prestación de servicio del empleado, sino, por el contrario, contribuir en el adecuado desarrollo de uno de los aspectos de la vida del mismo, como lo es a recreación; razón por la cual, es válido afirmar que esta es una prestación social y, en consecuencia, no puede ser incluida como factor para la liquidación de la pensión, máxime si, como se anotó anteriormente, el legislador así lo estableció expresamente"

Por lo anterior, es claro que el ordenamiento jurídico establece que la BONIFICACIÓN POR RECREACION no constituye factor salarial para efectos prestacionales, por lo cual no puede tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión

2.6.4.3. RESPECTO A LA ASIGNACION AÑO SABATICO: este emolumento además de no constituirse como factor salarial para la liquidación de la pensión, en el presente caso no puede ser tenido en cuenta ya que no fue devengado pro el demandante durante el último año de servicio es decir entre el 29 de noviembre de 2009 y el 29 de noviembre de 2010

2.6.4.4. RESPECTO AL AUXILIO DE TRANSPORTE: debe ser excluido de la liquidación de la pensión al declararse la nulidad se debe tener en cuenta que el auxilio de transporte no es un pago con el que se pretende retribuir al trabajador por sus servicios prestados a la empresa, y en consecuencia no se puede considerar un pago de naturaleza salarial para ningún efecto, además teniendo en cuenta que el factor salarial, es s todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, este emolumento de carácter retributivo por el servicio que presta al empleador, no obstante el auxilio de transporte no es una contraprestación directa de la labor realizada tal es esta afirmación al limitar su función YA que es un auxilio que se debe entender desde el punto de su naturaleza ya que corresponde a un pago que busca reintegrar al trabajador lo que se gaste en transporte para movilizarse desde su residencia hasta el lugar de trabajo, esto quiere decir que el auxilio de transporte, al no ser un pago que constituya salario, no se debe incluir en la base para calcular los conceptos correspondientes a los aportes parafiscales y tampoco a los aportes a seguridad social. no entendiéndose como como salario para ningún efecto legal

2.6.4.5. RESPECTO AL AUXILIO DE ALIMENTACIÓN, este debe ser excluido de la liquidación de la pensión ya que como bien lo establece el Código Sustantivo del Trabajo existen elementos que taxativamente deben incluirse en el salario artículo 127 los elementos que se incluyen dentro del salario, indicando los siguientes conceptos: "ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones".

Por su parte, el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo establece las sumas de dinero que recibe el trabajador y que no se incluyen dentro del salario, señalando las siguientes:.... "ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

Por lo anterior, es claro que el legislador señaló de manera expresa los conceptos que no hacen parte integrante del salario, por tratarse de sumas de dinero ocasionales, otorgadas por el empleador de manera voluntaria, o entregadas al trabajador para desempeñar sus funciones; pero al mismo tiempo estableció la facultad para las partes de desalarizar aquellos beneficios o auxilios reconocidos extralegalmente por el empleador, teniendo claro en todo caso que no podrán desconocerse los elementos que constituyen factor salarial señalados taxativamente por el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo.

En consecuencia es claro que todas aquellas sumas de dinero por concepto de auxilios habituales de alimentación entregadas a los trabajadores no constituirán factor salarial y por tanto, no se incluirán dentro del salario para efectos de liquidar las prestaciones sociales, esto quiere decir que el Subsidio de alimentación, al no ser un pago que constituya salario, no se debe incluir en la base para calcular los conceptos correspondientes a los aportes parafiscales y tampoco a los aportes a seguridad social. no entendiéndose como como salario para ningún efecto legal

2.6.4.6. RESPECTO A VACACIONES DEL PERIODO, Y/O INTERSEMESTRALES, O CUALQUIER AJUSTE POR VACACIONES: debe observarse que tampoco es procedente la reliquidación de la pensión con la inclusión de lo percibido por vacaciones y demás conceptos de esta derivadas, ya que no son un factores salariales, ni prestacionales, así lo señaló el Consejo de Estado, Sección Segunda en sentencia del 29 de julio de 2010 NO 2500023250002002-13339010531-10 cuando afirmo que "de tiempo atrás, se expidieron estatutos que han regulado la manera como se liquidan algunas prestaciones, (cesantías, auxilio de maternidad, seguro funerario, pensión jubilación, etc) entre ellos el decreto 1045 de 1978, por el cual se fijan reglas generales para la aplicación de normas y prestaciones sociales de empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional y en ninguno de ellos se señalan las vacaciones, pues estas se han definido como un descanso remunerado que no pertenece al concepto de prestación, ni de salario" pues son un descanso remunerado del trabajador y por ello no es posible computarlas para fines pensionales, pues como bien se extracta de la sentencia antes mencionada, esto es una compensación monetaria que se otorga al trabajador cuando no ha disfrutado sus vacaciones, la cual no puede servir de base salarial para computar el monto de la pensión de vejez o jubilación, por esta razón, ni la remuneración por el disfrute de las vacaciones, ni la compensación en dinero que se otorga al trabajador cuando no disfruta de las vacaciones, puede ser tenida en cuenta para efectos de liquidación pensional

2.6.4.7. RESPECTO A LOS EMOLUMENTOS DENOMINADOS AJUSTE PRIMA DE NAVIDAD POR RETIRO, AJUSTE PRIMA DE SERVICIOS POR RETIRO, AJUSTE PRIMA DE VACACIONES POR RETIRO, CUALQUIER AJUSTE POR RETIRO: estos emolumentos deben ser excluidos de la liquidación de la pensión ya que es claro que estos se reconocen y pagan en razón al hecho generador como lo es el retiro del cargo de la demandante o un ajuste al factor, es decir que los mismo solo se cancelan una sola vez y posterior retiro del cargo y no de forma habitual como lo preceptúa el artículo 48 de la Constitución nacional

2.6.4.8. RESPECTO A PRIMA DE VACACIONES: Tal y como lo afirmó el Consejo de Estado, las vacaciones no son salario ni prestación, por lo tanto la prima asociada a ellas menos puede tener naturaleza retributiva, requisito indispensable para que fuera considerada salario. Al respecto es necesario citar a la Corte Constitucional cuando en su sentencia C-598 de 1997, al definir las vacaciones precisó: "Las vacaciones no son entonces un sobre sueldo sino un derecho a un descanso remunerado...".

2.6.4.9. RESPECTO A PRIMA DE SERVICIOS : No tiene carácter retributivo y el Decreto 1042 de 1978 que la creó, la consagra como prestación, razón por la cual resulta descabellado que una prestación sea utilizada para liquidar otra prestación. No sobra indicar que este factor no está considerado ni por el Decreto 1158 de 1994 ni por la Ley 33 de 1985, en consecuencia, ni se pueden aplicar descuentos para la pensión, ni tampoco se puede utilizar para liquidarla.

2.6.4.10. RESPECTO A PRIMA DE NAVIDAD : en primer término no fue devengado durante el último año de servicio, conforme se observa en la certificación e igual que la anterior y conforme a los Decretos 1042 de 1978 y 1045 del mismo año, es una prestación y no tiene carácter retributivo. No está incluida en el Decreto 1158 de 1994 ni en la Ley 33 de 1985, razón por la cual ni se pueden aplicar descuentos para pensión, ni tampoco se puede utilizar para liquidarla.

2.7. RESPECTO DE LOS DESCUENTOS DE SALUD Y PENSIÓN SOBRE FACTORES QUE SE RECONOZCAN EN LA SENTENCIA

2.6.3. OBLIGATORIEDAD DE LA APLICACIÓN DE LOS DESCUENTOS DE SALUD, PENSIÓN Y SOLIDARIDAD PENSIONAL SOBRE FACTORES QUE SE ORDENARON INCLUIR PARA RELIQUIDACION DE LA PENSIÓN



Se debe tener en cuenta señor Juez, que frente a la compensación de aportes o descuentos por salud, pensión y solidaridad estos deben realizarse de forma obligatoria, tanto por estar establecido en la ley 100 de 1993 "ley 100 de 1993. Artículo 22. "El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno". Como por haberse ordenando en la sentencia que puso fin al proceso, a través del cual el aquí demandante logro la reliquidación de la pensión, Sentencias en las cuales se extracta que dichos descuentos deben efectuarse por toda la vida laboral del demandante

Así mismo se estableció en el SU230 DEL 29 DE ABRIL DE 2015 que los descuentos para seguridad social en salud son obligatorios, situación que no puede ser pasada por alto pro e Despacho de la seora Juez al momento de dictar sentencia

SU230 DEL 29 DE ABRIL DE 2015

Por último, como el accionante indicó que en la sentencia de casación se había resuelto que del pago del retroactivo pensional se descontara lo equivalente al valor de las cotizaciones para el sistema de seguridad social en salud, debe precisarse que tal orden tienen un sustento legal y constitucional que obliga a todos los pensionados a realizar los respectivos aportes al sistema, aún cuando no se haya recibido un servicio específico por parte del mismo, toda vez dentro de los principios rectores de la ley de seguridad social se encuentra el de solidaridad.

Adicionalmente, el aporte del 12% del valor de la mesada pensional no se convierte en una carga excesiva y desproporcionada para el pensionado, pero si representa un valioso aporte para los regímenes subsidiados y contributivos en salud.

El descuento equivalente al 12% sobre el valor de las cotizaciones para el Sistema de Seguridad Social en Salud, se encuentra conforme con los postulados legales y constitucionales, en especial, el principio de solidaridad. Además, no constituye una carga excesiva ni desproporcionada para los pensionados.

Es así como, respecto de los descuento por concepto de aportes a seguridad social se ha efectuado pronunciamiento por parte del Consejo de Estado en varias sentencias de la Sección Segunda - Sub Sección "A" especialmente la emitida por el - C.P: Luis Rafael Vergara Quintero, veintidós (22) de noviembre de dos mil doce (2012). - radicación número: 76001-23-31-000-2009-00241-01(1079-11): "tiene como fundamento el principio de sostenibilidad del Sistema General de Pensiones, toda vez que el pensionado no puede desconocer que los nuevos factores que se ordenaron incluir dentro de la liquidación de su prestación, eran recursos que, en su momento, se debieron tener en cuenta por la administración para efectuar los aportes mensuales al Sistema, pues con base en ellos se está disponiendo la liquidación de la pensión y la entidad pagadora de la pensión no puede realizar un pago sobre factores no cotizados, toda vez que la obligación de pago se deriva de los aportes con que cuenta y que fueron los que efectuó el trabajador durante su vida laboral.

La Sala estima que debe existir correspondencia entre los factores respecto de los que se hacen aportes y sobre los que se ordena realizar la liquidación de la pensión, debiendo existir identidad entre unos y otros y si, en casos como en presente, no se efectuó la cotización respecto de todos ellos, se debe hacer el descuento correspondiente, al momento de pagar las diferencias que surjan de la nueva liquidación, pues ello permite la sostenibilidad del Sistema Pensional (...).

Así las cosas, si bien es cierto al aquí demandante le fue reconocido el derecho a que su pensión le fuere reliquidada atendiendo los nuevos factores salariales percibidos en el año anterior al retiro definitivo del servicio, también cierto es que, sobre los factores que se ordenan incluir en las sentencias que ordenaron la reliquidación, el aquí demandante no realizó la cotización o aportes para seguridad social, aun cuando tenía y tiene la obligación de efectuarlo conforme a lo establecido en la mencionada ley 100 de 1993, es decir es una obligación que nace de la aplicación de una norma, siendo reafirmada por unas sentencias judiciales y bajo la premisa de mantener la sostenibilidad del sistema pensional, por lo que este es el fundamento para que la UNIVERSIDAD haya efectuado descuentos por seguridad social, (salud y pensión) y solidaridad pensional, por toda la vida laboral del (la) señor (a) LUIS EMILIO TRUJILLO ARAMBURO debidamente indexados

De otro lado, es preciso traer a colación algunos apartes señalados por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación proferida el 04 de agosto de 2010, en relación con el tema objeto de análisis:

3. **"Naturaleza jurídica de la pensión de jubilación(...)**

A su turno, la pensión de jubilación constituye una prestación social que, por regla general, se otorga al beneficiario como consecuencia lógica de haber proporcionado en forma personal, subordinada y remunerada un servicio determinado, producto de una relación laboral. Igualmente, en el transcurso de la vinculación el empleado efectúa aportes a la seguridad social con el fin de proveer por su salud, la de su familia y por supuesto precaver la ocurrencia de las circunstancias de invalidez, vejez o muerte que le permitan a futuro procurar su subsistencia y la de su núcleo familiar.

Entonces, en lo que atañe a la pensión de jubilación es válido afirmar que la misma no es una dádiva del Estado sino que constituye un salario diferido, un ahorro que hace el trabajador durante su vida laboral para que al llegar a su etapa de vejez pueda ver amparada la disminución que ocasiona esta circunstancia en su capacidad de trabajo.

(...)

4. **De las finanzas públicas(...)**

Sin embargo, las finanzas públicas no pueden convertirse en el fundamento único y determinante para limitar el acceso a las prestaciones sociales o disminuir sus garantías, pues el legislador ha previsto medidas tendientes a procurar la autosostenibilidad del sistema.

En efecto, en lo que concierne a las pensiones de jubilación y vejez se ha previsto que el trabajador efectúe aportes durante la relación laboral como requisito indispensable para acceder a tales beneficios.(...)

En este orden de ideas, la protección al erario público es un principio que debe armonizarse con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial importancia, de esta manera se logra efectivizar ambos mandatos sin necesidad de restringir excesivamente ninguno de ellos, toda vez que, como ha quedado expuesto ambos deben coexistir dentro del Estado Social de Derecho.(...)

De otro lado, se comparte la decisión del Tribunal en cuanto ordenó el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal. Esta tesis ha sido sostenida en otras oportunidades por esta Corporación, y se ha reiterado en las consideraciones de la presente sentencia, en el sentido que la referida omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional." (Negrillas propias)

De la sentencia proferida por el Consejo de Estado, es preciso extraer las siguientes conclusiones:

- Resalta a la vista que el Consejo de Estado en la sentencia de Unificación, avaló los descuentos que debe efectuar la Administradora de Pensiones sobre los factores que no fueron objeto de cotización, pero que deben ser tenidos en cuenta para la reliquidación de la prestación económica. Tan es así, que a la fecha todos los jueces ordenan a las Administradoras efectuar dichos descuentos.
- La Corte Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia que la pensión de jubilación es concebida como un ahorro que efectúa el trabajador durante toda su vida laboral para amparar las contingencias que se derivan de la vejez. Así las cosas, debe existir una correspondencia entre el esfuerzo individual de toda la vida laboral y el monto de la pensión reconocida. Lo contrario conduciría a inequidades en materia pensional, que terminan siendo subsidiadas en su totalidad por el Estado.
- Debe armonizarse la protección del erario público con los derechos laborales, lo cual se logra a través de la deducción de los aportes cuando se haga el reconocimiento prestacional, pues la omisión de la administración no puede menoscabar los derechos laborales de los trabajadores.

En ese orden de ideas, y siguiendo con la línea señalada tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Constitucional, según la cual la pensión es un ahorro que efectúa la persona durante toda la vida laboral para cubrir las contingencias de la vejez, y en virtud del principio de sostenibilidad del Sistema Financiero, los descuentos sobre los factores que no fueron objeto de cotización y que son incluidos para la liquidación de la pensión de vejez a la luz de la sentencia de unificación del Consejo de Estado, deben efectuarse sobre toda la vida laboral, pues otra interpretación conduciría a una desfinanciación del Sistema General de Pensiones y a desvirtuar la naturaleza jurídica de la pensión de jubilación.

Ahora bien, es necesario establecer si sobre dichos aportes opera el fenómeno jurídico de la prescripción, el cual ha sido definido por el código civil como el modo de extinguir las acciones y los derechos ajenos, por no haberse ejercido durante cierto lapso de tiempo. La prescripción es entonces, un modo de extinguir las obligaciones, sin embargo, debe quedar por sentado que prescribe es el derecho a presentar una reclamación.

Así lo ha señalado la doctrina, más específicamente los hermanos MAZEAUD,⁹ quienes sostienen que: *"prescribe la acción pero no la obligación. La prescripción tan solo le prohíbe al acreedor exigir el cumplimiento; lo priva de su derecho a demandar; pero por continuar obligado en conciencia el deudor, la obligación subsiste como obligación natural."*

De conformidad con lo establecido en el artículo 2535 del Código Civil, la prescripción comienza a contarse desde el día en que la obligación se ha hecho exigible, y no antes. Así lo ha señalado el Consejo de Estado, quien en sentencia del 18 de mayo de 2011, se pronunció respecto a la prescripción, en los siguientes términos: *"Para que opere el fenómeno prescriptivo se requiere que transcurra un determinado lapso durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Dicho tiempo se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible."*

De lo anterior, es claro que la figura de la prescripción es una sanción al titular del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la ley le otorga, lo que supone, en primer lugar, la evidencia de la exigibilidad y, en segundo lugar, una inactividad injustificada del titular del derecho en lograr su cumplimiento".¹⁰

En ese orden de ideas, el punto de partida de la prescripción será siempre la exigibilidad del derecho; desde el momento en que el derecho se haga exigible, podrá empezarse a contar el plazo para la aplicación de dicho fenómeno jurídico, pues la prescripción obedece en sí misma a una sanción por no ejercer el derecho.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Pensiones se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general.

En una primera instancia, la Ley 33 de 1985 estableció: *"Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio."*

Así mismo el Decreto 1158 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, estableció el Ingreso Base de Cotización de los empleados públicos docentes, no docentes y los trabajadores oficiales, el cual señala de forma taxativa como factores constitutivos del mismo los siguientes: a) *La asignación básica mensual;* b) *Los gastos de representación;* c) *La prima técnica, cuando sea factor de salario;* d) *Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;* e) *La remuneración por trabajo dominical o festivo;* f) *La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;* g) *La bonificación por servicios prestados.*

Con ocasión de las normas anteriormente mencionadas, no podía la Universidad efectuar descuentos por aportes no contemplados en la Ley y que hoy son objeto de reliquidación; la posibilidad de efectuar dichos descuentos, surge con la sentencia del Consejo de Estado del 04 de agosto de 2010, pero sólo se hace exigible a la Universidad al momento de reconocer la pensión de jubilación en virtud del régimen de transición y en aplicación de dicha jurisprudencia, pues sólo a raíz del reconocimiento prestacional se faculta a una entidad a efectuar los descuentos sobre los aportes no cotizados.

Ahora bien, como se señaló anteriormente, el no haber efectuado los descuentos sobre los factores mencionados, no es un hecho que le sea imputable al empleador y por lo tanto no puede ser considerado como un yerro de la administración, pues era la misma ley la que permitía efectuar descuentos sobre dichos factores.

Así las cosas, no puede trasladarse la totalidad de la carga sobre la base que existió una omisión de la Universidad Nacional de Colombia, pues esto no obedece a la realidad: los descuentos sobre los factores mencionados no fueron objeto de cotización porque

⁹ HENRI, León y Jean MAZEAUD, Lecciones de Derecho Civil, parte II, vol. III, ob. Cit., pág. 431 y 432.

¹⁰ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda Subsección A – 18 de mayo de 2011 – Magistrado Ponente Gustavo Eduardo Gomez Aranguren- Rad. 50001-23-31-000-2006-00945-01

Calle 44 No. 45-67, EDIFICIO CAMILO TORRES, Bloque C Módulo 6

Teléfono: (57-1) 316 5268 Conmutador: (57-1) 316 5000 Ext: 10974 -10971

Correos electrónicos: notificaciones_juridica_bog@unal.edu.co <pensiones@unal.edu.co, notificaciones_juridica_nal@unal.edu.co, >

dirjn_nal@unal.edu.co

Bogotá, Colombia, Sur América

Carrera 7 No 17-01 Of. 850 Cel. 3143945276 Bogotá, D.C.

la ley no lo permitía mas no por una falla de la administración, luego no siendo imputable el error a la administración, la carga debe ser asumida tanto por el trabajador como por el empleador, en los porcentajes que le corresponde a cada uno, y con valores presentes que financien la reliquidación pensional en los términos señalados por el Consejo de Estado.

2.6.4. DE LOS DESCUENTOS CON DESTINO AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

En cuanto a los rubros por concepto de aportes en salud, y su legalidad es preciso traer a colación la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 22 de noviembre de 2012, con ponencia del Honorable Magistrado LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, radicado 76001-23-31-000-2009-00241-01(1079-11), mediante la cual se pronunció respecto a los descuentos al Sistema General de Seguridad Social, señalando lo siguiente: *....." Ahora bien, en lo que respecta a los factores que no se tuvieron en cuenta para realizar aportes al Sistema General de Pensiones, pero que si se ordenaron incluir en la liquidación de la pensión en la sentencia de primera instancia, la sala considera que de la suma que se ordene reconocer a la demandante por concepto de las diferencias que surjan con ocasión de la reliquidación de su pensión de vejez, se debe ordenar hacer los descuentos sobre los factores respecto de los cuales no se hicieron aportes al Sistema.....La anterior decisión tiene como fundamento el principio de sostenibilidad del Sistema General de Pensiones, toda vez que el pensionado no puede desconocer que los nuevos factores que se ordenaron incluir dentro de la liquidación de su prestación, eran recursos que en su momento se debieron tener en cuenta por la administración para efectuar los aportes mensuales al Sistema pues con base en ellos se está disponiendo la liquidación de la pensión y la entidad pagadora de la pensión no puede realizar un pago sobre factores no cotizados, toda vez que la obligación de pago se deriva de los aportes con que cuenta y que fueron los que efectuó el trabajador durante su vida laboral. La Sala estima que debe existir correspondencia entre los factores respecto de los que se hacen aportes y sobre las que se ordena realizar la liquidación de la pensión, debiendo existir identidad entre unos y otros y si, en casos como en presente, no se efectuó la cotización respecto de todos ellos, se debe hacer el descuento correspondiente, al momento de pagar las diferencias que surjan de la nueva liquidación, pues ello permite la sostenibilidad del sistema pensionar*

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado resolvió: *"ADICIÓNASE el numeral 4° de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 5 de noviembre de 2010 que accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso promovido por Luz Daris Portocarrero Reina contra la Caja Nacional de Previsión Social, así: Sobre los nuevos factores a tener en cuenta para el reconocimiento de la liquidación de la pensión de sobrevivientes reconocida a la señora Luz Daris Portocarrero Reina, la Caja Nacional de Previsión Social deberá realizar los descuentos por concepto de aportes destinados para el Sistema de Seguridad Social en Salud. Así mismo, sobre los nuevos factores a tener en cuenta en la respectiva liquidación de la pensión, deberán realizarse los descuentos por concepto de los aportes que no se hubieran efectuado al Sistema General de Pensiones, de conformidad con lo manifestado en las consideraciones"(Subraya y negrilla fuera del texto original).*

Con lo anterior, queda claro que los descuentos sobre los factores que son tenidos en cuenta para efectos de la reliquidación de las pensiones de jubilación, deben realizarse por concepto no sólo de pensión sino también de salud, pues los mismos tienen sustento en el principio de solidaridad que rige el Sistema General de Salud.

Vale la pena resaltar que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el ingreso base de cotización debe ser igual tanto en salud como en pensión, razón por la cual al efectuar los descuentos de pensión deben realizarse también los descuentos de salud, tal como lo ordenó el Consejo de Estado en la mencionada sentencia, en virtud del principio de solidaridad.

Así mismo, es preciso señalar que el artículo 8 de la Ley 100 de 1993 establece: "ARTICULO So. CONFORMACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL. El Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley

Dado lo anterior, y el hecho de que del Sistema de Seguridad Social este concebido como un sistema integral (Que está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales), es importante aclarar que el Fondo Pensional de la Universidad Nacional en ningún momento le ha dado una destinación diferente a los recursos descontados por concepto de salud, por el contrario, tal y como se estableció en el artículo 3° de la resolución recurrida, se giraron con destino a UNISALUD los valores descontados por concepto de los aportes de Seguridad Social Salud sobre los cuales no se realizaron las efectivas cotizaciones.

Para dicho fin es preciso traer a colación la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 7 de marzo de 2013, con ponencia del Honorable Magistrado LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, radicado 76001-23-31-000-2009-00241-01(1079-11), mediante la cual se pronunció respecto a los descuentos al Sistema General de Seguridad Social, señalando lo siguiente:

"Ahora bien, en lo que respecta a los factores que no se tuvieron en cuenta para realizar aportes al Sistema General de Pensiones, pero que si se ordenaron incluir en la liquidación de la pensión en la sentencia de primera instancia, la sala considera que de la suma que se ordene reconocer a la demandante por concepto de las diferencias que surjan con ocasión de la reliquidación de su pensión de vejez, se debe ordenar hacer los descuentos sobre los factores respecto de los cuales no se hicieron aportes al Sistema.

La anterior decisión tiene como fundamento el principio de sostenibilidad del Sistema General de Pensiones, toda vez que el pensionado no puede desconocer que los nuevos factores que se ordenaron incluir dentro de la liquidación de su prestación, eran recursos que en su momento se debieron tener en cuenta por la administración para efectuar los aportes mensuales al Sistema pues con base en ellos se está disponiendo la liquidación de la pensión y la entidad pagadora de la pensión no puede realizar un pago sobre factores no cotizados, toda vez que la obligación de pago se deriva de los aportes con que cuenta y que fueron los que efectuó el trabajador durante su vida laboral.

La Sala estima que debe existir correspondencia entre los factores respecto de los que se hacen aportes y sobre los que se ordena realizar la liquidación de la pensión, debiendo existir identidad entre unos y otros y si, en casos como en presente, no se efectuó la cotización respecto de todos ellos, se debe hacer el descuento correspondiente, al momento de pagar las diferencias que surjan de la nueva liquidación, pues ello permite la sostenibilidad del sistema pensionar".

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado resolvió: "ADICIÓNASE el numeral 4° de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 5 de noviembre de 2010 que accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso promovido por Luz Daris Portocarrero Reina contra la Caja Nacional de Previsión Social, así: Sobre los nuevos factores a tener en cuenta para el reconocimiento de la liquidación de la pensión de sobrevivientes reconocida a la señora Luz Daris Portocarrero Reina, la Caja Nacional de Previsión Social deberá realizar los descuentos por concepto de aportes destinados para el Sistema de Seguridad Social en Salud. Así mismo, sobre los nuevos factores a tener en cuenta en la respectiva liquidación de la pensión, deberán realizarse los descuentos por concepto de los aportes que no se hubieran efectuado al Sistema General de Pensiones, de conformidad con lo manifestado en las consideraciones"(Subraya y negrilla fuera del texto original).

Con lo anterior, queda claro que los descuentos sobre los factores que son tenidos en cuenta para efectos de la reliquidación de las pensiones de jubilación, deben realizarse por concepto no sólo de pensión sino también de salud, pues los mismos tienen sustento en el principio de solidaridad que rige el Sistema General de Salud.

Vale la pena resaltar que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el ingreso base de cotización debe ser igual tanto en salud como en pensión, razón por la cual al efectuar los descuentos de pensión deben realizarse también los descuentos de salud, tal como lo ordenó el Consejo de Estado en la mencionada sentencia, en virtud del principio de solidaridad.

Así mismo se estableció en el SU230 DEL 29 DE ABRIL DE 2015 que los descuentos para seguridad social en salud son obligatorios, situación que no puede ser pasada por alto pro e Despacho de la seora Juez al momento de dictar sentencia

SU230 DEL 29 DE ABRIL DE 2015

Por último, como el accionante indicó que en la sentencia de casación se había resuelto que del pago del retroactivo pensional se descontara lo equivalente al valor de las cotizaciones para el sistema de seguridad social en salud, debe precisarse que tal orden tienen un sustento legal y constitucional que obliga a todos los pensionados a realizar los respectivos aportes al sistema, aún cuando no se haya recibido un servicio específico por parte del mismo, toda vez dentro de los principios rectores de la ley de seguridad social se encuentra el de solidaridad.

Adicionalmente, el aporte del 12% del valor de la mesada pensional no se convierte en una carga excesiva y desproporcionada para el pensionado, pero sí representa un valioso aporte para los regímenes subsidiados y contributivos en salud.

El descuento equivalente al 12% sobre el valor de las cotizaciones para el Sistema de Seguridad Social en Salud, se encuentra conforme con los postulados legales y constitucionales, en especial, el principio de solidaridad. Además, no constituye una carga excesiva ni desproporcionada para los pensionados

2.6.5. DE LOS DESCUENTOS POR CONCEPTO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL

Ahora bien, en cuanto a los descuentos efectuados por concepto de solidaridad a partir del 1º de abril de 1994, correspondientes a los aportes que se debieron efectuar durante toda la vida laboral, la Ley 100 de 1993 en el artículo 27, modificado por el artículo 8 de la Ley 797 de 2003, en el numeral 1 literal a) y en el numeral 2 literal a y b, estableció lo siguiente:

ARTÍCULO 27. RECURSOS. <Artículo modificado por el artículo 8 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> El fondo de solidaridad pensional tendrá las siguientes fuentes de recursos:

1. Subcuenta de solidaridad

a) El cincuenta por ciento (50%) de la cotización adicional del 1% sobre la base de cotización, a cargo de los afiliados al sistema general de pensiones cuya base de cotización sea igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes;

2. Subcuenta de Subsistencia

a) Los afiliados con ingreso igual o superior a 16 salarios mínimos legales mensuales vigentes, tendrán un aporte adicional sobre su ingreso base de cotización, así: de 16 a 17 smmlmv de un 0.2%, de 17 a 18 smmlmv de un 0.4%, de 18 a 19 smmlmv de un 0.6%, de 19 a 20 smmlmv de un 0.8% y superiores a 20 smmlmv de 1% destinado exclusivamente a la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional de que trata la presente ley;

b) El cincuenta (50%) de la cotización adicional del 1% sobre la base de cotización, a cargo de los afiliados al sistema general de pensiones cuya base de cotización sea igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes;

2.6.6. DESDE CUANDO DEBEN EFECTUARSE LOS DESCUENTOS PARA SEGURIDAD SOCIAL Y FONDO DE SOLIDARIDAD

Claro entonces señor Juez que no tiene discusión que deben efectuarse descuentos para seguridad social (salud y pensión) y fondo de solidaridad, tanto por mandato legal, como por lo ordenando en las sentencias que ponen fin al proceso de reliquidación pensional, en los que se ordenó incluir nuevos factores, procederé ahora a sustentar el pro que dichos descuentos deben efectuarse por todo el tiempo en que duro la relación laboral entre el aquí demandante y mi representada UNIVERSIDAD NACIONAL y que además dichos descuentos deban ser debidamente indexados.

Sobre el tema de que los descuentos para seguridad social y fondo de solidaridad deben efectuarse por toda la vida laboral del aquí demandante debidamente indexados, se ha pronunciado ampliamente el Consejo de estado, siendo uno de stos pronunciamientos, la providencia del 5 de diciembre de 2013, la Subsección "B", de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicado interno 1846-2013 en la que se explicó:

"Ahora bien, al demandante en el recurso de alzada solicitó aclarar el proveído impugnado en el sentido de precisa desde cuándo se deben efectuar los descuentos por aportes, teniendo en cuenta que como en este caso se está aplicando el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; también considero necesario especificar que el trabajador únicamente debe cubrir el 25% de las cotizaciones, porque el 75% restante está a cargo del empleador, estableciendo algunos factores se causan anualmente y otros mensualmente.

Comparte la Sala la decisión del A quo en el sentido de indicar que las deducciones por conceptos de aportes proceden respecto del lapso que la demandante estuvo vinculada laboralmente, pues las cotizaciones o aportes atañen a aquellos pagos mensuales que debe efectuar el afiliado a lo largo del tiempo que preste sus servicios, como un porcentaje de los ingresos recibidos, con destino a la entidad administradora respectiva y constituyen la fuente de financiamiento de los beneficios pensionales Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 1 de marzo de 2012, radicación No. 68001-23-15-000-1999-02627-01(2175-08), actor: Jorge Bernabe Cabeza y Otros, Demandado: Municipio de Bucaramanga.

Ahora bien, el artículo 3 de la Ley 3 de la ley 33 de 1985 dispuso que "todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión", por su parte el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, estableció que los empleadores pagarán el 75% de la cotización total, o sea, las tres cuartas partes y los trabajadores el 25% restante, es decir, una cuarta parte. En consecuencia, las deducciones por concepto de aportes sobre los factores cuya inclusión se ordena para efectos pensionales, se harán en la cuantía que le correspondía asumir a la demandante en su condición de empleada".

Igualmente el Consejo de Estado en sentencia de la Subsección "A" – Sección Segunda, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, del nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014) - Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00014- 01(1849-13) estableció que:

"4.1. Los descuentos para seguridad social en pensiones, de aquellos factores que se ordena incluir para calcular el ingreso base de liquidación de la pensión del actor, respecto de los cuales -en su momento- no se realizaron cotizaciones.

En el caso bajo estudio, el a quo ordenó a la liquidadora de la Entidad de previsión, "relíquidar sobre el nuevo valor de la pensión los reajustes de ley y realizar los descuentos de los aportes a pensión frente a los factores cuya inclusión se ordenó en esta providencia y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, de acuerdo con la normatividad aplicable para el caso y teniendo en cuenta el porcentaje que corresponda sufragar al trabajador."

No discute la Sala que la posición del Colegiado de primera instancia es ajustada a la doctrina sentada de antaño por esta Corporación, según la cual, "procede el descuento de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal" 6.

Se ha establecido entonces, en múltiples pronunciamientos, 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 prestacional.

Lo anterior debido a que el Acto Legislativo No. 01 de 2005, que modifica el artículo 48 de la Carta Política, dentro de las vías que introdujo para mantener la sostenibilidad financiera del sistema pensional, señaló que "[P]ara la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones".



Por ello, siendo consecuentes con el anterior propósito y teniendo en cuenta que eventualmente, en casos como el sub examine, 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, para esta Sala resulta necesario que los valores a retener y/o deducir, de aquellos sobre los que no se cotizó y que se tendrán en cuenta para reliquidar la pensión del accionante, sean actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario, de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y al actor (pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo), de lo contrario se trataría de sumas depreciadas, que en vez de coadyuvar a la sostenibilidad fiscal en materia pensional, ahondarían la problemática.

Ahora bien, en lo que concierne a la deuda a cargo de la parte actora, la entidad demandada procederá a realizar los descuentos sobre el valor del retroactivo producto del reconocimiento del mayor valor derivado de la reliquidación pensional con la inclusión de los nuevos factores; y si con ello no se satisficiera la totalidad de la deuda que al demandante le corresponde, se efectuarán una serie de descuentos mensuales, iguales, hasta completar el capital adeudado.

Los mencionados descuentos deberán ser acordes con las circunstancias y condiciones económicas del actor, dada la cuantía de su pensión; esto a efectos de no causar traumatismo a su ingreso y en consecuencia, a su manutención y la de quienes de él dependen económicamente."

2.6.7. De todo lo anterior, es dable concluir la Caja de Previsión de la Universidad Nacional de Colombia hoy FONDO PENSIONAL, se encontraba e encuentra facultada para establecer los aportes con destino a la misma y efectuar los descuentos respecto de los factores incluidos ya sea en la sentencia o en el reconcomiendo de la pensión, sin que medie la misma, descuentos que deben efectuarse por toda la vida laboral del ex trabajador hoy pensionado sin que se pueda llegar a aplicar el fenómeno de la prescripción sobre los mismos

2.6.8. FALLOS EN LOS QUE SE HAN ORDENADO LOS DESCUENTOS PSRA SEGURIDAD SOCIAL (SALUD Y PENSIÓN) Y FONDO DE SOLIDARIDAD POR TODA LA VIDA LABORAL

Por último es preciso señalar que el precedente judicial respecto a la forma de efectuar los descuentos en aplicación de la sentencia de unificación del Consejo de Estado no ha sido unificado y a la fecha el Fondo Pensional cuenta con fallos en diversos sentidos como los que se traen a colación:

TODA LA VIDA LABORAL MANIZALES (Carlos Ariel Valencia Valencia)

Mediante Sentencia del 06 de febrero de 2012 el Juzgado Octavo Administrativo de Descongestión de Manizales ordenó a la Universidad Nacional de Colombia reliquidar la pensión del señor CARLOS ARIEL VALENCIA VALENCIA y efectuar los descuentos sobre factores que no se hicieron los respectivos aportes de la siguiente manera.

En el evento de no haberse pagado la totalidad de los aportes, la Universidad Nacional de Colombia- Fondo Pensional, realice las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas.

El Tribunal Administrativo de Caldas sala de Descongestión, a través del fallo proferido el 16 de noviembre de 2012 confirmó parcialmente la sentencia del 06 de febrero de 2012, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de Descongestión ordenando lo siguiente:

"Adiciónese la sentencia confirmada en el sentido de que después de realizada la reliquidación, descuento lo aportes no realizados sobre los factores incluidos en el porcentaje que corresponden por ley vigente al empleado. Para el efecto, tendrá en cuenta el monto de cada factor salarial que no registra aportes y que fueron devengados durante la existencia de la relación laboral, conforme a lo consignado en procedencia."

En la parte motiva de la sentencia estipulo lo siguiente:

"Por razones de justicia, equidad y solidaridad el empleado debe ayudar en la financiación de los ingresos futuros recibidos a título de pensión. Sin embargo, los descuentos por aportes sobre la reliquidación no son arbitrarios, deben responder al porcentaje previsto en la ley para el empleado."

"..."

"Vale decir, la administración debe regirse por la norma vigente en cada momento del transcurso de la relación laboral que según pruebas antes referenciadas, primero fue del 1º de octubre de 1979 al 31 de octubre de 1983, luego del 20 de junio de 1988 al 19 de octubre de 1988 y finalmente del 05 de diciembre de 1988 al 30 de abril de 2008.

TODA LA VIDA LABORAL BOGOTÁ (Nancy Trujillo Manrique)

El Juzgado Noveno Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá a través del fallo proferido 31 de agosto de 2012, ordenó lo siguiente:

"... deberá ordenarse que de la nueva liquidación que se disponga, se haga el descuento del valor de los aportes no realizados, sobre los factores salariales certificados, si hubiere lugar a ello."

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "E", Sala de Descongestión a través del fallo judicial del 26 de noviembre de 2013 decidió que:

"...se realizarán los descuentos por aportes a pensión no efectuados sobre los factores salariales que se reconocen en esta sentencia, por todo el tiempo de servicio prestado y su monto será cancelado en la proporción que corresponda a la empleada de acuerdo con las disposiciones vigentes durante los períodos cotizados con anterioridad al (1º) de abril de 1994, y con posterioridad a esa fecha, el porcentaje será el indicado en el artículo 21 del Decreto 692 de 1994, de acuerdo con la motivación."

De igual manera en la parte motiva de la sentencia del Tribunal se establece lo siguiente:

Cuando se ordena la inclusión de los factores salariales en la reliquidación de la pensión sobre los cuales no se hayan realizado las respectivas deducciones, en virtud de lo establecido en el artículo 99 antes citado, deberán descontarse los mismos por el (sic) todo

el tiempo de servicios prestados por el trabajador, disposición normativa que implica la protección de las finanzas públicas y el equilibrio económico del Estado, que podría verse menoscabado sino se ordenara efectuar tales descuentos.

En tal virtud, en cuento al monto de las cotizaciones que se deben realizar al sistema general de pensiones respecto a los aportes dejados de pagar antes del 1° de abril de 1994, estas se registrarán por las mismas disposiciones vigentes con anterioridad a la mencionada fecha, y sobre aquellas cotizaciones realizadas a partir del 1° de abril de 1994, el monto a cancelar corresponderá a la siguiente proporción: por parte del empleador es del 75% y por parte del empleado es del 25%, por lo anterior en armonía con lo establecido en el artículo 21 del Decreto 692 de 1994.

Así, de los derroteros señalados la Sala arriba a la conclusión que la empresa administradora de pensiones dispone de normatividad suficiente para reclamar, se insiste, no del trabajador o asalariado sino del empleador, el pago de los aportes dejados de cancelar, sin que haya lugar a decretar la prescripción alguna a favor del trabajador, pues la administración efectuaba los descuentos en la forma como la norma lo establece, pues el hecho que ahora se permita liquidar las prestaciones pensionales con la inclusión de factores salariales obedece a un cambio de criterio de jurisprudencia de lo contencioso administrativo, que como se indicó también protegió las finanzas públicas ordenando tales descuentos de aportes a pensión.

TODA LA VIDA LABORAL sentencia de segunda instancia del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS Magistrado ponente CARLS MANUEL ZAPATA JAIME PROCESO 17001-33-33-003-2012-00143-02 Nulidad y Restablecimiento del Derecho "Los anteriores pronunciamientos permiten inferir, que siempre debe haber correspondencia entre las cotizaciones efectuadas y la prestación periódica, razón adicional para considerar que el descuento por aportes debe hacerse por el tiempo que duró el vínculo laboral; y nótese además, como ninguna de las providencias trasuntadas hace relación a algún tipo de prescripción, dejando entrever, como se dijo, que la deducción procede por todo el tiempo que el empleado mantuvo su relación laboral."

2.6.9. De todo lo anterior, es dable concluir que la Caja de Previsión de la Universidad Nacional de Colombia, se encontraba e encuentra facultada para establecer los aportes con destino a la misma y efectuar los descuentos respecto de los factores incluidos ya sea en la sentencia o en el reconcomiendo de la pensión sin que medie la misma descuentos que deben efectuarse por toda la vida laboral del ex trabajador hoy pensionado sin que se pueda llegar a aplicar el fenómeno de la prescripción sobre los mismos

2.7. RESPECTO DE LA NO APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA SENTENCIA DE UNIFICACION DEL 4 DE AGOSTO DE 2010:

En este caso la pensión al demandante fue concedida en el año 2008 y por lo tanto no sería de aplicación la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, pues para la fecha de adquisición del derecho no se había expedido la mencionada jurisprudencia, esto en razón al principio de la irretroactividad de la jurisprudencia, es decir que la jurisprudencia no puede ser aplicada de forma retroactiva, "En estos casos, se hace referencia al artículo 45 de la Ley 270 de 1996 - Estatutaria de Administración de Justicia -, la cual señala que las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control tienen efectos hacia futuro, a menos que la Corte resuelva lo contrario. Pero en este evento, observamos que la Sentencia C-428 de 2009 no estableció ningún efecto particular en cuanto a la vigencia de la decisión, esto genera controversia, por cuanto otorgar validez a la aplicación del precepto declarado inconstitucional contraería el desconocimiento de los efectos de la cosa juzgada constitucional prevista en el artículo 243 Superior"

2.8. A LAS NORMAS VIOLADAS:

La parte demandante invoca una serie de normas sin especificar en qué consiste la violación alegada; siendo dicha violación completamente inexistente y contraria a la realidad, ya que para efectos del reconocimiento pensional que hizo la Universidad, a la parte actora, se aplicaron las normas correspondientes, principalmente el artículo 48 de la Constitución Política, incluida la adición hecha por el Acto Legislativo No 1 de 2005 y las Leyes 33 de 1985 y 100 de 1993.

Sin embargo, es necesario precisar ciertas inconsistencias, que pueden demostrar el desconocimiento frente al derecho reclamado o peor aún, la intención de inducir al error en el fallo.

3. EXCEPCIONES

En defensa de la UNIVERSIDAD NACIONAL que represento me permito proponer las siguientes excepciones a fin de que declarándose debidamente probadas sede por terminado el proceso y se condene a los demandantes al pago de las costas, gastos y perjuicios que resultaren probados

3.1. EXCEPCIONES PREVIAS

Encontrándome dentro de la oportunidad prevista por el CPACA me permito proponer contra la demanda que dio origen al proceso de la referencia las excepciones previas que denomino **INEPTA DEMANDA POR FALTA DE RECLAMACION ADMINISTRATIVA Y/O AGOTAMIENTO VÍA GUBERNATIVA**, la cual sustentó así:

3.1.1. INEPTA DEMANDA POR FALTA DE RECLAMACION ADMINISTRATIVA O AGOTAMIENTO VÍA GUBERNATIVA

Es claro que en el presente asunto la demandante no agotó el requisito de procedibilidad del agotamiento de la reclamación administrativa respecto de la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores devengados durante el último año de servicio conforme a lo establecido en la ley 33 de 1985, pues no obra prueba alguna en el proceso, ni en el expediente administrativo que permita establecer que efectivamente el aquí demandante directamente o por interpuesta persona haya efectuado la reclamación respectiva ante el UNIVERSIDAD NACIONAL –FONDO PENSIONAL, no agotándose esta etapa y así permitirle a la demandada pronunciarse al respecto.

Obsérvese señor Juez que no existió reclamación administrativa respecto de la reliquidación o liquidación de la pensión con la inclusión de todo lo devengando en el último año de servicio aplicando el 75% establecido en la ley 33 de 1985, ya que el reconocimiento y reliquidación de la pensión se dio así:



Se emitieron las resoluciones CPS0339 del 6 de octubre de 2008 por parte de la UNIVERSIDAD NACIONAL para reconocer la pensión del aquí demandante y modificar la primera respecto a la fecha de reconocimiento.

Así las cosas no existe escrito en el que se observe que la demandante haya efectuado reclamación alguna o derecho de petición encaminado a obtener la reliquidación de la pensión con o devengado en el último año de servicio con el 75% aplicando la ley 33 de 1985, como ahora lo pretende en la demanda, por lo que claro es que no existió reclamación administrativa o agotamiento de vía gubernativa al respecto y así las cosas debe prosperar esta excepción.

Dentro del expediente pensional, (que se aporta junto con este escrito), del aquí demandante no reposa ningún tipo de reclamación efectuada por el aquí demandante, a través de la cual este solicite a la UNIVERSIDAD NACIONAL la reliquidación de la conforme a lo establecido en la ley 33 de 1985 y la SU del 4 de agosto de 2010 teniendo en cuenta lo devengado en el último año de servicio por lo que es claro que no existió agotamiento de vía gubernativa

Por lo que se debe dar aplicación a o Manifestado por el CONSEJO DE ESTADO respecto de la congruencia entre lo pedido en vía gubernativa con lo pedido en la demanda y por consiguiente declararse la prosperidad de esta excepción

VIA GUBERNATIVA - Requisito de procedibilidad para acudir ante la sede de lo contencioso administrativo / REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD - Agotamiento de la vía gubernativa ante la misma administración / AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA - Eventos / RECURSOS EN VIA GUBERNATIVA - Procedencia / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Puede incluir nuevos argumentos y fundamentos de hecho y de derecho a los cuales no hizo mención al interponer los respectivos recursos en la vía gubernativa

El artículo 135 del C.C.A. condiciona la solicitud de nulidad de un acto administrativo de carácter particular, y por ende el restablecimiento del derecho del actor, al agotamiento de la vía gubernativa ante la misma administración, la cual finaliza mediante acto expreso o presunto por silencio negativo. Se trata entonces de un requisito de procedibilidad necesario para acudir ante esta Jurisdicción el cual, lejos de ser una mera exigencia formal del derecho de acción, es un presupuesto que permite a la Administración efectuar un pronunciamiento previo a ser llevada a juicio y que como tal le genera la confianza legítima de que por razones no discutidas no va a ser sorprendida. A su vez, es concebido en dos sentidos, a) como una garantía y b) como una obligación. Lo primero porque constituye un instrumento del cual goza el administrado para que las decisiones adoptadas por la administración, a través de un acto administrativo particular que perjudique sus intereses, sean reconsideradas por ella misma sin necesidad de acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, es decir, se busca que la administración pueda enmendar los posibles errores subyacentes en sus propios actos administrativos sin necesidad de acudir a la vía judicial. Ahora bien, el artículo 63 del C.C.A. consagra que se agota la vía gubernativa: i) cuando contra los actos administrativos no proceda ningún recurso, ii) cuando siendo procedentes los recursos ya fueron decididos y iii) cuando los actos administrativos queden en firme por no haberse interpuesto los recursos de reposición o queja. Sin embargo, no solo el uso de los recursos agota la vía gubernativa, pues la Ley ha consagrado algunos modos de impugnar que cumplen el mismo cometido. En todo caso, para que se cumpla este requisito de procedibilidad, resulta necesario que el administrado exprese con claridad el objeto de su reclamación o los motivos de su inconformidad, según el caso, pues lo que se busca con dicha exigencia es que ante los jueces no se inicien conflictos no planteados previamente ante la administración. No quiere ello decir que sea imposible exponer ante la jurisdicción argumentos nuevos para defender la misma pretensión invocada en sede administrativa, siempre que no se cambie el objeto de la petición. Así las cosas la persona que acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para interponer una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, podrá incluir nuevos argumentos y fundamentos de hecho y de derecho a los cuales no hizo mención al interponer los respectivos recursos en la vía gubernativa. Lo que no le es dable al demandante es incluir pretensiones distintas a las que adujo en sede administrativa o variar sustancialmente la reclamación. Vistos el contenido de las solicitud que presentó el demandante en sede administrativa, la respuesta de la entidad y el objeto de la demanda; la Sala concluye -como lo hizo el Tribunal de instancia- que en este caso el demandante no cumplió con el requisito de procedibilidad, en la medida en que la pretensión que formuló en la demanda difiere sustancialmente del objeto de la solicitud que elevó en sede administrativa, encaminada a la obtención de las copias de unos documentos y de la información sobre los fundamentos que tuvo la Contraloría para cambiarlo de régimen de cesantías; en detrimento de la congruencia que debe existir entre lo solicitado en la vía gubernativa y lo pedido en la posterior demanda contenciosa.

3.2. EXCEPCIONES DE FONDO

3.2.1. EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE LA RELIQUIDACION DE LA PENSIÓN CON LO DEVENGADO EN EL ULTIMO AÑO DE SERVICIO EN APLICACIÓN DE LA SENTENCIA SU 230 DEL 29 DE ABRIL DE 2015, LA SU427 DE AGOSTO DE 2016 Y LA SU395 DE 2017 DE LA SALA PLENA CORTE CONSTITUCIONAL

Téngase en cuenta señor Juez que, cierto es que las personas que quedaron amparadas por el régimen de transición creado por el Artículo 36 de la ley 100 de 1993, adquirieron el derecho a jubilarse con fundamento en el régimen pensional al cual se encontraban afiliados al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, es decir la ley 100/93, el cual establecía que:

Artículo 36....."La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley."

Así las cosas, antes de entrar en vigencia la ley 100 de 1993), las pensiones de los servidores públicos, como el del presente caso, se regía por lo dispuesto en la ley 33 de 1985, que en su artículo 1º:

"Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. (Texto original sin negrillas).

"No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

"...")

Pero debe tenerse en cuenta que dicho régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, solo se mantenía respecto de **La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez**, mas no respecto al IBL, ya que claramente lo establece el artículo mencionado, el IBL se establece de conformidad con las reglas de la Ley 100 de 1993, es decir con base en el promedio de los salarios devengados por el trabajador durante los últimos 10 años, o en el tiempo que le hacía falta para adquirir el derecho a la pensión si éste fuere menor, y no teniendo en cuenta el promedio de los salarios devengados en el último año, posición que es confirmada por la Corte Constitucional mediante sentencia SU 230 DEL 29 DE ABRIL DE 2015 concluyendo La Sala Plena de la Corte Constitucional que "el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en el régimen general, las que deben aplicarse para establecer el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca. De otro lado, resaltó que mediante auto A-326 de 2014, por el cual se resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T-078 del mismo año, la Sala reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido en que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación"

EXPEDIENTE T-3.558.256 - SENTENCIA SU-230/15 (abril 29) M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

"La Sala Plena estudió la acción de tutela interpuesta por el señor Salomón Cicerón Quintero Rodríguez en contra de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Banco Popular S.A., por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital, al ordenar que la liquidación de su mesada pensional se realizara con base en el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años (Ley 100 de 1993, artículo 36), y no teniendo en cuenta el promedio de los salarios devengados en el último año (artículo 1° Ley 33 de 1985), como, según el actor, correspondía. Comunicado No. 16. Corte Constitucional. Abril 29 y 30 de 2015. 4. El actor señaló que su empleador, así como los jueces laborales, aplicaron indebidamente el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 incisos 2° y 3°, el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, 1° de la Ley 62 de 1985, artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, y artículos 68 y 75 del Decreto 1848 de 1969, pues su pensión debía ser liquidada teniendo en cuenta el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio en el que se incluyen todos los factores salariales. Alegó que el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 conservó para sus beneficiarios la aplicación de la norma anterior, en lo relativo a edad, tiempo de servicios y monto de la prestación, pero no en lo relacionado con el ingreso base de liquidación. A este respecto la Sala Plena encontró que la sentencia C-258 de 2013 fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en aquél régimen general, las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca. De otro lado, resaltó que mediante auto A-326 de 2014, por el cual se resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T-078 del mismo año, la Sala reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido en que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, concluyó que en el caso del actor no hubo vulneración de su derecho al debido proceso, pues no se estructuró el defecto sustantivo alegado, ya que si bien existía un precedente jurisprudencial que seguían las Salas de Revisión para resolver problemas jurídicos como el que ahora el actor pone a consideración de la Corte, lo cierto es que esa postura cambió a partir de los recientes pronunciamientos de la Sala Plena, que fijan un precedente interpretativo sobre el alcance de los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Con base en lo anterior, la Sala resolvió confirmar la sentencia de segunda instancia, que denegó la tutela interpuesta por el actor contra la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Banco Popular.

Teniendo en cuenta lo expuesto, esta Sala evidencia que en el caso del actor no existe vulneración de su derecho al debido proceso, específicamente, no se estructuró el defecto sustantivo alegado, en razón a que si bien existía un precedente jurisprudencial que seguían las salas de revisión para resolver problemas jurídicos como el que ahora el actor pone a consideración de la Corte, lo cierto es que dicho precedente cambió a partir de los recientes pronunciamientos de la Sala Plena, en donde fijan un precedente interpretativo sobre el alcance de los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Sobre este punto, la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia objeto de reproche, realiza el siguiente análisis:

"Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por reiterado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión. Y que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por tales disposiciones legales, sino que pasa a ser regido, en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho por el inciso 3° del artículo 36 citado"

Como se observa esta interpretación de la Sala Laboral del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria no contraría la reciente interpretación que fijó la Sala Plena de la Corte Constitucional acerca del IBL en el régimen de transición y, por eso, no se estructura el defecto sustantivo alegado

Al respecto, afirmó la Sala Segunda de Revisión que la Sala Plena de esta Corporación mediante Sentencia C-258 de 2013¹² estableció que la aplicación ultractiva de los beneficios del régimen de transición solo se refería a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, pero no al IBL.

Por eso, concluyó, existe un precedente a seguir en la materia, en particular cuando el conflicto versa sobre la aplicación integral del régimen especial que invoca el actor y el alcance que la Corte le otorgó al régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993 en el sentido de que el IBL no forma parte de este.

Aunque la interpretación de las reglas del IBL establecidas en la Sentencia C-258 de 2013¹³ se enmarcan en el análisis del régimen especial consagrado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, con fundamento (i) en que dicho régimen vulneraba el derecho a la igualdad al conceder privilegios a una de las clases más favorecidas de la sociedad y (ii) en la medida en que el régimen especial de congresistas y magistrados contiene ventajas desproporcionadas frente a los demás regímenes especiales, ello no excluye la interpretación en abstracto que se realizó sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en este las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca.

Además señor Juez téngase en cuenta que, el régimen de transición a que alude el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sólo deja a salvo, los requisitos relacionados con la edad, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto, los cuales se deben regir por las disposiciones legales anteriores a la citada ley, pero no el salario base de liquidación de la mesada pensional, el que se obtiene según los parámetros fijados por el inciso tercero de la pluricitada preceptiva, Sobre el punto, resulta oportuno recordar lo expresado por la corte suprema de justicia sala laboral, en sentencia del 27 de marzo de 2007, radicación 28308, cuando en un asunto de similares características al que ocupa la atención de la Sala, dijo: "La razón está de lado de la censura, pues el Tribunal con fundamento en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y apoyado en la sentencia de esta Corte del 9 de octubre de 2003, radicación No. 20354, estableció que el ingreso base de liquidación de la pensión no podía obtenerse como lo pretendía la demandante, es decir, promediando los salarios devengados en el último año de servicios como lo prevé el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, sino el promedio de los salarios que devengó la trabajadora durante el tiempo que le hacía falta el 1° de abril de 1994 para reunir los requisitos para su pensión de jubilación por aportes, data en la cual entró en vigencia la susodicha Ley 100" De modo que como el Tribunal atendió la posición que ha venido sosteniendo la Sala sobre el tema planteado, su decisión fue acertada y, en consecuencia, en ninguna violación a la Ley incurrió". En consecuencia, como la pensión de jubilación por aportes se liquidó conforme con los parámetros definidos por la Corte, es decir con base en lo dispuesto en el régimen de transición, el cargo no prospera

Ahora es indispensable traer a nuestro caso la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de casación Laboral con radicación No 34801, de fecha 20 de abril de 2010, Magistrado Ponente Dr. Francisco Javier Ricaurte Gómez la cual hizo la siguientes consideraciones respecto a la reliquidación aducida "El soporte de la decisión recurrida, según el cual, para efectos de estimar el ingreso base de liquidación de la pensión por aportes del actor, debía acudirse al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y no al artículo 7 del Decreto 2709 de 1994, como lo pretendía éste, estubo esencialmente en la sentencia de esta Corporación del 31 de agosto de 2005, radicación 24008, por lo que, conforme a jurisprudencia reiterada de la Sala, la

11 Ver folio 53 del cuaderno principal
12 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
13 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub



modalidad infracción de la ley que se denuncia por la censura luce equivocada, pues ha debido ser la interpretación errónea, además que no se incluye en la proposición jurídica, precisamente, la norma sustancial que constituyó la base de la decisión, como lo fue el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y de cuya interpretación derivó el sentenciador su decisión".

Así mismo lo ratifica la Corte Suprema de Justicia con Radicado No 37180 del 25 de mayo de 2010, Magistrado Ponente Dr. Camilo Tarquino Gallego en la cual considera: "Para la Corte, constituyen hechos indiscutidos que el actor es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que la pensión por aportes reconocida por el Instituto de Seguros Sociales, fue con fundamento en la Ley 71 de 1988 y el Decreto Reglamentario 2709 de 1994. Por tanto, no se remite a duda que el salario base sobre el que se aplica el porcentaje del 75%, tratándose de pensiones cobijadas bajo el régimen de Ley 100, debe obtenerse con sujeción a lo preceptuado en su inciso tercero, esto es, "el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que le faltare menos de diez años para adquirir el derecho será el promedio de lo devengado que le hiciere falta para ello." Lo anterior, por cuanto el régimen de transición a que alude el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sólo deja a salvo, los requisitos relacionados con la edad, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto, los cuales se deben regir por las disposiciones legales anteriores a la citada ley, pero no el salario base de liquidación de la mesada pensional, el que se obtiene según los parámetros fijados por el inciso tercero de la pluricitada preceptiva. Sobre el punto, resulta oportuno recordar lo expresado por esta Corporación, en sentencia del 27 de marzo de 2007, radicación 28308, cuando en un asunto de similares características al que ocupa la atención de la Sala, dijo: "La razón está de lado de la censura, pues el Tribunal con fundamento en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y apoyado en la sentencia de esta Corte del 9 de octubre de 2003, radicación No. 20354, estableció que el ingreso base de liquidación de la pensión no podía obtenerse como lo pretendía la demandante, es decir, promediando los salarios devengados en el último año de servicios como lo prevé el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, sino el promedio de los salarios que devengó la trabajadora durante el tiempo que le hacía falta el 1º de abril de 1994 para reunir los requisitos para su pensión de jubilación por aportes, data en la cual entró en vigencia la susodicha Ley 100" De modo que como el Tribunal atendió la posición que ha venido sosteniendo la Sala sobre el tema planteado, su decisión fue acertada y, en consecuencia, en ninguna violación a la Ley incurrió". En consecuencia, como la pensión de jubilación por aportes se liquidó conforme con los parámetros definidos por la Corte, es decir con base en lo dispuesto en el régimen de transición, el cargo no prospera".

De lo anterior se concluye entonces que en el caso del aquí demandante mi representada, dio aplicación al artículo 36 de la ley 100 de 1993 y la ley 33 de 1985, normas en las que se establece claramente que se mantienen los requisitos de edad, tiempo de servicio y cuantía o porcentaje de la pensión conforme a la ley anterior a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, pero que respecto a la liquidación de la pensión esta debe realizarse dando aplicación de los artículos 36, 21, de la ley 100 de 1993, decreto 1158 de 1994, por cuanto para la fecha del reconocimiento de la pensión 12 de julio de 2006, eran las normas vigentes que debía aplicar mi representada, pues se advierte señor juez que para esa fecha no existía la sentencia de unificación del CONSEJO DE ESTADO del 4 de agosto del año 2010, la cual ya no es de aplicación, razón por la cual la re liquidación se efectuó sobre el promedio devengado durante los últimos 10 años de servicio, conformen lo preceptúa en las mencionadas normas, posición confirmada por la CORTE CONSTITUCIONAL a través de la sentencia SU 230 del 29 de abril de 2015 en la cual estableció que efectivamente la liquidación de la pensión debe realizarse todos y cada uno de los factores devengados en los últimos diez años de servicio y no el último año de servicio como lo pretende el aquí demandante

SENTENCIA DE UNIFICACION QUE CONFIRMA LO EXPUESTO EN LA SU230 DE 2015 Y PERMITE ESTABLECER QUE SE DEBE APLICAR EN CASOS DE RELIQUIDACION ENSIONAL

SU427 DE AGOSTO DE 2016 CORTE CONSTITUCIONAL

REGIMEN DE TRANSICION DEL ARTICULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión.

3.2.2. EXCEPCIÓN DENOMINADA OBLIGATORIEDAD DE APLICAR LA SENTENCIA SU230 DEL 29 DE ABRIL DE 2015 Y LA SU427 DE AGOSTO DE 2016

Ahora, debe tener en cuenta le señor Juez que la sentencia SU230 DEL 29 DE ABRIL DE 2015 de la CORTE CONSTITUCIONAL SALA PLENA debe ser aplicada de forma inmediata, de forma obligada por ser precedente y prevalente a todos los procesos en los que se ventilan pretensiones de reliquidación de la pensión de vejes con lo devengado en el último año de servicio conforme a la ley 33 de 1985, como el del (la) aquí demandante, conforme lo ordeno la misma sentencia mencionada

... Frente a la anterior petición, la Sala Plena de la Corte Constitucional, señaló que, en efecto, la interpretación fijada por la Corte sobre la exclusión del IBL como un aspecto del régimen de transición "constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no puede ser desconocido en forma alguna"¹⁴.

Agregó que la interpretación que realizó la Sala Segunda de Revisión de Tutelas sobre el alcance de los incisos segundo y tercero del artículo 36 al que se viene haciendo referencia se enmarca en el seguimiento -en estricto rigor- de la interpretación fijada por la Corte en Sentencia C-258 de 2013¹⁵.

De este modo, puede concluirse que aunque existía una línea jurisprudencial reiterada por las distintas Salas de Revisión de Tutelas 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 la interpretación de esta disposición.

En este punto, cabe anotar que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional los pronunciamientos de la Corte, en particular, los que se emiten en sede de control abstracto, son obligatorios en razón a sus efectos erga omnes y de cosa juzgada constitucional y que basta tan solo una sentencia para que exista un precedente a seguir.

Ahondando en lo anterior, una de las formas de desconocer el precedente constitucional se da cuando "se contraría la ratio decidendi de sentencias de control de constitucionalidad, especialmente la interpretación de un precepto que la Corte ha señalado es la que debe acogerse a la luz del texto superior."¹⁶

¹⁴ Auto 326 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo

¹⁵ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹⁶ T-1092 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-656 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Como lo ha expuesto esta Corporación, la jurisprudencia en vigor entendida como el precedente constitucional establecido de forma permanente para resolver problemas jurídicos con identidad fáctica no obsta para que la Sala Plena de la Corte, en ejercicio de su facultad interpretativa la modifique. Además, constituye un precedente obligatorio para las Salas de Revisión, quienes no tienen la facultad de variarlo en la aplicación concreta de los asuntos sometidos a su consideración.¹⁷¹⁸

En ese sentido, como la Sala Plena tiene competencia para establecer un cambio de jurisprudencia, aún en aquéllos casos en que existe la denominada jurisprudencia en vigor, el anterior precedente interpretativo es de obligatoria observancia.

Argumentación jurisprudencial que se debe tener en cuenta y que justifica la completa aplicación de la sentencia SU230 del 29 de abril de 2015 de la sala plena de la CORTE CONSTITUCIONAL, por parte de los despachos Judiciales que tienen bajo su conocimiento proceso en lo que se ventile la reliquidación de la pensión con lo devengado en el último año de servicio en aplicación de el régimen de transición ley 33 de 1985, ley 71 de 1988 y otras

Así las cosas señor Juez debe tenerse en cuenta la fuerza vinculante de las sentencia de unificación emitidas por la CORTE CONSTITUCIONAL especialmente de su sala plena, para lo cual traigo a colación la siguiente argumentación de tipo jurisprudencial :

" FUERZA VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Doble fundamentación

"Tratándose del tribunal constitucional, la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Constitucional tiene una doble fundamentación, en razón del órgano que la profiere: (i) de un lado, se trata del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional; (ii) de otro lado, es el guardián de la "supremacía e integridad" de la Carta Fundamental".

FUERZA VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA DE ORGANOS JUDICIALES DE CIERRE-Jurisprudencia constitucional/DOCTRINA DICTADA POR ORGANOS DE CIERRE DE SUS JURISDICCIONES-Alcance y aplicación/JURISPRUDENCIA DE ORGANOS JUDICIALES DE CIERRE EN CUANTO A AUTORIDADES CONSTITUCIONALES DE UNIFICACION JURISPRUDENCIAL-Alcance

" La jurisprudencia constitucional ha considerado el valor de las resoluciones judiciales de los órganos judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones frente a decisiones posteriores que deban adoptar los jueces y tribunales, es decir, su condición de 'precedente'. Este asunto plantea la antigua discusión sobre la fuerza obligatoria de las sentencias, más allá de las causas para cuya resolución fueron dictadas. En otras palabras, si determinadas fallos judiciales han de erigirse en una especie de regla general para la posterior solución de casos semejantes. En la sentencia C-836 de 2001, la Corte abordó, entre otros, el problema jurídico que el caso presente plantea: si los jueces en una jurisdicción deben regirse por los precedentes reconocidos por el órgano de cierre de la misma. Con base en el deber constitucional de igualdad de trato, la Corte asumió que: (...) en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad en la interpretación y aplicación de la ley"; por ello, "cuando no ha habido un tránsito legislativo relevante, los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en todos los casos en que el principio o regla jurisprudencial sigan teniendo aplicación". (Subraya fuera del original). Luego la Corte Constitucional, en la sentencia C-335 de 2008, refiriéndose en general a las decisiones de todos los órganos judiciales de cierre jurisdiccional, reitera el carácter vinculante de la jurisprudencia de los órganos de cierre y, al respecto, afirma: Reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redundará en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares. Según este Tribunal Constitucional, la fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura -sala disciplinaria- y a Corte Constitucional, como órganos de cierre de sus jurisdicciones, proviene fundamentalmente: (i) de la obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar igualdad de trato en cuanto autoridades que son; (ii) de la potestad otorgada constitucionalmente a las altas corporaciones, como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones y el cometido de unificación jurisprudencial en el ámbito correspondiente de actuación; (iii) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (iv) de la necesidad de seguridad jurídica del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, entendida como la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos, derivada del principio de igualdad ante la ley como de la confianza legítima en la autoridad judicial. Nótese que la fuerza vinculante de las decisiones de las denominadas altas cortes surge de su definición constitucional como órganos jurisdiccionales de cierre, condición que les impone el deber de unificación jurisprudencial en sus respectivas jurisdicciones. El mandato de unificación jurisprudencial, únicamente dirigido a las cortes jurisdiccionales de cierre, se erige en una orden específica del Constituyente para brindar cierta uniformidad a la interpretación y aplicación judicial del derecho en desarrollo del deber de igualdad de trato debido a las personas, mediante la fuerza vinculante de sus decisiones judiciales superiores. Así, de la condición de "máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria", de "tribunal supremo de lo contencioso administrativo", de "guarda de la integridad y supremacía de la Constitución" que les fija la Constitución a la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respectivamente, surge el encargo de unificar la jurisprudencia en las respectivas jurisdicciones, tarea implícita en la atribuciones asignadas a la primera como tribunal de casación, en la de cierre jurisdiccional de lo contencioso administrativo del segundo, y en la función de guardián de la Constitución y de revisor de las decisiones judiciales de tutela de los derechos fundamentales que tiene la Corte Constitucional. Y de tal deber de unificación jurisprudencial emerge la prerrogativa de conferirle a su jurisprudencia un carácter vinculante. En otras palabras, el valor o fuerza vinculante, es atributo de la jurisprudencia de los órganos de cierre, quienes tienen el mandato constitucional de unificación jurisprudencial en su jurisdicción".

"FUERZA VINCULANTE DEL PRECEDENTE JUDICIAL-Límite/JURISPRUDENCIA COMO PRECEDENTE Y COMO CRITERIO AUXILIAR-Tensión/APARTAMIENTO JUDICIAL-Límite de la fuerza vinculante de los precedentes judiciales/APARTAMIENTO JUDICIAL-Condición

"Sólo a la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales, en cuanto órganos de cierre de las jurisdicciones - constitucional, ordinaria, contenciosa administrativa y jurisdiccional disciplinaria-, se le asigna fuerza vinculante; y en virtud de ella, las autoridades judiciales deben acudir al precedente jurisprudencial para la solución de casos fáctica y jurídicamente iguales. Pero dicha limitación de la potestad interpretativa de jueces y magistrados no conduce a la negación completa del margen de autonomía e independencia que la Constitución les reconoce en el ejercicio de su función judicial. Por eso, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las autoridades judiciales cuentan con la facultad de abstenerse de aplicar el precedente judicial emanado de las cortes jurisdiccionales de cierre, previo cumplimiento de determinadas condiciones. Así, el juez dispone de un margen de apreciación de los supuestos fácticos del caso concreto y de interpretación de las normas aplicables al mismo, que le permite apartarse del precedente judicial, es decir, optar por no aplicar la razón jurídica con base en la cual se resolvió el caso anterior. Sin embargo, el juez o tribunal no puede ignorar el precedente del órgano de cierre de su jurisdicción -la ordinaria, la contenciosa administrativa, la jurisdiccional disciplinaria, y en todo caso, la constitucional-: tienen frente a ella el deber de desarrollar una argumentación explícita justificativa de su inobservancia, es decir, satisfacer una carga dialogal con el precedente, como fundamento de la decisión discrepante. En tales casos, por la iniciativa razonada del juez, el precedente judicial puede no ser aplicado, siempre con referencia expresa al mismo y con justificación jurídica del apartamiento. En la citada sentencia C-634 de 2011, la Corte dijo: La Corte también refirió al grado de vinculación para las autoridades judiciales del precedente jurisprudencial emitido por las altas cortes. Resulta válido que dichas autoridades, merced a la autonomía que les reconoce la Carta Política, puedan en eventos concretos apartarse del precedente, pero en cualquier caso esa opción argumentativa está sometida a estrictos requisitos, entre otros (i) hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales. Esta opción, aceptada por la jurisprudencia de este Tribunal, está sustentada en reconocer que el sistema jurídico colombiano responde a una tradición de derecho legislado, la cual matiza, aunque no elimina, el carácter vinculante del precedente, lo que no sucede con otros modelos propios del derecho consuetudinario, donde el precedente es obligatorio, basado en el principio del stare decisis. Sin embargo, debe resaltarse que la opción en comento en ningún modo habilita a las autoridades judiciales para, en el ejercicio distorsionado de su autonomía, optar por desconocer el precedente, tanto de carácter vertical como horizontal, ante la identidad de supuestos jurídicos y fácticos relevantes, sin cumplir con los requisitos antes mencionados. Por lo tanto, resultarán inadmisibles, por ser contrarias a los principios de igualdad, legalidad y seguridad jurídica, posturas que nieguen la fuerza vinculante prima facie del precedente, fundamenten el cambio de jurisprudencia en un simple arrepentimiento o cambio de parecer, o sustenten esa decisión en el particular entendimiento que el juez o tribunal tengan de las reglas formales de derecho aplicables al caso. En otras palabras, para que la objeción al precedente jurisprudencial resulte válida, conforme a la perspectiva expuesta, deberá demostrarse a que esa opción es imperiosa, en tanto concurren razones sustantivas y suficientes para adoptar esta postura, en tanto el arreglo jurisprudencial existente se muestra inaceptable. Estas razones, a su vez, no pueden ser otras que lograr la vigencia de los derechos, principios y valores constitucionales."

¹⁷¹⁸ Auto 022 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁷¹⁹ Artículo 34 del Decreto 2591 de 1991: "Los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte".

PRECEDENTE JUDICIAL DICTADO POR LAS ALTAS CORTES-Obligación de las autoridades públicas

"Todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional. La anterior afirmación se fundamenta en que la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y en desarrollo de este mandato, el acatamiento del precedente judicial, constituye un presupuesto esencial del Estado Social y Constitucional de Derecho –art.1 CP-; y un desarrollo de los fines esenciales del Estado, tales como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución –art.2-; de la jerarquía superior de la Constitución –art.4-; del mandato de sujeción consagrado expresamente en los artículos 6º, 121 y 123 CP; del debido proceso y principio de legalidad –art.29 CP; del derecho a la igualdad –art.13 CP-; del postulado de ceñimiento a la buena fe de las autoridades públicas –art.83 CP-; de los principios de la función administrativa –art. 209 CP-; de la fuerza vinculante del precedente judicial contenida en el artículo 230 superior; así como de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la Carta Política."

De lo anterior se concluye entonces que en el caso del aquí demandante mi representada, dio aplicación al artículo 36 de la ley 100 de 1993 y la ley 33 de 1985, normas en las que se establece claramente que se mantienen los requisitos de edad, tiempo de servicio y cuantía a o porcentaje de la pensión conforme a la ley anterior a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, pero que respecto a la liquidación de la pensión esta debe realizarse dando aplicación de los artículo 36, 21, de la ley 100 de 1993, decreto 1158 de 1994, por cuanto para la fecha del reconocimiento de la pensión 12 de julio de 2006, eran las normas vigentes que debía aplicar mi representada, razón por la cual la re liquidación se efectuó sobre el promedio devengado durante los últimos 10 años de servicio, conformen lo preceptúa en las mencionadas normas, es posición confirmada por la CORTE CONSTITUCIONAL a través de la sentencia SU 230 del 29 de abril de 2015 en la cual estableció que efectivamente la liquidación de la pensión debe realizarse todos y cada uno de los factores devengados en los últimos diez años de servicio y no el último año de servicio como lo pretende el aquí demandante, debiendo ser negadas la pretensiones de la demanda

3.2.3. EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD:

Las pretensiones de la demanda están viciadas de inconstitucionalidad por las siguientes razones:

Se pretende la inclusión de factores salariales no consagrados expresamente por el legislador en la Ley 33 de 1985, desconociendo que tanto la Constitución de 1886 como la de 1991 (artículo 150, numeral 19, literal E), han señalado que le corresponde al Congreso fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, por lo tanto pretender incluir factores adicionales a los que señala la Ley 33, no sólo resulta contradictorio a la tesis del demandante de aplicar dicha ley, sino que estaría sugiriendo que el juez modifique o adicione el régimen legalmente establecido.

La actual Carta Política, inciso 12¹⁹ del artículo 48, señala que las pensiones sólo se podrán liquidar con los factores sobre los cuales se hayan efectuado cotizaciones. Al respecto, se debe señalar que la Universidad efectúa aportes única y exclusivamente sobre los factores descritos por el Decreto 1158 de 1994, que coinciden con los señalados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985; por ello, resulta inadmisibles pretender liquidar la pensión incluyendo factores extralegales, denominados y reconocidos como prestaciones, los cuales no fueron incluidos por el legislador como factores para liquidar la pensión, siendo también inconstitucional pretender hacer descuentos retroactivos sobre esos factores.

En materia constitucional es necesario observar que el artículo 1º del Acto Legislativo No. 1 del año 2005, introdujo en forma expresa al artículo 48 de la Constitución Política un concepto novedoso, el de la SOSTENIBILIDAD FINANCIERA del sistema pensional, que además se nutre de por lo menos tres valores y principios consagrados en el preámbulo de la Constitución, como son los de justicia, igualdad y orden económico y social justos. Así, también resultaría inconstitucional ordenar que las pensiones se reconozcan y se paguen en proporciones y montos que no fueron considerados originalmente por el legislador.

Por último y si bien en el texto de la demanda no se solicita la aplicación de los Acuerdos expedidos por el Consejo Superior Universitario de la Universidad, sí se observa que en el poder conferido por el demandante se deja abierta esta posibilidad; razón por la cual, señalaremos que dichos Acuerdos dejaron de ser aplicados teniendo en cuenta la orden imperativa contenida en el concepto No 1713 del 3 de marzo de 2006 del Consejo de Estado, C.P. FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE, cuando en una de las respuestas puntuales, afirmó que:

"Los acuerdos expedidos por consejos superiores de universidades estatales en materia de pensiones, que establezcan condiciones pensionales, respecto de empleados públicos, por fuera de lo previsto en la ley deben ser inaplicados. Los actos administrativos que se hubieren expedido reconociendo pensiones al amparo de dichos acuerdos deben ser respetados y solamente procederá la modificación de las pensiones como consecuencia de una revocatoria directa, precedida del consentimiento del respectivo titular, o de la anulación del respectivo acto administrativo de reconocimiento, ordenada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, teniendo en cuenta que en ningún caso habrá lugar a la devolución de lo percibido de buena fe" (subrayas fuera de texto)

Por lo expuesto es claro que existen por lo menos dos premisas de rango constitucional que se desconocen flagrantemente con las pretensiones del demandante: una, que sólo se deben liquidar las pensiones con los mismos factores sobre los cuales se haya aportado o cotizado; y la segunda, que solo el Congreso a través de una ley puede determinar estos factores, y para el caso concreto ni las normas de inferior jerarquía ni los fallos judiciales pueden ampliar el listado de factores señalados expresamente por la Ley 33 de 1985.

Es claro además que se aplicó la ley 100 de 1993, bajo el principio de la aplicación de la ley más favorable, ya que en este caso la aplicada permitía subir a un porcentaje de reemplazo de 79.5% muy superior al 75% establecido por la ley 33 de 1985

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

De ahí que, interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año. En el sentido de considerar que aquélla enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales e los ciudadanos,

19 "

Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá delimitar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión."

PLI&S se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones (...)" (Subrayas de la Sala).

De la jurisprudencia transcrita se concluye efectivamente se deben tener en cuenta para efectos de reliquidar la pensión de jubilación de la accionante todos los factores devengados durante el último año de servicios, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

Así las cosas, Respecto a emolumentos tales como incrementos salariales por antigüedad (quinquenio), bonificación por bienestar universitario, bonificación por especial por bienestar universitario, estos fueron creadas por el Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional de Colombia, a través de los Acuerdos Nos. 57 de 1978 y 005 de 1998

Conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado todos aquellos emolumentos creados por acuerdo del consejo superior universitario, no pueden ser incluidos dentro de la liquidación de la pensión y mucho menos para una reliquidación, tal y como se lee a continuación "La Sección Segunda del Consejo de Estado, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el particular en sentencia de 21 de mayo de 2009, expediente 0525-2008, M.P. Dra. E3ertha Lucía Ramírez de Páez, en esa oportunidad sobre el particular, concluyó: (...) El Decreto Ley 603 de 1977, por medio del cual se establece el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en su artículo 17 estableció el régimen especial de pensiones para algunos funcionarios de la Registraduría Nacional del Estado Civil (...) Quienes se encuentren dentro de la excepción que contempla la norma, tienen derecho al reconocimiento pensional con 16 años de servicios y 50 años de edad, ya que el inciso primero del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 expresamente excluyó de su aplicación a quienes gozan de un régimen especial de pensiones. (...) Como la demandante laboró para la Registradora Nacional del Estado Civil del 30 de agosto de 1972 al 31 de diciembre de 2000 desempeñando el cargo de Dactiloscopista 4125-12, tenía derecho a que la pensión le fuera reconocida y liquidada conforme a lo dispuesto en el Decreto 603 de 1977. LIQUIDACIÓN PENSIONAL (...) En lo relativo a la base de liquidación de la pensión de jubilación las dos disposiciones mencionadas se asientan sobre el promedio de los salarios devengados por el servidor público. Y, como la norma no distingue, preciso es reconocer que sin discriminación alguna harán parte integral de la base de liquidación todos los factores salariales devengados en los términos previstos en el Decreto 603 de 1977. (...)"

POR SU PARTE, RESPECTO A LA ASIGNACIÓN POR ENCARGO, LA BONIFICACIÓN DE BIENESTAR UNIVERSITARIO, BONIFICACIÓN DE BIENESTAR UNIVERSITARIO POR ENCARGO Y CUALQUIER AJUSTE DEL MISMO, tampoco debe ser incluido en la liquidación de la pensión ya que, en primer lugar porque no fue devengado por la demandante dentro del último año de servicio, pues conforme a la certificación de factores obrante dentro del expediente este emolumento fue pagado a la demandante en el mes de octubre de 2008 y el último año de servicio de la misma corresponde al tiempo entre el 1 de septiembre de 2007 al 1 de septiembre de 2008.

En segundo lugar, este emolumento fue creado a través de los acuerdos Nos 120, 035 de 2000, artículo 8 del acuerdo 070 de 2003 del mismo ente universitario, en los siguientes términos: **Artículo Segundo: Aclarar el literal d) del artículo 8° del Acuerdo 70/03 del Consejo de la Sede Bogotá, el cual quedará así: "... d) El Consejo de Facultad estudiará las candidaturas enviadas por los Comités Académicos Asesores y podrá adicionar otras, las cuales analizará conjuntamente con las anteriores. Con base en el estudio de las candidaturas propuestas el Consejo de Facultad, Centro o Instituto Interfacultades correspondiente, expedirá una resolución, mediante la cual otorgará las Distinciones de **Docencia Meritoria**, de **Investigación Meritoria**, de **Extensión Meritoria** y de **Academia Integral Meritoria**, según lo establecido en el artículo 36 del Acuerdo 35/02 del Consejo Superior Universitario. En esta Resolución se harán públicas las consideraciones que sustentan el otorgamiento de tales Distinciones.**". Además tenga en cuenta señor Juez que este fue creado con el ánimo de incentivar el trabajo del mismo, y Similar a la anterior, no tiene carácter retributivo, las normas que la crearon y la regulan (Decretos 451 de 1984, 404 de 2006, 1031 de 2011) precisan que no tiene carácter salarial, por lo tanto sobre ella no se aplican descuentos ni tampoco está señalada en el Decreto 1158 de 1994 ni en la Ley 33 de 1985, invocada en la demanda; razón por la cual, al igual que el anterior factor, no se entiende porque en la demanda ese pretende su inclusión, si es por desconocimiento de la norma o para inducir en error al juez

3.2.4. EXCEPCIONES DE: INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO, NEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN E IMPOSIBILIDAD DE RECONOCER DERECHOS POR FUERA DEL ORDENAMIENTO LEGAL, FALTA DE CAUSA Y TITULO PARA PEDIR y COBRO DE LO NO DEBIDO:

Para efectos de demostrar La configuración de estas excepciones, ya que todas se fundamenta en el mismo argumento, es necesario precisar que además de las limitaciones constitucionales ya descritas, la normatividad vigente y aplicable, junto con importantes tesis jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado, evidencian serias e indiscutibles limitaciones para que la Universidad liquide la pensión en las proporciones y con los factores que pretende la parte demandante.

Así mismo se debe tener presente que no es jurídicamente viable liquidar la pensión utilizando factores no señalados expresamente por la ley y sobre los cuales no se efectuaron aportes o cotizaciones ya que los factores sobre los que se cotiza dependen de mandato legal, en este caso de la ley 33 de 1985 y no son una potestad del empleador quien se debe limitar solo a los de carácter legal

Argumentos Legales:El régimen de transición, establecido por la Ley 100 de 1993, garantizó a sus beneficiarios el derecho a pensionarse con los requisitos de edad, tiempo de servicio y el monto de la pensión previstos en el régimen anterior al nuevo sistema. Esta misma norma dispone que las demás condiciones, están regulados por la generalidad de la Ley 100 de 1993; razón por la cual, en el caso de los empleados públicos beneficiarios del régimen de transición, los únicos factores sobre los cuales se puede aportar para pensión y que en consecuencia pueden ser tenidos en cuenta a la hora de liquidarla son los señalados por el Decreto 1158 de 1994, que coinciden con los descritos en la Ley 33 de 1985, es decir: 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.

Ahora, siguiendo la reiterada postura jurisprudencial del Consejo de Estado, según la cual en aplicación del principio de inescindibilidad la Ley 33 de 1985 debe ser aplicada en su integralidad, no existiría razón para incluir factores distintos a los allí enunciados, máxime cuando por mandato de la misma ley sólo se podía aportar sobre estos mismos.



Es preciso reiterar que los factores fijados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985²⁰ coinciden con los señalados en el Decreto 1158 de 1994, de tal modo que, bien sea aplicando la Ley 100 de 1993 o aplicando la Ley 33 de 1985, los factores son los mismos, siendo imposible desde el punto de vista legal cotizar sobre otros factores no contemplados en la ley, y en consecuencia, también imposible incluirlos en la posterior liquidación de pensión, lo cual resulta concordante con el inciso 12 del artículo 48 de la Constitución Política.

En este punto es indispensable señalar que el demandante pretende inducir al error, cuando de manera falaz señala que el Decreto 1045 de 1978 (el cual es bastante generoso en cuanto factores se refiere) hace parte del régimen anterior; ya que el mismo Consejo de Estado, aún en las sentencias más favorables para los intereses del demandante, establece que este Decreto no le aplica en materia pensional a los empleados públicos del nivel nacional, por cuanto una norma posterior y de superior jerarquía, como es precisamente la Ley 33 de 1983, reguló de manera integral el tema.

Adicionalmente, se debe tener presente, desde el punto de vista legal, que la parte demandante pretende que se le incluyan dentro de la liquidación de su pensión prestaciones, lo cual resulta un contrasentido, ya que no pueden utilizarse prestaciones (como las primas de servicio, de navidad, de vacaciones, y el quinquenio) para liquidar otra prestación social como es el caso de la pensión.

Al respecto valga la pena revisar rápidamente los factores que pretende la parte demandante sean incluidos en la liquidación de su pensión, seguidos del respectivo estudio legal acerca de la pertinencia de efectuar la inclusión solicitada:

Asignación básica: Es claro que por su naturaleza (retribuir la labor prestada) y su periodicidad mensual es salario y por lo tanto debe ser incluido, lo cual es concordante con la Ley 33 de 1985 que la establece como factor para pensión y el Decreto 1158 de 1994, que permite que sobre ella se hagan descuentos para que tenga las correspondientes consecuencias.

Prima de Antigüedad: Es también un factor de remuneración, forma parte del salario y por consiguiente, se tiene en cuenta para liquidar las prestaciones sociales. Está expresamente señalado tanto en la Ley 33 de 1985 como en el Decreto 1158 de 1994.

Bonificación por servicios prestados: A pesar que no cumple con el estándar de periodicidad mensual, y que no tiene el carácter retributivo que debe tener todo factor que pretenda ser salarial, fue expresamente señalada por el legislador en la Ley 33 de 1985 y trascrita en el Decreto 1158 de 1994, autorizando que sobre ella se hagan descuentos y en consecuencia sea incluida posteriormente en la liquidación pensional.

Bonificación por Bienestar Universitario: Como su nombre lo indica no tiene carácter retributivo y fue creado por los Acuerdos 005 y 006, ambos del Consejo Superior Universitario, donde se señala expresamente que no tiene carácter salarial; por lo cual, es claro que no puede considerarse salario, calificativo que solo podría otorgarle el Congreso a través de una ley. Debe tenerse presente que éste factor no está incluida en la Ley 33 de 1985 y sobre él no se hacen aportes a pensión, por no estar incluido en la Ley 33 de 1985 ni el Decreto 1158 de 1994.

Bonificación por Recreación: Similar a la anterior, no tiene carácter retributivo, las normas que la crearon y la regulan (Decretos 451 de 1984, 404 de 2006, 1031 de 2011) precisan que no tiene carácter salarial, por lo tanto sobre ella no se aplican descuentos ni tampoco está señalada en el Decreto 1158 de 1994 ni en la Ley 33 de 1985, invocada en la demanda; razón por la cual, al igual que el anterior factor, no se entiende porque en la demanda ese pretende su inclusión, si es por desconocimiento de la norma o para inducir en error al juez.

Compensación de vacaciones en dinero: Es claro que las compensaciones no tienen carácter retributivo, pero lo que más llama la atención es que en la demanda incluya este rubro, pese a que la sentencia en la cual se soporta la misma (Consejo de Estado No Interno 0112-2009), excluye de manera expresa la inclusión de este factor, afirmando lo siguiente: "No es posible incluir la indemnización de vacaciones toda vez que las vacaciones no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador, por lo cual, no es posible computarlas para fines pensionales".

Finalmente y como complemento de lo ya expuesto, se precisará que si bien el Código Sustantivo del Trabajo (CST) no es aplicable a los empleados públicos, si es válido como norma que nos permita precisar conceptos aplicables en el presente proceso. Así las cosas el artículo 134 (CST) define cuál es la periodicidad que debe tener el salario, señalando que no puede superar el mes, lo cual nos permite confirmar que el pago periódico de una prima, una vez cada año (como las de servicios, vacaciones y de navidad) o una vez cada cinco años (como el quinquenio) no permiten suponer que por eso sean salario, ya que para tener dicha condición debería pagarse máximo cada mes.

En igual sentido el artículo 307 (CST) prescribe que la prima anual (o de servicios) no es salario ni se computará como factor de salario en ningún caso. Sobre esta norma se debe tener en cuenta que la Corte Constitucional en sentencia C-710 de 1996, al declararla exequible, señaló: "Tal como se indicó en los considerandos del numeral quinto de este fallo, el elemento esencial para determinar la naturaleza salarial de ciertas sumas que recibe el trabajador, es si ellas tienen por fin retribuir la labor prestada por el

²⁰Artículo 3º (Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 de 1985). Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: 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.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

trabajador. Carácter retributivo del que carece la prima anual de servicios, pues su creación por parte del legislador, tuvo una finalidad distinta a la señalada."

IMPROCEDENCIA DE LA RELIQUIDACION DE LA PENSIÓN CON LO DEVENGADO EN EL ULTIMO AÑO DE SERVICIO EN APLICACIÓN DE LA SENTENCIA SU 230 DEL 29 DE ABRIL DE 2015 CORTE CONSTITUCIONAL

Téngase en cuenta señor Juez que, cierto es que las personas que quedaron amparadas por el régimen de transición creado por el Artículo 36 de la ley 100 de 1993, adquirieron el derecho a jubilarse con fundamento en el régimen pensional al cual se encontraban afiliados al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, es decir la ley 100/93, el cual establecía que:

Artículo 36....."La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley."

Así las cosas, antes de entrar en vigencia la ley 100 de 1993), las pensiones de los servidores públicos, como el del presente caso, se regía por lo dispuesto en la ley 33 de 1985, que en su artículo 1°:

"Artículo 1°.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. (Texto original sin negrillas).

"No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

"..."

Pero debe tenerse en cuenta que dicho régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, solo se mantenía respecto de **La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez**, mas no respecto al IBL, ya que claramente lo establece el artículo mencionado, el IBL se establece de conformidad con las reglas de la Ley 100 de 1993, es decir con base en el promedio de los salarios devengados por el trabajador durante los últimos 10 años, o en el tiempo que le hacía falta para adquirir el derecho a la pensión si éste fuere menor, y no teniendo en cuenta el promedio de los salarios devengados en el último año, posición que es confirmada por la Corte Constitucional mediante sentencia SU 230 DEL 29 DE ABRIL DE 2015 concluyendo La Sala Plena de la Corte Constitucional que "el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en el régimen general, las que deben aplicarse para establecer el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca. De otro lado, resaltó que mediante auto A-326 de 2014, por el cual se resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T-078 del mismo año, la Sala reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido en que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación

ARGUMENTACION EN CASO DE PRESENTARSE DESCONOCIMIENTO DE LA SU230 DEL 29 DE ABRIL DE 2015

De otro lado señor Juez, y en caso de que el Despacho desconozca o se aparte del precedente d orden Constitucional como loes la sentencia SU230 del 29 de abril de 2015 emitida por la SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, se deben tener en cuenta los siguientes argumentos para no accederse a las pretensiones de la demanda

RESPECTO A LOS EMOLUMENTOS QUE SE PRETENDEN INCLUIR EN LA RELIQUIDACION DE LA PENSIÓN TENIENDO EN CUENTA LO DEVENGADO EN EL ULTIMO AÑO DE SERVICIO SI EL DESPACHO DESCONOCE LA SU230 DEL 29 DE ABRIL DE 2015

En el caso particular, se debe tener en cuenta que se observa que la demandante solicita se tengan en cuenta como factores salariales para efectos de la liquidación pensional, todos los devengados en el último año de servicio, siendo estos los siguientes: la prima de navidad, ajuste prima de navidad por retiro, prima de vacaciones, ajuste prima de vacaciones por retiro, prima de servicios, subsidio alimentación, bonificación bienestar universitario, ajuste quinquenio por retiro, horas extras diurnas festivas, horas diurnas ordinarias y demás que se hayan devengado durante el último año de servicio por la demandante, que al ser comparados con la certificación que se aporta al presente proceso, y que fuere expedida por el ente universitario, se observa que en las mismas aparecen enlistados emolumentos que no pueden ser tenidos como factores salariales, otros que no fueron devengados durante el último año de servicio o sus derivados y otros si bien aparecen en la misma, son considerados no legales.

ASÍ MISMO, TENGASE EN CUENTA QUE mi representada, conforme a las resoluciones aquí demandadas, la certificación que obra dentro del expediente, reconoció la pensión conforme a lo establecido en el artículo 6 Decreto 691 de 1994 modificado por el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994 "ARTICULO 1o. El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización".El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario;
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
- g) La bonificación por servicios prestados;

Quedando es claro, entonces, que el ente UNIVERSITARIO al momento de reconocer la pensión liquido la misma con todos y cada uno de los factores devengados, como son los allí enlistados, por lo que cualquier pretensión respecto de estos debe ser desechada, pues no se puede condenar a mi representada a pagar factores que ya reconoció como son los enlistados en el decreto 1158 que son de carácter legal, porque no son aplicables los acuerdos, y que nuevamente se están solicitando incluir en esta demanda

RESPECTO A FACTORES QUE SE PRETENDEN INCLUIR CON LA DEMANDA Y QUE FUERON CREADOS POR ACUERDOS DEL CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO QUE NO SE PUEDEN INCLUIR EN LA RELIQUIDACION



Respecto de cada uno de los factores que enlista la parte actora como son docencia meritoria de facultad bonificación bienestar universitario, quinquenio por retiro, y demás factores no legales o convencionales, se debe tener en cuenta que:

Respecto a emolumentos tales como quinquenio, docencia meritoria de facultad Bonificación de bienestar universitario, Bonificación especial de bienestar, estos fueron creadas por el Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional de Colombia, a través de los Acuerdos Nos 120, 035 de 2000, 57 de 1978 y 005 de 1998

Conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado todos aquellos emolumentos creados por acuerdo del consejo superior universitario, no pueden ser incluidos dentro de la liquidación de la pensión y mucho menos para una reliquidación, tal y como se lee a continuación "La Sección Segunda del Consejo de Estado, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el particular en sentencia de 21 de mayo de 2009, expediente 0525-2008, M.P. Dra. E3ertha Lucía Ramírez de Páez, en esa oportunidad sobre el particular, concluyó: (...) El Decreto Ley 603 de 1977, por medio del cual se establece el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en su artículo 17 estableció el régimen especial de pensiones para algunos funcionarios de la Registraduría Nacional del Estado Civil (...) Quienes se encuentren dentro de la excepción que contempla la norma, tienen derecho al reconocimiento pensional con 16 años de servicios y 50 años de edad, ya que el inciso primero del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 expresamente excluyó de su aplicación a quienes gozan de un régimen especial de pensiones. (...) Como la demandante laboró para la Registraduría Nacional del Estado Civil del 30 de agosto de 1972 al 31 de diciembre de 2000 desempeñando el cargo de Dactiloscopista 4125-12, tenía derecho a que la pensión le fuera reconocida y liquidada conforme a lo dispuesto en el Decreto 603 de 1977. (...) LIQUIDACIÓN PENSIONAL (...) En lo relativo a la base de liquidación de la pensión de jubilación las dos disposiciones mencionadas se asientan sobre el promedio de los salarios devengados por el servidor público. Y, como la norma no distingue, preciso es reconocer que sin discriminación alguna harán parte integral de la base de liquidación todos los factores salariales devengados en los términos previstos en el Decreto 603 de 1977. (...)".

POR SU PARTE, RESPECTO A LA ASIGNACIÓN POR ENCARGO, LA BONIFICACIÓN DE BIENESTAR UNIVERSITARIO, BONIFICACIÓN DE BIENESTAR UNIVERSITARIO POR ENCARGO Y CUALQUIER AJUSTE DEL MISMO, tampoco debe ser incluido en la liquidación de la pensión ya que, en primer lugar porque no fue devengado por la demandante dentro del último año de servicio, pues conforme a la certificación de factores obrante dentro del expediente este emolumento fue pagado a la demandante en el mes de octubre de 2008 y el último año de servicio de la misma corresponde al tiempo entre el 1 de septiembre de 2007 al 1 de septiembre de 2008.

En segundo lugar, este emolumento fue creado a través de los acuerdos Nos 120, 035 de 2000, artículo 8 del acuerdo 070 de 2003 del mismo ente universitario, en los siguientes términos: Artículo Segundo: Aclarar el literal d) del artículo 8° del Acuerdo 70/03 del Consejo de la Sede Bogotá, el cual quedará así: "... d) El Consejo de Facultad estudiará las candidaturas enviadas por los Comités Académicos Asesores y podrá adicionar otras, las cuales analizará conjuntamente con las anteriores. Con base en el estudio de las candidaturas propuestas el Consejo de Facultad, Centro o Instituto Interfacultades correspondiente, expedirá una resolución, mediante la cual otorgará las Distinciones de Docencia Meritoria, de Investigación Meritoria, de Extensión Meritoria y de Academia Integral Meritoria, según lo establecido en el artículo 36 del Acuerdo 35/02 del Consejo Superior Universitario. En esta Resolución se harán públicas las consideraciones que sustentan el otorgamiento de tales Distinciones." Además tenga en cuenta señor Juez que este fue creado con el ánimo de incentivar el trabajo del mismo, y Similar a la anterior, no tiene carácter retributivo, las normas que la crearon y la regulan (Decretos 451 de 1984, 404 de 2006, 1031 de 2011) precisan que no tiene carácter salarial, por lo tanto sobre ella no se aplican descuentos ni tampoco está señalada en el Decreto 1158 de 1994 ni en la Ley 33 de 1985, invocada en la demanda; razón por la cual, al igual que el anterior factor, no se entiende porque en la demanda ese pretende su inclusión, si es por desconocimiento de la norma o para inducir en error al juez

POR SU PARTE, RESPECTO A LA BONIFICACIÓN ESPECIAL DE BIENESTAR, UNIVERSITARIO, BONIFICACIÓN DE BIENESTAR UNIVERSITARIO PR ENCARGO Y CUALQUIER AJUSTE DEL MISMO, tampoco debe ser incluido en la liquidación de la pensión ya que, fue creada a través del artículo 2° del Acuerdo No. 005 de 1998 del mismo ente universitario, en los siguientes términos: "Artículo 20. La Universidad reconocerá mensualmente como bonificación especial de bienestar sin carácter salarial, a todas las personas vinculadas desde el 1o de enero de 1998 a la totalidad de los empleos públicos que conforman su planta de personal, con efecto fiscal desde esa misma fecha, un incremento adicional al porcentaje del 16% ordenado por el Decreto 74 de 1998, equivalente al 2% de la remuneración mensual por concepto de asignación básica y gastos de representación. Ese porcentaje del 2% se tendrá en cuenta igualmente con ocasión de la liquidación de todas las primas a que tienen derecho durante el año, a fin de establecer una suma que se reconocerá y pagará como parte de la misma bonificación especial de bienestar, pero que se estimará para todos los efectos separadamente de aquellas" (Negrillas fuera de texto)

Además tenga en cuenta señor Juez que este fue creado con el ánimo de incentivar el trabajo del mismo, y Similar a la anterior, no tiene carácter retributivo, las normas que la crearon y la regulan (Decretos 451 de 1984, 404 de 2006, 1031 de 2011) precisan que no tiene carácter salarial, por lo tanto sobre ella no se aplican descuentos ni tampoco está señalada en el Decreto 1158 de 1994 ni en la Ley 33 de 1985, invocada en la demanda; razón por la cual, al igual que el anterior factor, no se entiende porque en la demanda ese pretende su inclusión, si es por desconocimiento de la norma o para inducir en error al juez

ASÍ LAS COSAS RESPECTOO DEL EMOLUMENTO DENOMINADO COMO QUINQUENIO Y CUALQUIER DERIVADO DEL MISMO COMO QUINQUENIO POR RETIRO este no puede ser incluido en la reliquidación demandada, pues en primer lugar no está enlistado dentro de la certificación, fue devengado posterior al retiro y no durante el último año del servicio y por último fue creado por el Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional de Colombia a través del Acuerdo No. 57 de 1978, el cual estableció en su artículo 1° lo siguiente: "Artículo 1. La Universidad reconocerá a sus empleados públicos no docentes urja Bonificación por Antiquedad (quinquenio), así:

a. Por cinco (5) y diez (10) años a su servicio pagará dos (2) meses de sueldo ordinario.

b. A partir de los quince (15) años de servicio y cada vez que el empleado cumpla cinco años más de antigüedad, la Universidad pagará tres (3) meses de sueldo ordinario. Se entiende que los años de servicios pueden ser continuos o discontinuos. Esta bonificación se pagará con base en el último salario ordinario que se devengue en el momento de causarse. Se pagará también en los casos de retiro voluntario, muerte, jubilación o declaratoria de insubsistencia ocio, en cuyo caso el empleado adquiere el derecho por fracción de quinquenio, siempre que hubiere laborado como mínimo dos (2) años en el último lapso". (Negrillas fuera de texto)

Sumado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCION SEGUNDA SALA DE DESCONGESTION, SUBSECCION TERCERA, en fallo proferido el 21 de octubre de 2004 declaro nulo el referido Acuerdo No 024 de 1989 el cual se refería en sus artículos 4 y 5 al quinquenio, indicando la forma de contabilizar dicha prestación social extralegal y que la misma se pagara inmediatamente en el curso del mes en que se cause de acuerdo al salario devengado en ese momento, dicha decisión fue confirmada por el Consejo de Estado en sentencia del 19 de abril de 2007, lo anterior significa que la norma extralegal que servía de sustento para el reconocimiento de prestaciones a los

empleados de la Universidad desapareció del mundo jurídico, pues la declaratoria de nulidad dejó sin efectos dicho acuerdo

Así las cosas es claro que frente a la facultad que tienen los entes territoriales o universitarios para establecer el régimen prestacional aplicable a los empleados públicos, el Consejo de Estado en providencia del primero (1°) de abril de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 25000-23-25-000-1996-41254-01(5845-02), precisó lo siguiente: *La Resolución No. 007 de 25 de enero de 1996 (f. 62 cd. ppal.), ordenó pagar unas sumas a favor del actor, por concepto de reliquidación de quinquenios, de acuerdo con los ciclos en que se causaron. De este acto y de 105 referidos con anterioridad, se concluye sin duda que los quinquenios pactados con la entidad distrital se ubican dentro del concepto de prestación social; se trata de una compensación otorgada al servidor cada vez que cumple determinado lapso al servicio de la institución, a manera de reconocimiento por su permanencia, que en modo alguno constituye un ingreso retributivo habitual y periódico, elementos, que han sido definidos tradicionalmente como constitutivos de la noción de salario. Precisado lo anterior, ha de señalarse que, tanto en la Carta Política de 1991 como en la anterior, el régimen prestacional de los empleados oficiales del orden territorial, es el señalado por la Ley. En efecto, a partir de la expedición del Acto Legislativo No. 01 de 1968, el primitivo artículo 167 de la Constitución de 1886 fue subrogado, dejando en manos exclusivamente del Congreso, la facultad de regular el sistema prestacional de los empleados oficiales de cualquier orden, siendo proscrito cualquier régimen señalado por los Concejos Municipales o las Asambleas Departamentales. Ahora bien, a diferencia de la Carta Política anterior, la Constitución de 1991 en el artículo 150 numeral 19 le dio al Gobierno Nacional la potestad de definir el régimen prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, con sujeción a los objetivos y criterios generales que fije el Congreso de la República mediante una ley general. Dentro de este nuevo reparto de competencias, el Congreso dictó la Ley 4a de 1992, de carácter general, y el gobierno quedó habilitado para fijar, mediante decreto, el régimen prestacional. Entre otros, de los empleados de las entidades territoriales, al tenor del artículo 12 de la citada Ley, el cual reza así: "El régimen prestacional de los servidores públicos de las Entidades Territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley. En consecuencia, no podrán las Corporaciones Públicas Territoriales arrogarse esta facultad."*

De lo anterior se concluye que ni antes de la Constitución de 1991, ni a partir de su vigencia, las Corporaciones Públicas Territoriales, en este caso la EL ENTE UNIVERSITARIO están o estaban facultadas para señalar el régimen prestacional de sus servidores. Menos aún los consejos directivos de las universidades, que pese a su carácter de entes universitarios autónomos no fueron revestidos de facultad constitucional alguna que les permitiera definir su régimen prestacional.

De manera que los acuerdos suscritos por el Consejo Superior de la Universidad Distrital no pueden constituirse en fuente normativa para predicar la existencia de derechos Prestacionales más allá de los concebidos por la ley. Ningún derecho les asistía al pago de las prestaciones extralegales consignadas en Acuerdos o Convenciones Colectivas - existente entre el sindicato y la entidad. Si ésta, rnotu propio, llegó a pagar algunos de los reconocimientos convencionales allí pactados, ello no constituye derecho alguno atendible a favor de los docentes, porque como reiteradamente ha sostenido la Sala, la ilegalidad no genera derecho y mal podría el ente distrital persistir en el pago de prebendas no autorizadas legalmente. ... (Negritas fuera de texto)

De acuerdo a lo anterior, especialmente a la Jurisprudencia antes citada es claro señor Juez que Consejo Superior de la Universidad Nacional carecía de competencia para regular aspectos prestacionales a sus empleados. Como lo fue la demandante, razón por la cual ni bonificación Bienestar Universitario, ni Bonificación de bienestar universitario por encargo, ni quinquenio, y demás factores no legales o convencionales, no pueden formar parte de los factores que integran el Ingreso Base de Liquidación de la pensión del señor HERNANDO CORTES, **razón suficiente para que de declare por parte del señor juez como procedente la excepción de inconstitucional frente al artículo 1° del Acuerdo No. 57 de 1978 ye) artículo 2° del Acuerdo No. 005 de 1998, por darle efectos prestacionales a bonificación Bienestar Universitario y al quinquenio, tal como se ha pronunciado en innumerables oportunidades en este mismo sentido, el Tribunal Administrativo de Caldas en Sentencia número 007, proferida el 7 de Febrero de 2013, en acción e Nulidad y Restablecimiento del derecho interpuesta por el Señor José Orlando Ríos Ramírez contra la Universidad Nacional de Colombia, cuyo radico es el 17001 33 31 010 2010 00236 01. Y el Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo — Sección segunda -- Subsección B Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, del veintiséis (26) de junio del dos mil ocho Rad: 25000-23-25-000-2006- 01194-01 (1025-07).**

RESPECTO DE LOS DEMAS EMOLUMENTOS QUE EL FONDO PENSIONAL NO PUEDE INCLUIR EN LA LIQUIDACION O RELIQUIDACION DE LA PENSIÓN EN EL PRESENTE ASUNTO

Respecto de los emolumentos denominados:, la prima de navidad, ajuste prima de navidad por retiro, prima de vacaciones, ajuste prima de vacaciones por retiro, prima de servicios, subsidio alimentación, bonificación bienestar universitario, ajuste quinquenio por retiro, horas extras diurnas festivas, horas diurnas ordinarias y demás que aparezcan en la certificación obrante en el expediente , se deben tener en cuenta los siguientes argumentos para que su inclusión como factor salarial sea negada:

RESPECTO AL EMOLUMENTO DENOMINADO BONIFICACIÓN ESPECIAL POR RECREACIÓN, bonificación por recreación por retiro **Y CUALQUIER DERIVADO DE ESTA**, este no puede ser incluido como factor salarial en la reliquidación de la pensión solicitada en razón a que **en primer término no fue devengado durante el último año de servicio, conforme se observa en la certificación y ademas** los Decretos 2710 de 2001 y 660 de 2002 expedidos en desarrollo de las normas generales señaladas en la ley 4 de 1992 en su artículo 1 establecieron que su ámbito de aplicación se extendía a los siguientes servidores públicos: " CAMPO DE APLICACIÓN el presente decreto fija las escalas de remuneración de os empleos, que sean desempeñados por empleados públicos correspondientes a Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales y establecimientos Públicos, corporaciones autónomas regionales y de desarrollo sostenible, empresas sociales del estado, sociedades de economía mixta sometidas al régimen de dichas empresas, del orden Nacional y de las Direcciones Generales de Bienestar Social y de sanidad de la Policía Nacional".

Por su parte, el artículo 15 del Decreto 2710 de 2001 regulo la bonificación por recreación en los siguientes términos: " **BONIFICACIÓN ESPECIAL DE RECREACION**, los empleados públicos a que se refiere el presente decreto tendrán derecho a una bonificación especial de recreación en cuantía equivalente a dos días de la asignación Básica mensual que les corresponda en el momento de iniciar el disfrute del respectivo periodo de vacaciones, igualmente habrá lugar a esta bonificación cuando las vacaciones se compensen en dinero.....**Esta bonificación no constituirá factor de salario para ningún efecto legal y se pagara por lo menos con cinco (5) días hábiles de antelación a la fecha de inicio en el evento que se disfrute del descanso remunerado"**

Respecto a este emolumento, el H, CONSEJO DE ESTADO ha señalado: "adicionalmente, tampoco puede perderse de vista que el objeto de dicho reconocimiento no es remunerar directamente la prestación de servicio del empleado, sino, por el contrario, contribuir en el adecuado desarrollo de uno de los aspectos de la vida del mismo, como lo es a recreación; razón por la cual, es válido afirmar

que esta es una prestación social y, en consecuencia, no puede ser incluida como factor para la liquidación de la pensión, máxime si, como se anotó anteriormente, el legislador así lo estableció expresamente"

Por lo anterior, es claro que el ordenamiento jurídico establece que la BONIFICACIÓN POR RECREACION no constituye factor salarial para efectos prestacionales, por lo cual no puede tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión

RESPECTO A LA ASIGNACION AÑO SABATICO: este emolumento además de no constituirse como factor salarial para la liquidación de la pensión, en el presente caso no puede ser tenido en cuenta ya que no fue devengado pro el demandante durante el último año de servicio es decir entre el 29 de noviembre de 2009 y el 29 de noviembre de 2010

RESPECTO AL AUXILIO DE TRANSPORTE: debe ser excluido de la liquidación de la pensión al declararse la nulidad se debe tener en cuenta que el auxilio de transporte no es un pago con el que se pretende retribuir al trabajador por sus servicios prestados a la empresa, y en consecuencia no se puede considerar un pago de naturaleza salarial para ningún efecto, además teniendo en cuenta que el factor salarial, es s todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, este emolumento de carácter retributivo por el servicio que presta al empleador, no obstante el auxilio de transporte no es una contraprestación directa de la labor realizada tal es esta afirmación al limitar su función YA que es un auxilio que se debe entender desde el punto de su naturaleza ya que corresponde a un pago que busca reintegrar al trabajador lo que se gaste en transporte para movilizarse desde su residencia hasta el lugar de trabajo, esto quiere decir que el auxilio de transporte, al no ser un pago que constituya salario, no se debe incluir en la base para calcular los conceptos correspondientes a los aportes parafiscales y tampoco a los aportes a seguridad social. no entendiéndose como como salario para ningún efecto legal

RESPECTO AL AUXILIO DE ALIMENTACIÓN, este debe ser excluido de la liquidación de la pensión ya que como bien lo establece el Código Sustantivo del Trabajo existen elementos que taxativamente deben incluirse en el salario artículo 127 los elementos que se incluyen dentro del salario, indicando los siguientes conceptos: **"ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones"**.

Por su parte, el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo establece las sumas de dinero que recibe el trabajador y que no se incluyen dentro del salario, señalando las siguientes:.... **"ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.**

Por lo anterior, es claro que el legislador señaló de manera expresa los conceptos que no hacen parte integrante del salario, por tratarse de sumas de dinero ocasionales, otorgadas por el empleador de manera voluntaria, o entregadas al trabajador para desempeñar sus funciones; pero al mismo tiempo estableció la facultad para las partes de desalarizar aquellos beneficios o auxilios reconocidos extralegalmente por el empleador, teniendo claro en todo caso que no podrán desconocerse los elementos que constituyen factor salarial señalados taxativamente por el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo.

En consecuencia es claro que todas aquellas sumas de dinero por concepto de auxilios habituales de alimentación entregadas a los trabajadores no constituirán factor salarial y por tanto, no se incluirán dentro del salario para efectos de liquidar las prestaciones sociales, esto quiere decir que el Subsidio de alimentación, al no ser un pago que constituya salario, no se debe incluir en la base para calcular los conceptos correspondientes a los aportes parafiscales y tampoco a los aportes a seguridad social. no entendiéndose como como salario para ningún efecto legal

RESPECTO A VACACIONES DEL PERIODO Y/O INTERSEMESTRALES, O CUALQUIER AJUSTE POR VACACIONES: debe observarse que tampoco es procedente la reliquidación de la pensión con la inclusión de lo percibido por vacaciones y demás conceptos de esta derivadas, ya que no son un factores salariales, ni prestacionales, así lo señaló el Consejo de Estado, Sección Segunda en sentencia del 29 de julio de 2010 NO 2500023250002002-13339010531-10 cuando afirmó que **"de tiempo atrás, se expidieron estatutos que han regulado la manera como se liquidan algunas prestaciones, (cesantías, auxilio de maternidad, seguro funerario, pensión jubilación, etc) entre ellos el decreto 1045 de 1978, por el cual se fijan reglas generales para la aplicación de normas y prestaciones sociales de empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional y en ninguno de ellos se señalan las vacaciones, pues estas se han definido como un descanso remunerado que no pertenece al concepto de prestación, ni de salario"** pues son un descanso remunerado del trabajador y por ello no es posible computarlas para fines pensionales, pues como bien se extracta de la sentencia antes mencionada, esto es una compensación monetaria que se otorga al trabajador cuando no ha disfrutado sus vacaciones, la cual no puede servir de base salarial para computar el monto de la pensión de vejez o jubilación, por esta razón, ni la remuneración por el disfrute de las vacaciones, ni la compensación en dinero que se otorga al trabajador cuando no disfruta de las vacaciones, puede ser tenida en cuenta para efectos de liquidación pensional

RESPECTO A LOS EMOLUMENTOS DENOMINADOS AJUSTE PRIMA DE NAVIDAD POR RETIRO, AJUSTE PRIMA DE SERVICIOS POR RETIRO, AJUSTE PRIMA DE VACACIONES POR RETIRO, AJUSTE QUINQUENIO POR RETIRO O CUALQUIER AJUSTE POR RETIRO: estos emolumentos deben ser excluidos de la liquidación de la pensión ya que es claro que estos se reconocen y pagan en razón al hecho generador como lo es el retiro del cargo de la demandante o un ajuste al factor, es decir que los mismo solo se cancelan una sola vez y **posterior retiro del cargo y no de forma habitual como lo preceptúa el artículo 48 de la Constitución nacional**

RESPECTO A PRIMA DE VACACIONES: Tal y como lo afirmó el Consejo de Estado, las vacaciones no son salario ni prestación, por lo tanto la prima asociada a ellas menos puede tener naturaleza retributiva, requisito indispensable para que fuera considerada salario. Al respecto es necesario citar a la Corte Constitucional cuando en su sentencia C-598 de 1997, al definir las vacaciones precisó: "Las vacaciones no son entonces un sobre sueldo sino un derecho a un descanso remunerado...".

RESPECTO A PRIMA DE SERVICIOS: No tiene carácter retributivo y el Decreto 1042 de 1978 que la creó, la consagra como prestación, razón por la cual resulta descabellado que una prestación sea utilizada para liquidar otra prestación. No sobra indicar que este factor no está considerado ni por el Decreto 1158 de 1994 ni por la Ley 33 de 1985, en consecuencia, ni se pueden aplicar descuentos para la pensión, ni tampoco se puede utilizar para liquidarla.

RESPECTO A PRIMA DE NAVIDAD: en primer término no fue devengado durante el último año de servicio, conforme se observa en la certificación e igual que la anterior y conforme a los Decretos 1042 de 1978 y 1045 del mismo año, es una prestación y no tiene carácter retributivo. No está incluida en el Decreto 1158 de 1994 ni en la Ley 33 de 1985, razón por la cual ni se pueden aplicar descuentos para pensión, ni tampoco se puede utilizar para liquidarla.

3.2.5. EXCEPCION DE NO APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA SENTENCIA DE UNIFICACION DEL 4 DE AGOSTO DE 2010:

En este caso la pensión al demandante fue concedida en el año 2008 y por lo tanto no sería de aplicación la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, pues para la fecha de adquisición del derecho no se había expedido la mencionada jurisprudencia, esto en razón al principio de la irretroactividad de la jurisprudencia, es decir que la jurisprudencia no puede ser aplicada de forma retroactiva, "En estos casos, se hace referencia al artículo 45 de la Ley 270 de 1996 - Estatutaria de Administración de Justicia -, la cual señala que las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control tienen efectos hacia futuro, a menos que la Corte resuelva lo contrario. Pero en este evento, observamos que la Sentencia C-428 de 2009 no estableció ningún efecto particular en cuanto a la vigencia de la decisión, esto genera controversia, por cuanto otorgar validez a la aplicación del precepto declarado inconstitucional contraería el desconocimiento de los efectos de la cosa juzgada constitucional prevista en el artículo 243 Superior

Considerando que la demandante invoca la sentencia del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado (No. Interno 0112-2009) transcribiendo algunos apartes, hay que señalar ciertas inconsistencias que impiden aplicar dicho precedente, por resultar contrario al mandato constitucional que obliga a los jueces a someterse al imperio de la Ley.

En una parte de la sentencia plantea el Consejo de Estado lo siguiente:

"Entre tanto, como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación y así lo solicitó en la demanda²¹." (Subrayas fuera del texto)

Luego, desatendiendo no sólo el mandato legal sino su propia conclusión de acudir a la Ley 33 de 1985 como normatividad correspondiente, a reglón seguido plantea la inclusión de factores no señalados por la Ley previamente invocada.

Posteriormente se encuentra la siguiente antinomia, también trascrita en la demanda:

"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. ²² (cursivas propias del texto)

Como se puede observar, el Consejo de Estado acepta expresamente que el Decreto 1045 de 1978 no es aplicable a los empleados públicos del nivel nacional, como es el caso de la demandante, por ser estos destinatarios de la Ley 33 de 1985; sin embargo y paradójicamente, obliga a incluir factores no contenidos en la Ley pero sí en Decretos que no aplican al caso.

Por último y de manera más inexplicable aún, se encuentra que en el Alto Tribunal acepta que dentro de los factores pretendidos están algunas prestaciones sociales, a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación, pese a lo cual, y a pesar de tener tal naturaleza, sin ninguna explicación concluye que son salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma que, tal y como lo acepta el propio Consejo de Estado, no es aplicable a la parte demandante.

PRECEDENTES APLICABLE AL CASO.

Para finalizar, se anotará que para el caso particular de la Universidad Nacional de Colombia y sus ex empleados públicos beneficiarios del régimen de transición, dos casos han llegado recientemente al Consejo de Estado, y en ambos, después del correspondiente estudio y las consideraciones respectivas, la honorable corporación ha concluido lo siguiente:

1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", 8 de Mayo de 2008, C.P. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, Ref.: 25000-23-25-000-2004-08433-01 y N° Interno 2375-08, Autoridades Nacionales. Actor Rogelio Sandoval Perilla:

²¹ Al respecto ver la sentencia de 13 de marzo de 2003, proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda de esta Corporación, Consejera ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero, Radicación número: 17001-23-31-000-1999-0627-01(4526-01), Actor: Carlos Enrique Ruiz Restrepo, Demandado: Universidad Nacional de Colombia.

²² 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.

- Dando la razón a los argumentos hasta aquí expuestos, el Consejo de Estado confirmó la sentencia previa del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que ordenó la aplicación integral de la Ley 33 de 1985 para un beneficiario del régimen de transición, considerando: "En estas condiciones la pensión de jubilación del actor debía ser liquidada con los factores establecidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, tales como la asignación básica y la bonificación por servicios devengados en el último año de servicios comprendido entre el 1º de agosto de 1998 y el 1º de agosto de 1999 (fl. 53)."
2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 13 de marzo de 2003, C.P. ANA MARGARITA OLAYA FORERO, Ref.: 17001-23-31-000-1999-0627-01 y N° Interno 4526-01, Autoridades Nacionales. Actor Carlos Enrique Ruiz:

En igual sentido, el Consejo de Estado confirmó la sentencia previa del Tribunal Administrativo de Caldas que también había ordenado la aplicación integral de la Ley 33 de 1985 para un beneficiario del régimen de transición, considerando: "La base salarial para liquidar la prestación en el presente proceso es, se repite, el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, lo que impone confirmar la providencia del a quo que declaró la nulidad de los actos acusados y ordenó el condigno restablecimiento del derecho, pero por motivos parcialmente diferentes a los expresados por el Tribunal."

En este punto debemos señalar que si bien la Universidad Nacional de Colombia no tiene régimen especial, se debe tener en cuenta que, en materia de precedentes, lo ideal es acudir a sentencias donde exista similitud en hechos y pretensiones, razón de más para rogar a su despacho que además de todos los argumentos de carácter legal y constitucional expuestos, se tengan como precedentes aplicables, los dos casos aquí citados, donde coinciden entidad demandada y la condición y pretensiones del demandante.

Por todo lo expuesto es claro que resultaría ilegal e inconstitucional ordenar que para liquidar la pensión de la parte demandante se incluyan factores distintos a los señalados por la Ley 33 de 1985, no solo por el efecto en el resultado, es decir en la liquidación, sino porque tampoco sería legal descontar ni ordenar aplicar descuentos para pensiones sobre factores sobre los cuales la norma no dio la potestad a los empleadores ni al sistema de pensiones para que así lo hicieran.

De la jurisprudencia transcrita se concluye efectivamente se deben tener en cuenta para efectos de reliquidar la pensión de jubilación de la accionante todos los factores devengados durante el último año de servicios, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

Por último y frente a la compensación de aportes o descuentos por salud y pensión, debe establecerse en la sentencia que tal como lo ha indicado el Consejo de Estado, si sobre alguno o algunos de los factores salariales que deben incluirse para la reliquidación pensional, no se realizaron los correspondientes aportes al sistema, la respectiva Caja o Fondo Pensional podrá realizar las compensaciones correspondientes, con los pagos que deberá realizar el actor. Para tal efecto, es claro que dichos aportes deberán efectuarse en la forma establecida por la normalidad, en los mismos términos en que debieron haberse realizado oportunamente por el empleador, y con los mismos porcentajes fijados para el efecto. Es decir que en el presente asunto dichos descuentos deberán realizarse incluyendo la totalidad de los factores por los cuales se dejaron de realizar los respectivos aportes durante todo el tiempo de servicios del empleado público, es decir toda su vida laboral a órdenes del ente universitario, tiempo que sirvió de base precisamente para la obtención de su pensión de vejez.

Así mismo se debe tener presente que no es jurídicamente viable liquidar la pensión utilizando factores no señalados expresamente por la ley y sobre los cuales no se efectuaron aportes o cotizaciones ya que los factores sobre los que se cotiza dependen de mandato legal, en este caso de la ley 33 de 1985 y no son una potestad del empleador quien se debe limitar solo a los de carácter legal, sumado a que en la certificación no están incluidos factores tales como bonificación de bienestar universitario, asignación por encargo, razón por la cual no puede pretender la demandante se incluyan dichos factores que además de ser no legales, si no convencionales, tampoco están incluidos en la certificación.

3.2.6. EXCEPCION DE APLICACIÓN DE FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIALES:

Como ya se ha expuesto, las pretensiones no tienen vocación de prosperidad, por ser abiertamente contrarias a la Ley y a la Constitución Política;

Téngase en cuenta señor Juez que, cierto es que las personas que quedaron amparadas por el régimen de transición creado por el Artículo 36 de la ley 100 de 1993, adquirieron el derecho a jubilarse con fundamento en el régimen pensional al cual se encuentran afiliados al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, es decir la ley 100/93, el cual establecía que:

Artículo 36....."La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley."

Así las cosas, antes de entrar en vigencia la ley 100 de 1993, las pensiones de los servidores públicos, como el del presente caso, se regía por lo dispuesto en la ley 33 de 1985, que en su artículo 1º:

"Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y lleque a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. (Texto original sin negrillas).

"No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones."
"(...)"

Pero debe tenerse en cuenta que dicho régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, solo se mantenía respecto de **La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez**, mas no respecto al IBL, ya que claramente lo establece el artículo mencionado, el IBL se establece de conformidad con las reglas de la Ley 100 de 1993, es decir con base en el promedio de los salarios devengados por el trabajador durante los últimos 10 años, o en el tiempo que le hacía falta para adquirir el derecho a la pensión si éste fuere menor, y no teniendo en cuenta el promedio de los salarios devengados en el último año, posición que es confirmada por la Corte Constitucional mediante sentencia SU 230 DEL 29 DE ABRIL DE 2015 concluyendo La Sala Plena de la Corte Constitucional que "el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en el régimen general, las que deben aplicarse para establecer el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca. De otro lado, resaltó que mediante auto A-326 de 2014, por el cual se resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T-078 del mismo año, la Sala reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido en que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación"

EXPEDIENTE T-3.558.256 - SENTENCIA SU-230/15 (abril 29) M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

"La Sala Plena estudió la acción de tutela interpuesta por el señor Salomón Cicerón Quintero Rodríguez en contra de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Banco Popular S.A., por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital, al ordenar que la liquidación de su mesada pensional se realizara con base en el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años (Ley 100 de 1993, artículo 36), y no teniendo en cuenta el promedio de los salarios devengados en el último año (artículo 1° Ley 33 de 1985), como, según el actor, correspondía. Comunicado No. 16. Corte Constitucional. Abril 29 y 30 de 2015. El actor señaló que su empleador, así como los jueces laborales, aplicaron indebidamente el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 incisos 2° y 3°, el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, 1° de la Ley 62 de 1985, artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, y artículos 68 y 75 del Decreto 1848 de 1969, pues su pensión debía ser liquidada teniendo en cuenta el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio en el que se incluyen todos los factores salariales. Alegó que el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 conservó para sus beneficiarios la aplicación de la norma anterior, en lo relativo a edad, tiempo de servicios y monto de la prestación, pero no en lo relacionado con el ingreso base de liquidación. A este respecto la Sala Plena encontró que la sentencia C-258 de 2013 fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en aquél régimen general, las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca. De otro lado, resaltó que mediante auto A-326 de 2014, por el cual se resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T-078 del mismo año, la Sala reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido en que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, concluyó que en el caso del actor no hubo vulneración de su derecho al debido proceso, pues no se estructuró el defecto sustantivo alegado, ya que si bien existía un precedente jurisprudencial que seguían las Salas de Revisión para resolver problemas jurídicos como el que ahora el actor pone a consideración de la Corte, lo cierto es que esa postura cambió a partir de los recientes pronunciamientos de la Sala Plena, que fijan un precedente interpretativo sobre el alcance de los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Con base en lo anterior, la Sala resolvió confirmar la sentencia de segunda instancia, que denegó la tutela interpuesta por el actor contra la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Banco Popular.

Teniendo en cuenta lo expuesto, esta Sala evidencia que en el caso del actor no existe vulneración de su derecho al debido proceso, específicamente, no se estructuró el defecto sustantivo alegado, en razón a que si bien existía un precedente jurisprudencial que seguían las salas de revisión para resolver problemas jurídicos como el que ahora el actor pone a consideración de la Corte, lo cierto es que dicho precedente cambió a partir de los recientes pronunciamientos de la Sala Plena, en donde fijan un precedente interpretativo sobre el alcance de los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Sobre este punto, la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia objeto de reproche, realiza el siguiente análisis:

"Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por reiterado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión. Y que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por tales disposiciones legales, sino que pasa a ser regido, en principio, y para quienes les hacia falta menos de diez años para adquirir el derecho por el inciso 3° del artículo 36 citado"²².

Como se observa esta interpretación de la Sala Laboral del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria no contraria la reciente interpretación que fijó la Sala Plena de la Corte Constitucional acerca del IBL en el régimen de transición y, por eso, no se estructura el defecto sustantivo alegado

Al respecto, afirmó la Sala Segunda de Revisión que la Sala Plena de esta Corporación mediante Sentencia C-258 de 2013²⁴ estableció que la aplicación atractiva de los beneficios del régimen de transición solo se refería a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, pero no al IBL.

Por eso, concluyó, existe un precedente a seguir en la materia, en particular cuando el conflicto versa sobre la aplicación integral del régimen especial que invoca el actor y el alcance que la Corte le otorgó al régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993 en el sentido de que el IBL no forma parte de este.

Aunque la interpretación de las reglas del IBL establecidas en la Sentencia C-258 de 2013²⁵ se enmarcan en el análisis del régimen especial consagrado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, con fundamento (i) en que dicho régimen vulneraba el derecho a la igualdad al conceder privilegios a una de las clases más favorecidas de la sociedad y (ii) en la medida en que el régimen especial de congresistas y magistrados contiene ventajas desproporcionadas frente a los demás regímenes especiales, ello no excluye la interpretación en abstracto que se realizó sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en este las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca.

Además señor Juez téngase en cuenta que, el régimen de transición a que alude el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sólo deja a salvo, los requisitos relacionados con la edad, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto, los cuales se deben regir por las disposiciones legales anteriores a la citada ley, pero no el salario base de liquidación de la mesada pensional, el que se obtiene según los parámetros fijados por el inciso tercero de la pluricitada preceptiva. Sobre el punto, resulta oportuno recordar lo expresado por la corte suprema de justicia sala laboral, en sentencia del 27 de marzo de 2007, radicación 28308, cuando en un asunto de similares características al que ocupa la atención de la Sala, dijo: "La razón está de lado de la censura, pues el Tribunal con fundamento en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y apoyado en la sentencia de esta Corte del 9 de octubre de 2003, radicación No. 20354, estableció que el ingreso base de liquidación de la pensión no podía obtenerse como lo pretendía la demandante, es decir, promediando los salarios devengados en el último año de servicios como lo prevé el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, sino el promedio de los salarios que devengó la trabajadora durante el tiempo que le hacia falta el 1° de abril de 1994 para reunir los requisitos para su pensión de jubilación por aportes, data en la cual entró en vigencia la susodicha Ley 100" De modo que como el Tribunal atendió la posición que ha venido sosteniendo la Sala sobre el tema planteado, su decisión fue acertada y, en consecuencia, en ninguna violación a la Ley incurrió". En consecuencia, como la pensión de jubilación por aportes se liquidó conforme con los parámetros definidos por la Corte, es decir con base en lo dispuesto en el régimen de transición, el cargo no prospera

Ahora es indispensable traer a nuestro caso la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de casación Laboral con radicación No 34801, de fecha 20 de abril de 2010, Magistrado Ponente Dr. Francisco Javier Ricaurte Gómez la cual hizo la siguientes consideraciones respecto a la reliquidación aducida "El soporte de la decisión recurrida, según el cual, para efectos de estimar el ingreso base de liquidación de la pensión por aportes del actor, debía acudir al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y no al artículo 7 del Decreto 2709 de 1994, como lo pretendía éste, estibó esencialmente en la sentencia de esta Corporación del 31 de agosto de 2005, radicación 24008, por lo que, conforme a jurisprudencia reiterada de la Sala, la modalidad infracción de la ley que se denuncia por la censura luce equivocada, pues ha debido ser la interpretación errónea, además que no se incluye en la proposición jurídica, precisamente, la norma sustancial que constituyó la base de la decisión, como lo fue el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y de cuya interpretación derivó el sentenciador su decisión".

Así mismo lo ratifica la Corte Suprema de Justicia con Radicado No 37180 del 25 de mayo de 2010, Magistrado Ponente Dr. Camilo Tarquino Gallego en la cual considera: "Para la Corte, constituyen hechos indiscutidos que el actor es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que la pensión por aportes reconocida por el Instituto de Seguros Sociales, fue con fundamento en la Ley 71 de 1988 y el Decreto Reglamentario 2709 de 1994. Por tanto, no se remite a duda que el salario base sobre el que se aplica el porcentaje del 75%, tratándose de pensiones cobijadas bajo el régimen de Ley 100, debe obtenerse con sujeción a lo preceptuado en su inciso tercero, esto es, "el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que le faltare menos de diez años para adquirir el derecho será el promedio de lo devengado que le hiciere falta para ello.". Lo anterior, por

²¹ Ver folio 53 del cuaderno principal
²² M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
²³ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub



cuanto el régimen de transición a que alude el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sólo deja a salvo, los requisitos relacionados con la edad, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto, los cuales se deben regir por las disposiciones legales anteriores a la citada ley, pero no el salario base de liquidación de la mesada pensional, el que se obtiene según los parámetros fijados por el inciso tercero de la pluricitada preceptiva. Sobre el punto, resulta oportuno recordar lo expresado por esta Corporación, en sentencia del 27 de marzo de 2007, radicación 28308, cuando en un asunto de similares características al que ocupa la atención de la Sala, dijo: "La razón está de lado de la censura, pues el Tribunal con fundamento en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y apoyado en la sentencia de esta Corte del 9 de octubre de 2003, radicación No. 20354, estableció que el ingreso base de liquidación de la pensión no podía obtenerse como lo pretendía la demandante, es decir, promediando los salarios devengados en el último año de servicios como lo prevé el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, sino el promedio de los salarios que devengó la trabajadora durante el tiempo que le hacía falta el 1° de abril de 1994 para reunir los requisitos para su pensión de jubilación por aportes, data en la cual entró en vigencia la susodicha Ley 100". De modo que como el Tribunal atendió la posición que ha venido sosteniendo la Sala sobre el tema planteado, su decisión fue acertada y, en consecuencia, en ninguna violación a la Ley incurrió". En consecuencia, como la pensión de jubilación por aportes se liquidó conforme con los parámetros definidos por la Corte, es decir con base en lo dispuesto en el régimen de transición, el cargo no prospera".

De lo anterior se concluye entonces que en el caso del aquí demandante mi representada, dio aplicación al artículo 36 de la ley 100 de 1993 y la ley 33 de 1985, normas en las que se establece claramente que se mantienen los requisitos de edad, tiempo de servicio y cuantía a o porcentaje de la pensión conforme a la ley anterior a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, pero que respecto a la liquidación de la pensión esta debe realizarse dando aplicación de los artículos 36, 21, de la ley 100 de 1993, decreto 1158 de 1994, por cuanto para la fecha del reconocimiento de la pensión 12 de julio de 2006, eran las normas vigentes que debía aplicar mi representada, pues se advierte señor juez que para esa fecha no existía la sentencia de unificación del CONSEJO DE ESTADO del 4 de agosto del año 2010, la cual ya no es de aplicación, razón por la cual la re liquidación se efectuó sobre el promedio devengado durante los últimos 10 años de servicio, conformen lo preceptúa en las mencionadas normas, posición confirmada por la CORTE CONSTITUCIONAL a través de la sentencia SU 230 del 29 de abril de 2015 en la cual estableció que efectivamente la liquidación de la pensión debe realizarse todos y cada uno de los factores devengados en los últimos diez años de servicio y no el último año de servicio como lo pretende el aquí demandante

OBLIGATORIEDAD DE APLICAR LA SENTENCIA SU230 DEL 29 DE ABRIL DE 2015

Ahora, debe tener en cuenta le señor Juez que la sentencia SU230 DEL 29 DE ABRIL DE 2015 de la CORTE CONSTITUCIONAL SALA PLENA debe ser aplicada de forma inmediata, de forma obligada por ser precedente y prevalente a todos los procesos en los que se ventilan pretensiones de reliquidación de la pensión de vejes con lo devengado en el último año de servicio conforme a la ley 33 de 1985, como el del (la) aquí demandante, conforme lo ordeno la misma sentencia mencionada

Frente a la anterior petición, la Sala Plena de la Corte Constitucional, señaló que, en efecto, la interpretación fijada por la Corte sobre la exclusión del IBL como un aspecto del régimen de transición "constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no puede ser desconocido en forma alguna"²⁶.

Agregó que la interpretación que realizó la Sala Segunda de Revisión de Tutelas sobre el alcance de los incisos segundo y tercero del artículo 36 al que se viene haciendo referencia se enmarca en el seguimiento -en estricto rigor- de la interpretación fijada por la Corte en Sentencia C-258 de 2013²⁷.

De este modo, puede concluirse que aunque existía una línea jurisprudencial reiterada por las distintas Salas de Revisión de Tutelas 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 la interpretación de esta disposición.

En este punto, cabe anotar que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional los pronunciamientos de la Corte, en particular, los que se emiten en sede de control abstracto, son obligatorios en razón a sus efectos erga omnes y de cosa juzgada constitucional y que basta tan solo una sentencia para que exista un precedente a seguir.

Ahondando en lo anterior, una de las formas de desconocer el precedente constitucional se da cuando "se contraría la ratio decidendi de sentencias de control de constitucionalidad, especialmente la interpretación de un precepto que la Corte ha señalado es la que debe acogerse a la luz del texto superior."²⁸

Como lo ha expuesto esta Corporación, la jurisprudencia en vigor entendida como el precedente constitucional establecido de forma permanente para resolver problemas jurídicos con identidad fáctica no obsta para que la Sala Plena de la Corte, en ejercicio de su facultad interpretativa la modifique. Además, constituye un precedente obligatorio para las Salas de Revisión, quienes no tienen la facultad de variarlo en la aplicación concreta de los asuntos sometidos a su consideración.^{29,30}

En ese sentido, como la Sala Plena tiene competencia para establecer un cambio de jurisprudencia, aún en aquéllos casos en que existe la denominada jurisprudencia en vigor, el anterior precedente interpretativo es de obligatoria observancia.

Argumentación jurisprudencial que se debe tener en cuenta y que justifica la completa aplicación de la sentencia SU230 del 29 de abril de 2015 de la sala plena de la CORTE CONSTITUCIONAL, por parte de los despachos Judiciales que tienen bajo su conocimiento proceso en lo que se ventile la reliquidación de la pensión con lo devengado en el último año de servicio en aplicación de el régimen de transición ley 33 de 1985, ley 71 de 1988 y otras

Así las cosas señor Juez debe tenerse en cuenta la fuerza vinculante de las sentencia de unificación emitidas por la CORTE CONSTITUCIONAL especialmente de su sala plena, para lo cual traigo a colación la siguiente argumentación de tipo jurisprudencial :

" FUERZA VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Doble fundamentación

"Tratándose del tribunal constitucional, la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Constitucional tiene una doble fundamentación, en razón del órgano que la profiere: (i) de un lado, se trata del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional; (ii) de otro lado, es el guardián de la "supremacía e integridad" de la Carta Fundamental".

FUERZA VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA DE ORGANOS JUDICIALES DE CIERRE-Jurisprudencia constitucional/DOCTRINA DICTADA POR ORGANOS DE CIERRE DE SUS JURISDICCIONES-Alcance y aplicación/JURISPRUDENCIA DE ORGANOS JUDICIALES DE CIERRE EN CUANTO A AUTORIDADES CONSTITUCIONALES DE UNIFICACION JURISPRUDENCIAL-Alcance

" La jurisprudencia constitucional ha considerado el valor de las resoluciones judiciales de los órganos judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones frente a decisiones posteriores que deban adoptar los jueces y tribunales, es decir, su condición de "precedente". Este asunto plantea la antigua discusión sobre la fuerza obligatoria de las sentencias, más allá de las causas para cuya resolución fueron dictadas. En otras palabras, si determinadas fallos judiciales han de erigirse en una especie de regla general para la posterior solución de casos semejantes. En la sentencia C-836 de 2001, la Corte abordó, entre otros, el problema jurídico que el caso presente plantea: si los jueces en una jurisdicción deben regirse por los precedentes reconocidos por el órgano de cierre de la misma. Con base en el deber constitucional de igualdad de trato, la Corte asumió que: (...) en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad en la interpretación y aplicación de la ley"; por ello, "cuando no ha habido un tránsito legislativo relevante, los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en todos los casos en que el principio o regla jurisprudencial sigan teniendo aplicación". (Subraya fuera del original). Luego la Corte Constitucional, en la sentencia C-335 de 2008, refiriéndose en general a las decisiones de todos los órganos judiciales de cierre jurisdiccional, reitera el carácter vinculante

26

Auto 326 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo

²⁷ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

²⁸ T-1092 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-656 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁹ Auto 022 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁰ Artículo 34 del Decreto 2591 de 1991. "Los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte".

de la jurisprudencia de los órganos de cierre y, al respecto, afirma: Reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redunde en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculabilidad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares. Según este Tribunal Constitucional, la fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura -sala disciplinaria- y a Corte Constitucional, como órganos de cierre de sus jurisdicciones, proviene fundamentalmente: (i) de la obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar igualdad de trato en cuanto autoridades que son; (ii) de la potestad otorgada constitucionalmente a las altas corporaciones, como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones y el cometido de unificación jurisprudencial en el ámbito correspondiente de actuación; (iii) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (iv) de la necesidad de seguridad jurídica del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, entendida como la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos, derivada del principio de igualdad ante la ley como de la confianza legítima en la autoridad judicial. Nótese que la fuerza vinculante de las decisiones de las denominadas altas cortes surge de su definición constitucional como órganos jurisdiccionales de cierre, condición que les impone el deber de unificación jurisprudencial en sus respectivas jurisdicciones. El mandato de unificación jurisprudencial, únicamente dirigido a las cortes jurisdiccionales de cierre, se erige en una orden específica del Constituyente para brindar cierta uniformidad a la interpretación y aplicación judicial del derecho en desarrollo del deber de igualdad de trato debido a las personas, mediante la fuerza vinculante de sus decisiones judiciales superiores. Así, de la condición de "máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria", de "tribunal supremo de lo contencioso administrativo", de "guarda de la integridad y supremacía de la Constitución" que les fija la Constitución a la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respectivamente, surge el encargo de unificar la jurisprudencia en las respectivas jurisdicciones, tarea implícita en las atribuciones asignadas a la primera como tribunal de casación, en la de cierre jurisdiccional de lo contencioso administrativo del segundo, y en la función de guardián de la Constitución y de revisor de las decisiones judiciales de tutela de los derechos fundamentales que tiene la Corte Constitucional. Y de tal deber de unificación jurisprudencial emerge la prerrogativa de conferirle a su jurisprudencia un carácter vinculante. En otras palabras, el valor o fuerza vinculante, es atributo de la jurisprudencia de los órganos de cierre, quienes tienen el mandato constitucional de unificación jurisprudencial en su jurisdicción".

"FUERZA VINCULANTE DEL PRECEDENTE JUDICIAL-Límite/JURISPRUDENCIA COMO PRECEDENTE Y COMO CRITERIO AUXILIAR-Tensión/APARTAMIENTO JUDICIAL-Límite de la fuerza vinculante de los precedentes judiciales/APARTAMIENTO JUDICIAL-Condiciones

"Sólo a la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales, en cuanto órganos de cierre de las jurisdicciones - constitucional, ordinaria, contenciosa administrativa y jurisdiccional disciplinaria-, se le asigna fuerza vinculante; y en virtud de ella, las autoridades judiciales deben acudir al precedente jurisprudencial para la solución de casos fáctica y jurídicamente iguales. Pero dicha limitación de la potestad interpretativa de jueces y magistrados no conduce a la negación completa del margen de autonomía e independencia que la Constitución les reconoce en el ejercicio de su función judicial. Por eso, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las autoridades judiciales cuentan con la facultad de abstenerse de aplicar el precedente judicial emanado de las cortes jurisdiccionales de cierre, previo cumplimiento de determinadas condiciones. Así, el juez dispone de un margen de apreciación de los supuestos fácticos del caso concreto y de interpretación de las normas aplicables al mismo, que le permite apartarse del precedente judicial, es decir, optar por no aplicar la razón jurídica con base en la cual se resolvió el caso anterior. Sin embargo, el juez o tribunal no puede ignorar el precedente del órgano de cierre de su jurisdicción -la ordinaria, la contenciosa administrativa, la jurisdiccional disciplinaria, y en todo caso, la constitucional-: tienen frente a ella el deber de desarrollar una argumentación explícita justificativa de su inobservancia, es decir, satisfacer una carga dialogal con el precedente, como fundamento de la decisión discrepante. En tales casos, por la iniciativa razonada del juez, el precedente judicial puede no ser aplicado, siempre con referencia expresa al mismo y con justificación jurídica del apartamiento. En la citada sentencia C-634 de 2011, la Corte dijo: La Corte también refirió al grado de vinculación para las autoridades judiciales del precedente jurisprudencial emitido por las altas cortes. Resulta válido que dichas autoridades, merced de la autonomía que les reconoce la Carta Política, puedan en eventos concretos apartarse del precedente, pero en cualquier caso esa opción argumentativa está sometida a estrictos requisitos, entre otros (i) hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales. Esta opción, aceptada por la jurisprudencia de este Tribunal, está sustentada en reconocer que el sistema jurídico colombiano responde a una tradición de derecho legislado, la cual matiza, aunque no elimina, el carácter vinculante del precedente, lo que no sucede con otros modelos propios del derecho consuetudinario, donde el precedente es obligatorio, basado en el principio del stare decisis. Sin embargo, debe resaltarse que la opción en comento en ningún modo habilita a las autoridades judiciales para, en el ejercicio distorsionado de su autonomía, opten por desconocer el precedente, tanto de carácter vertical como horizontal, ante la identidad de supuestos jurídicos y fácticos relevantes, sin cumplir con los requisitos antes mencionados. Por lo tanto, resultarán inadmisibles, por ser contrarias a los principios de igualdad, legalidad y seguridad jurídica, posturas que nieguen la fuerza vinculante prima facie del precedente, fundamenten el cambio de jurisprudencia en un simple arrepentimiento o cambio de parecer, o sustenten esa decisión en el particular entendimiento que el juez o tribunal tengan de las reglas formales de derecho aplicables al caso. En otras palabras, para que la objeción al precedente jurisprudencial resulte válida, conforme a la perspectiva expuesta, deberá demostrarse a que esa opción es imperiosa, en tanto concurren razones sustantivas y suficientes para adoptar esta postura, en tanto el arreglo jurisprudencial existente se muestra inaceptable. Estas razones, a su vez, no pueden ser otras que lograr la vigencia de los derechos, principios y valores constitucionales."

PRECEDENTE JUDICIAL DICTADO POR LAS ALTAS CORTES-Obligación de las autoridades públicas

"Todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contenciosa administrativa y constitucional. La anterior afirmación se fundamenta en que la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y en desarrollo de este mandato, el acatamiento del precedente judicial, constituye un presupuesto esencial del Estado Social y Constitucional de Derecho -art. 1 CP-; y un desarrollo de los fines esenciales del Estado, tales como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución -art. 2-; de la jerarquía superior de la Constitución -art. 4-; del mandato de sujeción consagrado expresamente en los artículos 6º, 121 y 123 CP-; del debido proceso y principio de legalidad -art. 29 CP-; del derecho a la igualdad -art. 13 CP-; del postulado de ceñimiento a la buena fe de las autoridades públicas -art. 83 CP-; de los principios de la función administrativa -art. 209 CP-; de la fuerza vinculante del precedente judicial contenida en el artículo 230 superior; así como de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la Carta Política."

De lo anterior se concluye entonces que en el caso del aquí demandante mi representada, dio aplicación al artículo 36 de la ley 100 de 1993 y la ley 33 de 1985, normas en las que se establece claramente que se mantienen los requisitos de edad, tiempo de servicio y cuantía a o porcentaje de la pensión conforme a la ley anterior a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, pero que respecto a la liquidación de la pensión esta debe realizarse dando aplicación de los artículo 36, 21, de la ley 100 de 1993, decreto 1158 de 1994, por cuanto para la fecha del reconocimiento de la pensión 12 de julio de 2006, eran las normas vigentes que debía aplicar mi representada, razón por la cual la re liquidación se efectuó sobre el promedio devengado durante los últimos 10 años de servicio, conformen lo preceptúa en las mencionadas normas, es posición confirmada por la CORTE CONSTITUCIONAL a través de la sentencia SU 230 del 29 de abril de 2015 en la cual estableció que efectivamente la liquidación de la pensión debe realizarse todos y cada uno de los factores devengados en los últimos diez años de servicio y no el último año de servicio como lo pretende el aquí demandante, debiendo ser negadas la pretensiones de la demanda

Sin embargo, dado que la demanda se centra en una reciente jurisprudencia del Consejo de Estado³¹, consideramos prudente hacer los siguientes aportes:

³¹ Consejo de Estado, Sentencia del 4 de agosto de 2010, Rad. Interno No0112-2009, M.P. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILLA.

No se puede desconocer que en nuestro país ha hecho carrera la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual, el beneficio derivado del término "monto" incluido en el régimen de transición, implica para sus beneficiarios la aplicación integral de la norma reguladora del régimen anterior, para el caso de la Universidad la Ley 33 de 1985, razón por la cual la pretensión del último año podría prosperar, precisando sin embargo que esta interpretación tiene contrapeso en la lectura que del mismo tema hace la Honorable Corte Suprema de Justicia, el ingreso base de liquidación es un concepto independiente del monto y por eso se debe aplicar el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo hizo en el presente caso la Universidad.

Sin embargo, en el tema de los factores a tener en cuenta para liquidar las pensiones de los empleados públicos, y pese a existir una sentencia de unificación, como es la citada por la demandante³², no se puede hablar de una jurisprudencia pacífica, ya que en otros pronunciamientos el mismo Consejo de Estado ha desarrollado de manera coherente la teoría de la aplicación integral de la Ley 33 de 1985, que permite liquidar con el último año, y que en sana lógica, debe limitar los factores a tener en cuenta, según el listado contenido en la misma ley.

Esta posición, concordante además con el mandato constitucional contenido en el artículo 230, según el cual los jueces en sus providencias, sólo estarán sometidos al imperio de la Ley, se puede observar, entre otras, en las siguientes sentencias:

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", 11 de noviembre de 2009, C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE, Ref.: 250002325000200401574 01 y N° Interno 0930-08:

En esta providencia, donde se resolvió el caso de un ex empleado público de la Superintendencia Bancaria, beneficiario del régimen de transición, se afirmó de manera expresa, que los factores a incluir en la liquidación de la pensión debían ser solamente los señalados en la Ley 33 de 1985. Al respecto se citan tres apartes contenidos en las consideraciones de la Sala:

"En lo que tiene que ver con el monto pensional, ya esta Corporación se ha pronunciado en varias oportunidades señalando que el monto de la pensión aplicable al régimen de transición conlleva no sólo el porcentaje previsto en las normas favorables anteriores, sino también los factores contemplados en las mismas." (Subrayas fuera del texto)(...)

"Por consiguiente, a las personas beneficiarias del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, a quienes al 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la referida ley para el orden nacional, tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior al cual se hallaban afiliados respecto a la edad para acceder a la pensión de jubilación, el tiempo de servicio y el monto de la prestación, los cuales resultan ser, para el caso de los servidores públicos, en principio, el dispuesto por la Ley 33 de 1985, en especial el artículo 3º, el cual fue modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de la misma anualidad y que prevé en su inciso 2º:

"Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: 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".

A este respecto, resulta importante aclarar que los factores establecidos en las precitadas Leyes 33 y 62 de 1985 son taxativos y, por ende, no es posible aplicar otros beneficios otorgados al trabajador legal o extralegalmente. Lo anterior, porque si bien no se desconoce que dichas normas consagraron que "En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes"; tal expresión debe leerse bajo el entendido de que es obligación de las Cajas de Previsión hacer los descuentos por aportes pero sólo sobre los factores taxativamente señalados pueden construir la pensión del afiliado, sin que ello implique abrir un abanico de factores que eventualmente puedan constituirse como base para liquidar la pensión³³." (Subrayas fuera del texto)

(...) "Tampoco resulta pertinente acudir al principio de favorabilidad para incluir en la liquidación de la pensión todos los factores devengados, porque en materia pensional, mientras más atrás en el tiempo se busca la norma aplicable, más favorable resulta a los intereses del pensionado. El principio de favorabilidad supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables a diferencia del régimen de transición, en el cual, la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, pues la legislación pensional ha procurado tomar en cuenta, en materia de edad, la realidad demográfica y, por eso, ha ido aumentando gradualmente la edad para acceder a esta prestación; y en materia de factores de liquidación ha buscado la correlación y coherencia financiera del sistema de pensiones, procurando que el reconocimiento pensional se efectúe únicamente con los factores previstos de manera expresa por el legislador y no con todo lo devengado por el trabajador, cuando no tiene derecho a ello" (Subrayas fuera del texto)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", 8 de abril de 2010, C.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, Ref.: 15001 23 31 000 2002 03625 01 y N° Interno 1593-08.

En el mismo sentido y de manera reciente, en esta sentencia de abril de 2010, se reiteró que si se pretende dar aplicación de manera integral a la norma anterior, no puede desconocerse el mandato expreso del legislador, contenido en la Ley 33 de 1985, respecto de los factores que se pueden incluir al momento de liquidar las pensiones de los empleados públicos. En esta sentencia se pueden observar los siguientes dos apartes, de los cuales, el primero, si bien es extenso, precisa el concepto de factor salarial citando a la Corte Constitucional y a la Corte Suprema de Justicia:

"Lo primero que advierte al respecto la Sala es que por expresa disposición legal componen la base de liquidación pensional los factores salariales definidos en la Ley, lo que descarta en principio la inclusión de conceptos prestacionales salvo aquellos casos en los que el mismo Legislador lo ha habilitado, como se evidencia en algunos regímenes especiales en los que se incluyen en la liquidación pensional la totalidad de sumas percibidas por el empleado en el último año de servicios.

Lo anterior, impone además distinguir el concepto de "factor salarial" del concepto amplio y general de "elemento salarial". Para tal efecto, se observará el planteamiento expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-279 de 1996, bajo el análisis de constitucionalidad del numeral 3º del artículo 2º de la Ley 60 de 1990, mediante el cual el Legislativo le concedió facultades extraordinarias al Ejecutivo para fijar el procedimiento, requisitos y criterios para la asignación de la prima técnica, "sin que constituya factor salarial".

Uno de los fundamentos de la demanda de inconstitucionalidad que se cita, refería que la norma demandada al no consagrar esa prima técnica como un factor salarial, transgredía los Convenios Internacionales ratificados por el Congreso, específicamente el Convenio 95 aprobado por la Ley 54 de 1962, en los que se define "salario" como toda la retribución que se recibe por el trabajo.

La Corte Constitucional, trajo primero a colación lo dicho por la Corte Suprema de Justicia y sostuvo lo siguiente:

"La Corte Suprema de Justicia, en uno de sus recientes fallos sobre las modificaciones que en materia salarial en el sector privado introdujo la Ley 50 de 1990, y en relación con la naturaleza jurídica de las primas, afirmó que:

"En efecto, ni siquiera al legislador le está permitido contrariar la naturaleza de las cosas, y por lo mismo no podría disponer que un pago que retribuye la actividad del trabajador ya no sea salario. Lo que verdaderamente quiere decir la última parte del artículo 15 de la Ley 50 de 1990, aunque debe reconocerse que su redacción no es la más afortunada, es que a partir de su vigencia pagos que son "salario" pueden no obstante excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales (prestaciones sociales, indemnizaciones, etc.).

Este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer, ya que aun cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador, no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador

³² IBIDEM

³³ Sentencia de 6 de agosto de 2008, exp. 0640-08 M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

disponer que determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter." Igualmente, la Corte Constitucional, ha sostenido que "el legislador conserva una cierta libertad para establecer, que componentes constituyen, o no salario, así como la de definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución.

Las definiciones de convenios internacionales que transcribe la actora no significan que el legislador nacional haya perdido la facultad de tomar o no en cuenta una parte de la remuneración que perciben los trabajadores para definir las bases sobre las cuales han de hacerse otros pagos.

Así pues, el considerar que los pagos por primas técnicas y especiales no sean factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado Colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo, ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido ante la comunidad internacional". (Subraya la Corte)

De acuerdo con lo expuesto por las dos altas Cortes, considera la Sala que no existe ningún precepto constitucional que impida al Legislador disponer que determinada prestación social se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, es decir, sólo con algunos elementos salariales, o lo que es mejor, corresponde al Legislador definir los elementos salariales que constituirán factor de liquidación de una prestación determinada, facultad que le compete legítimamente en desarrollo de la Constitución."

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", 18 de febrero de 2010, C.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, Ref.: 25000-23-25-000-2004-04269-01y N° Interno 1020-08.

Finalmente y para no alargar más de lo necesario el presente escrito, citamos esta última sentencia, donde el Consejo de Estado, precisa lo siguiente:

"En cuanto a la liquidación en concreto del derecho pensional, es decir, en cuanto a los factores que deben tenerse en cuenta para el cálculo de la base de liquidación de dicha prestación, debe observarse el contenido expreso del artículo 1° de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985. En consecuencia, serán los factores salariales enlistados en la Ley 62 de 1985 los que se utilizarán para promediar la base y aplicar el porcentaje establecido, es decir, la asignación básica, los gastos de representación, las primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y festivos, hora extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio, que haya devengado el actor en el último año de servicios.

Como puede verse, allí no están incluidos el subsidio de transporte, la prima de servicio, la prima de vacaciones y de navidad, devengadas por la parte actora durante el último año de servicios y reconocidos en el fallo de primera instancia, por lo que no es viable computarlos en la cuantía de la pensión de jubilación del actor pues como ya se explicó, la definición de los mismos corresponde exclusivamente al Legislador.

Para la Sala es claro que si los factores que deben ser considerados para efectos pensionales son los señalados por la Ley, sobre los cuales es imperativo el descuento por aportes, como quedó establecido, ningún factor diferente puede entonces válidamente ser incluido en la liquidación de la pensión. Si bien la liquidación efectuada por la Entidad en el acto de reconocimiento es incorrecta, por cuanto desconoce el derecho del actor al régimen de transición que implica la aplicación integral del régimen anterior salvo los casos en los que resulta aplicable el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 bajo el principio de favorabilidad, lo que impone en este caso la reliquidación pensional a la luz de las Leyes 33 y 62 de 1985 tal como lo afirmó el a quo, la reliquidación ordenada sólo debe adelantarse con base en los factores salariales allí especificados, sin que resulte válido incorporar a la liquidación respectiva factores prestacionales como los indicados por el a-quo, razón por la que el fallo apelado deberá modificarse en tal sentido, pues la inclusión de tales factores es válida únicamente en los regímenes especiales o en los casos en los que el Legislador lo habilite expresamente." (Subrayas fuera del texto)

Como se puede observar, para el Consejo de Estado ha sido claro, en aplicación del régimen de transición, que sólo se pueden tener en cuenta los factores expresamente señalados por el legislador, y para el caso del demandante, tal y como también lo ha dicho la misma Corporación, únicamente se podrán incluir los factores señalados de manera expresa por la Ley 33 de 1985.

Inaplicación al presente caso de la Sentencia invocada en la Demanda.

Considerando que la demandante invoca la sentencia del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado (No. Interno 0112-2009) transcribiendo algunos apartes, hay que señalar ciertas inconsistencias que impiden aplicar dicho precedente, por resultar contrario al mandato constitucional que obliga a los jueces a someterse al imperio de la Ley.

En una parte de la sentencia plantea el Consejo de Estado lo siguiente:

"Entre tanto, como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación y así lo solicitó en la demanda³⁴." (Subrayas fuera del texto)

Luego, desatendiendo no sólo el mandato legal sino su propia conclusión de acudir a la Ley 33 de 1985 como normatividad correspondiente, a reglón seguido plantea la inclusión de factores no señalados por la Ley previamente invocada.

Posteriormente se encuentra la siguiente antinomia, también transcrita en la demanda:

"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. ³⁵" (cursivas propias del texto)

Como se puede observar, el Consejo de Estado acepta expresamente que el Decreto 1045 de 1978 no es aplicable a los empleados públicos del nivel nacional, como es el caso de la demandante, por ser estos destinatarios de la Ley 33 de 1985; sin embargo y paradójicamente, obliga a incluir factores no contenidos en la Ley pero sí en Decretos que no aplican al caso.

³⁴ Al respecto ver la sentencia de 13 de marzo de 2003, proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda de esta Corporación, Consejera ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero, Radicación número: 17001-23-31-000-1999-0627-01(4526-01), Actor: Carlos Enrique Ruiz Restrepo, Demandado: Universidad Nacional de Colombia.

³⁵ 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.

Por último y de manera más inexplicable aún, se encuentra que en el Alto Tribunal acepta que dentro de los factores pretendidos están algunas prestaciones sociales, a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación, pese a lo cual, y a pesar de tener tal naturaleza, sin ninguna explicación concluye que son salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma que, tal y como lo acepta el propio Consejo de Estado, no es aplicable a la parte demandante.

Precedentes aplicable al caso.

Para finalizar, se anotará que para el caso particular de la Universidad Nacional de Colombia y sus ex empleados públicos beneficiarios del régimen de transición, dos casos han llegado recientemente al Consejo de Estado, y en ambos, después del correspondiente estudio y las consideraciones respectivas, la honorable corporación ha concluido lo siguiente:

1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", 8 de Mayo de 2008, C.P. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, Ref.: 25000-23-25-000-2004-08433-01 y N° Interno 2375-08, Autoridades Nacionales. Actor Rogelio Sandoval Perilla:

Dando la razón a los argumentos hasta aquí expuestos, el Consejo de Estado confirmó la sentencia previa del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que ordenó la aplicación integral de la Ley 33 de 1985 para un beneficiario del régimen de transición, considerando: "En estas condiciones la pensión de jubilación del actor debía ser liquidada con los factores establecidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, tales como la asignación básica y la bonificación por servicios devengados en el último año de servicios comprendido entre el 1° de agosto de 1998 y el 1° de agosto de 1999 (fl. 53)."

2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 13 de marzo de 2003, C.P. ANA MARGARITA OLAYA FORERO, Ref.: 17001-23-31-000-1999-0627-01 y N° Interno 4526-01, Autoridades Nacionales. Actor Carlos Enrique Ruiz:

En igual sentido, el Consejo de Estado confirmó la sentencia previa del Tribunal Administrativo de Caldas que también había ordenado la aplicación integral de la Ley 33 de 1985 para un beneficiario del régimen de transición, considerando: "La base salarial para liquidar la prestación en el presente proceso es, se repite, el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, lo que impone confirmar la providencia del a quo que declaró la nulidad de los actos acusados y ordenó el condigno restablecimiento del derecho, pero por motivos parcialmente diferentes a los expresados por el Tribunal."

En este punto debemos señalar que si bien la Universidad Nacional de Colombia no tiene régimen especial, se debe tener en cuenta que, en materia de precedentes, lo ideal es acudir a sentencias donde exista similitud en hechos y pretensiones, razón de más para rogar a su despacho que además de todos los argumentos de carácter legal y constitucional expuestos, se tengan como precedentes aplicables, los dos casos aquí citados, donde coinciden entidad demandada y la condición y pretensiones del demandante.

3.2.7. EXCEPCION DE FALTA DE PRUEBAS

Se debe tener en cuenta que no prueba la parte actora su derecho a que se aplique la convención colectiva y que efectivamente la pensión concedida al señor HERNANDO CORTES, no hubiese sido liquidado con todos y cada uno de los factores por el devengados, pues no obra en el expediente, ni se aportó la prueba conducente e idónea que permitiera determinar que efectivamente la liquidación pensional adolecía del algún factor, prueba esta que debía ser aportada por el demandante, pues es a quien le interesa demostrar dentro del juicio que efectivamente la Universidad Nacional Fondo Pensional, no tuvo en cuenta todos los factores por el argüidos, esto en aplicación al principio de la carga de la prueba, principio que no puede pasarse por alto por usted señor Juez, ni dar por ciertas las afirmaciones del demandante, respecto a dicha situación, sin que exista la prueba documental "certificación de factores con los que se concedió la pensión" que permitiera establecer que efectivamente si hacían falta factores y cuales específicamente.

Es decir señor Juez que, dentro del proceso no se prueba que efectivamente la UNIVERSIDAD NACIONAL FONDO PENSIONAL, no hubiese incluido en la liquidación de la pensión, al momento de concederla, todos y cada uno de los factores que devengaba el demandante, arriba enlistados, pues la única prueba que se aporta, respecto de este punto en particular, es la certificación de los factores devengados por el demandante en el último año de servicio, pero repito no se aporta certificación de los factores con los que se liquidó la pensión en su momento, o certificación de cuales no fueron tenidos en cuenta, situación está que conlleva a establecer que la sentencia adolece de sustento probatorio.

El art. 177 del CPC derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012, se establece que la carga de la prueba consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las pretensiones o a la defensa resulten probados; en ese sentido, en relación con los intereses de la parte demandante, debe anotarse que quien presenta la demanda, sabe de antemano cuáles hechos le interesa que aparezcan demostrados en el proceso, como en este caso se debió demostrar que efectivamente la UNIVERSIDAD NACIONAL FONDO PENSIONAL no incluyó en la liquidación de la pensión todos los factores devengados por el actor, para que los derechos le fueren reconocidos, más aun cuando prima la presunción de legalidad inherente a los actos administrativos, como es que estos se tiene por ajustados a derecho, mientras no se demuestre lo contrario, artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, ajuste a derecho que no fue desvirtuado en el presente asunto, respecto a las resoluciones demandadas, en el punto específico de la inclusión o no de la totalidad de los factores.

De acuerdo con lo anterior, es fácil determinar que en razón a la inactividad probatoria del demandante, en cuanto éste no aporta la prueba que le permitieran acreditar en el plenario que efectivamente la UNIVERSIDAD NACIONAL no había incluido todos los factores por el devengados, es decir que hubiesen faltado algunos, conlleva a que la pretensiones de la demanda no puedan ser resueltas de forma favorable, y por lo tanto se debe absolver a mi representada de incluir cualquier factor, por no haberse probarse los que supuestamente faltaban

3.2.8. EXCEPCION DENOMINADA EMOLUMENTOS YA RECONOCIDOS POR EL FONDO PENSIONAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AL DEMANDANTE

Debe tenerse en cuenta que mi representada, conforme a las resoluciones aquí demandadas, la certificación que obra dentro del expediente, reconoció la pensión conforme a lo establecido en el artículo 6 Decreto 691 de 1994 modificado por el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994 "ARTICULO 1o. El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización". El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

a) La asignación básica mensual;

b) Los gastos de representación;

c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;

d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.

e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;

f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en

Calle 44 No. 45-67, EDIFICIO CAMILO TORRES, Bloque C Módulo 6

Teléfono: (57-1) 316 5268 Conmutador: (57-1) 316 5000 Ext: 10974 -10971

Correos electrónicos: notificaciones_juridica_bog@unal.edu.co

<pensiones@unal.edu.co, notificaciones_juridica_nal@unal.edu.co,

dijp_nal@unal.edu.co

Bogotá, Colombia, Sur América

Carrera 7 No 17-01 Of. 850 Cel. 3143945275 Bogotá, D.C.

Jornada nocturna:

g) La bonificación por servicios prestados:

Quedando es claro, entonces, que el ente UNIVERSITARIO al momento de reconocer la pensión líquido la misma con todos y cada uno de los factores devengados, como son los allí enlistados, por lo que cualquier pretensión respecto de estos debe ser desechada, pues no se puede condenar a mi representada a pagar factores que ya reconoció como son los enlistados en el decreto 1158 que son de carácter legal, porque no son aplicables los acuerdos, y que nuevamente se están solicitando incluir en esta demanda

3.2.9. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Que se propone respecto de los derechos con más de tres años de causación Sin que de ninguna manera se entienda reconocimiento de los hechos y pretensiones aducidos por el demandante, se propone esta excepción correspondiente a cualquier derecho que eventualmente se hubiese causado en favor del demandante y que de conformidad con las normas legales y con las probanzas del juicio, quedara cobijado por el fenómeno de la prescripción y cuya acusación se haya producido dentro de los tres años de anterioridad a la fecha de presentación de la demanda pues se debe tener en cuenta que han transcurrido más de 3 años desde la fecha de su causación .

Así mismo, debe tenerse en cuenta que en el presente caso opera la excepción de prescripción de fondo sobre las pretensiones, mesadas pensionales o cualquier derecho que se pretenda que tenga una fecha de generación mayor a tres años, teniendo en cuenta que el retiro del servicio fue el 30 de noviembre de 2008 y la demanda presentada el día 14 de julio de 2017 por lo que entre una y otra transcurrieron 7 años, por lo que todos los derechos o sumas que se pretendan y que tengan causación anterior al 14 de julio de 2013, ya se encuentran más que prescritos.

Así mismo en cuanto a esta excepción se debe tener en cuenta que la figura de la prescripción en materia Contenciosa, si puede ser decretada de oficio por parte del Juez, en virtud del Rad. 66001-33-31-001-2011-00626-01 (C-0107-2013) Nulidad y Restablecimiento del Derecho Actor: María Eugenia Cortés Cuevas 15 artículo 164 del C.C.A., y de igual forma lo expresó el H. Consejo de Estado en los siguientes términos: "(...) En lo que se refiere a la aplicación de la prescripción trienal también ha sido prolífica en señalar que el juez de lo contencioso administrativo está facultado conforme al artículo 164 del C.C.A., para aplicar, de oficio, las excepciones que encuentre probadas, y entre estas, a no dudarlo, se incluyen la prescripción de los derechos laborales. En efecto, no es de recibo el argumento de la parte demandante de que no debió aplicarse la prescripción porque en el proceso no lo solicitó la parte demandada pues esta figura opera ipso iure, por ministerio de la ley, de manera que no es del caso alegarla, dado que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 164 del C.C.A., en la sentencia definitiva debe el juez administrativo decidir sobre "las excepciones propuestas y sobre cualquier otra que el fallador encuentre probada"...

3.2.10. EXCEPCION DE OBLIGATORIEDAD DE LA APLICACIÓN DE LOS DESCUENTOS DE SALUD, PENSIÓN Y SOLIDARIDAD PENSIONAL SOBRE FACTORES QUE SE ORDENARON INCLUIR PARA RELIQUIDACION DE LA PENSIÓN

3.2.10.1. OBLIGATORIEDAD DE LA APLICACIÓN DE LOS DESCUENTOS DE SALUD, PENSIÓN Y SOLIDARIDAD PENSIONAL SOBRE FACTORES QUE SE ORDENARON INCLUIR PARA RELIQUIDACION DE LA PENSIÓN

Se debe tener en cuenta señor Juez, que frente a la compensación de aportes o descuentos por salud, pensión y solidaridad estos deben realizarse de forma obligatoria, tanto por estar establecido en la ley 100 de 1993 "ley 100 de 1993. Artículo 22. "El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno". Como por haberse ordenando en la sentencia que puso fin al proceso, a través del cual el aquí demandante logro la reliquidación de la pensión, Sentencias en las cuales se extracta que dichos descuentos deben efectuarse por toda la vida laboral del demandante

Así mismo se estableció en el SU230 DEL 29 DE ABRIL DE 2015 que los descuentos para seguridad social en salud son obligatorios, situación que no puede ser pasada por alto pro e Despacho de la seora Juez al momento de dictar sentencia

SU230 DEL 29 DE ABRIL DE 2015

Por último, como el accionante indicó que en la sentencia de casación se había resuelto que del pago del retroactivo pensional se descontara lo equivalente al valor de las cotizaciones para el sistema de seguridad social en salud, debe precisarse que tal orden tienen un sustento legal y constitucional que obliga a todos los pensionados a realizar los respectivos aportes al sistema, aún cuando no se haya recibido un servicio específico por parte del mismo, toda vez dentro de los principios rectores de la ley de seguridad social se encuentra el de solidaridad.

Adicionalmente, el aporte del 12% del valor de la mesada pensional no se convierte en una carga excesiva y desproporcionada para el pensionado, pero sí representa un valioso aporte para los regímenes subsidiados y contributivos en salud.

El descuento equivalente al 12% sobre el valor de las cotizaciones para el Sistema de Seguridad Social en Salud, se encuentra conforme con los postulados legales y constitucionales, en especial, el principio de solidaridad. Además, no constituye una carga excesiva ni desproporcionada para los pensionados

Es así como, respecto de los descuento por concepto de aportes a seguridad social se ha efectuado pronunciamiento por parte del Consejo de Estado en varias sentencias de la Sección Segunda - Sub Sección "A" especialmente la emitida por el - C.P: Luis Rafael Vergara Quintero, veintidós (22) de noviembre de dos mil doce (2012). - radicación número: 76001-23-31-000-2009-00241-01(1079-11): "tiene como fundamento el principio de sostenibilidad del Sistema General de Pensiones, toda vez que el pensionado no puede desconocer que los nuevos factores que se ordenaron incluir dentro de la liquidación de su prestación, eran recursos que, en su momento, se debieron tener en cuenta por la administración para efectuar los aportes mensuales al Sistema, pues con base en ellos se está disponiendo la liquidación de la pensión y la entidad pagadora de la pensión no puede realizar un pago sobre factores no cotizados, toda vez que la obligación de pago se deriva de los aportes con que cuenta y que fueron los que efectuó el trabajador durante su vida laboral.

La Sala estima que debe existir correspondencia entre los factores respecto de los que se hacen aportes y sobre los que se ordena realizar la liquidación de la pensión, debiendo existir identidad entre unos y otros y si, en casos como en presente, no se efectuó la cotización respecto de todos ellos, se debe hacer el descuento correspondiente, al momento de pagar las diferencias que surjan de la nueva liquidación, pues ello permite la sostenibilidad del Sistema Pensional (...)"

Así las cosas, si bien es cierto al aquí demandante le fue reconocido el derecho a que su pensión le fuere reliquidada atendiendo los nuevos factores salariales percibidos en el año anterior al retiro definitivo del servicio, también cierto es que, sobre los factores que se ordenan incluir en las sentencias que ordenaron la reliquidación, el aquí demandante no realizó la cotización o aportes para seguridad social, aun cuando tenía y tiene la obligación de efectuarlo conforme a lo establecido en la mencionada ley 100 de 1993, es decir es una obligación que nace de la aplicación de una norma, siendo reafirmada por unas sentencias judiciales y bajo la premisa de mantener la sostenibilidad del sistema pensional, por lo que este es el fundamento para que la UNIVERSIDAD haya efectuado descuentos por seguridad social, (salud y pensión) y solidaridad pensional, por toda la vida laboral del (la) señor (a) OLGA GOMEZ GOMEZ debidamente indexados

De otro lado, es preciso traer a colación algunos apartes señalados por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación proferida el 04 de agosto de 2010, en relación con el tema objeto de análisis:

5. "Naturaleza jurídica de la pensión de jubilación(...)

A su turno, la pensión de jubilación constituye una prestación social que, por regla general, se otorga al beneficiario como consecuencia lógica de haber proporcionado en forma personal, subordinada y remunerada un servicio determinado, producto de una relación laboral. Igualmente, en el transcurso de la vinculación el empleado efectúa aportes a la seguridad social con el fin de proveer por su salud, la de su familia y por supuesto precaver la ocurrencia de las circunstancias de invalidez, vejez o muerte que le permitan a futuro procurar su subsistencia y la de su núcleo familiar.

Entonces, en lo que atañe a la pensión de jubilación es válido afirmar que la misma no es una dádiva del Estado sino que constituye un salario diferido, un ahorro que hace el trabajador durante su vida laboral para que al llegar a su etapa de vejez pueda ver amparada la disminución que ocasiona esta circunstancia en su capacidad de trabajo.

(...)

6. De las finanzas públicas(...)

Sin embargo, las finanzas públicas no pueden convertirse en el fundamento único y determinante para limitar el acceso a las prestaciones sociales o disminuir sus garantías, pues el legislador ha previsto medidas tendientes a procurar la autosostenibilidad del sistema.

En efecto, en lo que concierne a las pensiones de jubilación y vejez se ha previsto que el trabajador efectúe aportes durante la relación laboral como requisito indispensable para acceder a tales beneficios.(...)

En este orden de ideas, la protección al erario público es un principio que debe armonizarse con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial importancia, de esta manera se logra efectivizar ambos mandatos sin necesidad de restringir excesivamente ninguno de ellos, toda vez que, como ha quedado expuesto ambos deben coexistir dentro del Estado Social de Derecho.(...)

De otro lado, se comparte la decisión del Tribunal en cuanto ordenó el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal. Esta tesis ha sido sostenida en otras oportunidades por esta Corporación, y se ha reiterado en las consideraciones de la presente sentencia, en el sentido que la referida omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional." (Negritas propias)

De la sentencia proferida por el Consejo de Estado, es preciso extraer las siguientes conclusiones:

- Resalta a la vista que el Consejo de Estado en la sentencia de Unificación, avaló los descuentos que debe efectuar la Administradora de Pensiones sobre los factores que no fueron objeto de cotización, pero que deben ser tenidos en cuenta para la reliquidación de la prestación económica. Tan es así, que a la fecha todos los jueces ordenan a las Administradoras efectuar dichos descuentos.
- La Corte Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia que la pensión de jubilación es concebida como un ahorro que efectúa el trabajador durante toda su vida laboral para amparar las contingencias que se derivan de la vejez. Así las cosas, debe existir una correspondencia entre el esfuerzo individual de toda la vida laboral y el monto de la pensión reconocida. Lo contrario conduciría a inequidades en materia pensional, que terminan siendo subsidiadas en su totalidad por el Estado.
- Debe armonizarse la protección del erario público con los derechos laborales, lo cual se logra a través de la deducción de los aportes cuando se haga el reconocimiento prestacional, pues la omisión de la administración no puede menoscabar los derechos laborales de los trabajadores.

En ese orden de ideas, y siguiendo con la línea señalada tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Constitucional, según la cual la pensión es un ahorro que efectúa la persona durante toda la vida laboral para cubrir las contingencias de la vejez, y en virtud del principio de sostenibilidad del Sistema Financiero, los descuentos sobre los factores que no fueron objeto de cotización y que son incluidos para la liquidación de la pensión de vejez a la luz de la sentencia de unificación del Consejo de Estado, deben efectuarse sobre toda la vida laboral, pues otra interpretación conduciría a una desfinanciación del Sistema General de Pensiones y a desvirtuar la naturaleza jurídica de la pensión de jubilación.

Ahora bien, es necesario establecer si sobre dichos aportes opera el fenómeno jurídico de la prescripción, el cual ha sido definido por el código civil como el modo de extinguir las acciones y los derechos ajenos, por no haberse ejercido durante cierto lapso de tiempo. La prescripción es entonces, un modo de extinguir las obligaciones, sin embargo, debe quedar por sentado que prescribe es el derecho a presentar una reclamación.

Así lo ha señalado la doctrina, más específicamente los hermanos MAZEAUD,³⁶ quienes sostienen que: "prescribe la acción pero no la obligación. La prescripción tan solo le prohíbe al acreedor exigir el cumplimiento; lo priva de su derecho a demandar; pero por continuar obligado en conciencia el deudor, la obligación subsiste como obligación natural."

³⁶ HENRI Lédin y Jean MAZEAUD, Lecciones de Derecho Civil, parte II, vol. III, ob. Cit., pág. 431 y 432.

De conformidad con lo establecido en el artículo 2535 del Código Civil, la prescripción comienza a contarse desde el día en que la obligación se ha hecho exigible, y no antes. Así lo ha señalado el Consejo de Estado, quien en sentencia del 18 de mayo de 2011, se pronunció respecto a la prescripción, en los siguientes términos: "Para que opere el fenómeno prescriptivo se requiere que transcurra un determinado lapso durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Dicho tiempo se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible.

De lo anterior, es claro que la figura de la prescripción es una sanción al titular del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la ley le otorga, lo que supone, en primer lugar, la evidencia de la exigibilidad y, en segundo lugar, una inactividad injustificada del titular del derecho en lograr su cumplimiento".³⁷

En ese orden de ideas, el punto de partida de la prescripción será siempre la exigibilidad del derecho; desde el momento en que el derecho se haga exigible, podrá empezarse a contar el plazo para la aplicación de dicho fenómeno jurídico, pues la prescripción obedece en sí misma a una sanción por no ejercer el derecho.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Pensiones se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semiformal, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general.

En una primera instancia, la Ley 33 de 1985 estableció: "Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio."

Así mismo el Decreto 1158 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, estableció el Ingreso Base de Cotización de los empleados públicos docentes, no docentes y los trabajadores oficiales, el cual señala de forma taxativa como factores constitutivos del mismo los siguientes: a) La asignación básica mensual; b) Los gastos de representación; c) La prima técnica, cuando sea factor de salario; d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario; e) La remuneración por trabajo dominical o festivo; f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna; g) La bonificación por servicios prestados.

Con ocasión de las normas anteriormente mencionadas, no podía la Universidad efectuar descuentos por aportes no contemplados en la Ley y que hoy son objeto de reliquidación; la posibilidad de efectuar dichos descuentos, surge con la sentencia del Consejo de Estado del 04 de agosto de 2010, pero sólo se hace exigible a la Universidad al momento de reconocer la pensión de jubilación en virtud del régimen de transición y en aplicación de dicha jurisprudencia, pues sólo a raíz del reconocimiento prestacional se faculta a una entidad a efectuar los descuentos sobre los aportes no cotizados.

Ahora bien, como se señaló anteriormente, el no haber efectuado los descuentos sobre los factores mencionados, no es un hecho que le sea imputable al empleador y por lo tanto no puede ser considerado como un yerro de la administración, pues era la misma ley la que permitía efectuar descuentos sobre dichos factores.

Así las cosas, no puede trasladarse la totalidad de la carga sobre la base que existió una omisión de la Universidad Nacional de Colombia, pues esto no obedece a la realidad: los descuentos sobre los factores mencionados no fueron objeto de cotización porque la ley no lo permitía mas no por una falla de la administración, luego no siendo imputable el error a la administración, la carga debe ser asumida tanto por el trabajador como por el empleador, en los porcentajes que le corresponde a cada uno, y con valores presentes que financien la reliquidación pensional en los términos señalados por el Consejo de Estado.

DE LOS DESCUENTOS CON DESTINO AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

En cuanto a los rubros por concepto de aportes en salud, y su legalidad es preciso traer a colación la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 22 de noviembre de 2012, con ponencia del Honorable Magistrado LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, radicado 76001-23-31-000-2009-00241-01(1079-11), mediante la cual se pronunció respecto a los descuentos al Sistema General de Seguridad Social, señalando lo siguiente: "....."Ahora bien, en lo que respecta a los factores que no se tuvieron en cuenta para realizar aportes al Sistema General de Pensiones, pero que si se ordenaron incluir en la liquidación de la pensión en la sentencia de primera instancia, la sala considera que de la suma que se ordene reconocer a la demandante por concepto de las diferencias que surjan con ocasión de la reliquidación de su pensión de vejez, se debe ordenar hacer los descuentos sobre los factores respecto de los cuales no se hicieron aportes al Sistema..... La anterior decisión tiene como fundamento el principio de sostenibilidad del Sistema General de Pensiones, toda vez que el pensionado no puede desconocer que los nuevos factores que se ordenaron incluir dentro de la liquidación de su prestación, eran recursos que en su momento se debieron tener en cuenta por la administración para efectuar los aportes mensuales al Sistema pues con base en ellos se está disponiendo la liquidación de la pensión y la entidad pagadora de la pensión no puede realizar un pago sobre factores no cotizados, toda vez que la obligación de pago se deriva de los aportes con que cuenta y que fueron los que efectuó el trabajador durante su vida laboral. La Sala estima que debe existir correspondencia entre los factores respecto de los que se hacen aportes y sobre las que se ordena realizar la liquidación de la pensión, debiendo existir identidad entre unos y otros y si, en casos como en presente, no se efectuó la cotización respecto de todos ellos, se debe hacer el descuento correspondiente, al momento de pagar las diferencias que surjan de la nueva liquidación, pues ello permite la sostenibilidad del sistema pensionan

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado resolvió: "ADICIÓNASE el numeral 4° de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 5 de noviembre de 2010 que accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso promovido por Luz Daris Portocarrero Reina contra la Caja Nacional de Previsión Social, así: Sobre los nuevos factores a tener en cuenta para el reconocimiento de la liquidación de la pensión de sobrevivientes reconocida a la señora Luz Daris Portocarrero Reina, la Caja Nacional de Previsión Social deberá realizar los descuentos por concepto de aportes destinados para el Sistema de Seguridad Social en Salud. Así mismo, sobre los nuevos factores a tener en cuenta en la respectiva liquidación de la pensión, deberán realizarse los descuentos por concepto de los aportes que no se hubieran efectuado al Sistema General de Pensiones, de conformidad con lo manifestado en las consideraciones"(Subraya y negrilla fuera del texto original).

Con lo anterior, queda claro que los descuentos sobre los factores que son tenidos en cuenta para efectos de la reliquidación de las pensiones de jubilación, deben realizarse por concepto no sólo de pensión sino también de salud, pues los mismos tienen sustento en el principio de solidaridad que rige el Sistema General de Salud.

³⁷ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda Subsección A – 18 de mayo de 2011 – Magistrado Ponente Gustavo Eduardo Gomez Aranguren – Rad. 50001-23-31-000-2006-00945-01

Vale la pena resaltar que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el ingreso base de cotización debe ser igual tanto en salud como en pensión, razón por la cual al efectuar los descuentos de pensión deben realizarse también los descuentos de salud, tal como lo ordenó el Consejo de Estado en la mencionada sentencia, en virtud del principio de solidaridad.

Así mismo, es preciso señalar que el artículo 8 de la Ley 100 de 1993 establece: "ARTICULO 8o. CONFORMACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL. El Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley

Dado lo anterior, y el hecho de que del Sistema de Seguridad Social este concebido como un sistema integral (Que está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales), es importante aclarar que el Fondo Pensional de la Universidad Nacional en ningún momento le ha dado una destinación diferente a los recursos descontados por concepto de salud, por el contrario, tal y como se estableció en el artículo 3° de la resolución recurrida, se giraron con destino a UNISALUD los valores descontados por concepto de los aportes de Seguridad Social Salud sobre los cuales no se realizaron las efectivas cotizaciones.

Para dicho fin es preciso traer a colación la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 7 de marzo de 2013, con ponencia del Honorable Magistrado LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, radicado 76001-23-31-000-2009-00241-01(1079-11), mediante la cual se pronunció respecto a los descuentos al Sistema General de Seguridad Social, señalando lo siguiente:

"Ahora bien, en lo que respecta a los factores que no se tuvieron en cuenta para realizar aportes al Sistema General de Pensiones, pero que sí se ordenaron incluir en la liquidación de la pensión en la sentencia de primera instancia, la sala considera que de la suma que se ordene reconocer a la demandante por concepto de las diferencias que surjan con ocasión de la reliquidación de su pensión de vejez, se debe ordenar hacer los descuentos sobre los factores respecto de los cuales no se hicieron aportes al Sistema.

La anterior decisión tiene como fundamento el principio de sostenibilidad del Sistema General de Pensiones, toda vez que el pensionado no puede desconocer que los nuevos factores que se ordenaron incluir dentro de la liquidación de su prestación, eran recursos que en su momento se debieron tener en cuenta por la administración para efectuar los aportes mensuales al Sistema pues con base en ellos se está disponiendo la liquidación de la pensión y la entidad pagadora de la pensión no puede realizar un pago sobre factores no cotizados, toda vez que la obligación de pago se deriva de los aportes con que cuenta y que fueron los que efectuó el trabajador durante su vida laboral.

La Sala estima que debe existir correspondencia entre los factores respecto de los que se hacen aportes y sobre los que se ordena realizar la liquidación de la pensión, debiendo existir identidad entre unos y otros y si, en casos como en presente, no se efectuó la cotización respecto de todos ellos, se debe hacer el descuento correspondiente, al momento de pagar las diferencias que surjan de la nueva liquidación, pues ello permite la sostenibilidad del sistema pensional".

*Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado resolvió: "ADICIÓNASE el numeral 4° de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 5 de noviembre de 2010 que accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso promovido por Luz Daris Portocarrero Reina contra la Caja Nacional de Previsión Social, así: **Sobre los nuevos factores a tener en cuenta para el reconocimiento de la liquidación de la pensión de sobrevivientes reconocida a la señora Luz Daris Portocarrero Reina, la Caja Nacional de Previsión Social deberá realizar los descuentos por concepto de aportes destinados para el Sistema de Seguridad Social en Salud. Así mismo, sobre los nuevos factores a tener en cuenta en la respectiva liquidación de la pensión, deberán realizarse los descuentos por concepto de los aportes que no se hubieran efectuado al Sistema General de Pensiones, de conformidad con lo manifestado en las consideraciones**"(Subraya y negrilla fuera del texto original).*

Con lo anterior, queda claro que los descuentos sobre los factores que son tenidos en cuenta para efectos de la reliquidación de las pensiones de jubilación, deben realizarse por concepto no sólo de pensión sino también de salud, pues los mismos tienen sustento en el principio de solidaridad que rige el Sistema General de Salud.

Vale la pena resaltar que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el ingreso base de cotización debe ser igual tanto en salud como en pensión, razón por la cual al efectuar los descuentos de pensión deben realizarse también los descuentos de salud, tal como lo ordenó el Consejo de Estado en la mencionada sentencia, en virtud del principio de solidaridad.

Así mismo se estableció en el SU230 DEL 29 DE ABRIL DE 2015 que los descuentos para seguridad social en salud son obligatorios, situación que no puede ser pasada por alto pro e Despacho de la seora Juez al momento de dictar sentencia

SU230 DEL 29 DE ABRIL DE 2015

Por último, como el accionante indicó que en la sentencia de casación se había resuelto que del pago del retroactivo pensional se descontara lo equivalente al valor de las cotizaciones para el sistema de seguridad social en salud, debe precisarse que tal orden tienen un sustento legal y constitucional que obliga a todos los pensionados a realizar los respectivos aportes al sistema, aún cuando no se haya recibido un servicio específico por parte del mismo, toda vez dentro de los principios rectores de la ley de seguridad social se encuentra el de solidaridad.

Adicionalmente, el aporte del 12% del valor de la mesada pensional no se convierte en una carga excesiva y desproporcionada para el pensionado, pero sí representa un valioso aporte para los regímenes subsidiados y contributivos en salud.

El descuento equivalente al 12% sobre el valor de las cotizaciones para el Sistema de Seguridad Social en Salud, se encuentra conforme con los postulados legales y constitucionales, en especial, el principio de solidaridad. Además, no constituye una carga excesiva ni desproporcionada para los pensionados

DE LOS DESCUENTOS POR CONCEPTO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL

Ahora bien, en cuanto a los descuentos efectuados por concepto de solidaridad a partir del 1° de abril de 1994, correspondientes a los aportes que se debieron efectuar durante toda la vida laboral, la Ley 100 de 1993 en el artículo 27, modificado por el artículo 8 de la Ley 797 de 2003, en el numeral 1 literal a) y en el numeral 2 literal a y b, estableció lo siguiente:

ARTÍCULO 27. RECURSOS. <Artículo modificado por el artículo 8 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> El fondo de solidaridad pensional tendrá las siguientes fuentes de recursos:

1. Subcuenta de solidaridad
 - a) El cincuenta por ciento (50%) de la cotización adicional del 1% sobre la base de cotización, a cargo de los afiliados al sistema general de pensiones cuya base de cotización sea igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes;
2. Subcuenta de Subsistencia
 - a) Los afiliados con ingreso igual o superior a 16 salarios mínimos legales mensuales vigentes, tendrán un aporte adicional sobre su ingreso base de cotización, así: de 16 a 17 smlmv de un 0.2%, de 17 a 18 smlmv de un 0.4%, de 18 a 19 smlmv de un 0.6%, de 19 a 20 smlmv de un 0.8% y superiores a 20 smlmv de 1% destinado exclusivamente a la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional de que trata la presente ley;
 - b) El cincuenta (50%) de la cotización adicional del 1% sobre la base de cotización, a cargo de los afiliados al sistema general de pensiones cuya base de cotización sea igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes;

DESDE CUANDO DEBEN EFECTUARSE LOS DESCUENTOS PARA SEGURIDAD SOCIAL Y FONDO DE SOLIDARIDAD

Claro entonces señor Juez que no tiene discusión que deben efectuarse descuentos para seguridad social (salud y pensión) y fondo de solidaridad, tanto por mandato legal, como por lo ordenando en las sentencias que ponen fin al procesos de reliquidación pensional, en los que se ordenó incluir nuevos factores, procederé ahora a sustentar el pro que dichos descuentos deben efectuarse por todo el tiempo en que duro la relación laboral entre el aquí demandante y mi representada UNIVERSIDAD NACIONAL y que además dichos descuentos deban ser debidamente indexados.

Sobre el tema de que los descuentos para seguridad social y fondo de solidaridad deben efectuarse por toda la vida laboral del aquí demandante debidamente indexados, se ha pronunciado ampliamente el Consejo de estado, siendo uno de stos pronunciamientos, la providencia del 5 de diciembre de 2013, la Subsección "B", de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicado interno 1846-2013 en la que se explicó:

"Ahora bien, al demandante en el recurso de alzada solicitó aclarar el proveído impugnado en el sentido de precisa desde cuándo se deben efectuar los descuentos por aportes, teniendo en cuenta que como en este caso se está aplicando el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; también consideró necesario especificar que el trabajador únicamente debe cubrir el 25% de las cotizaciones, porque el 75% restante está a cargo del empleador, estableciendo algunos factores se causan anualmente y otros mensualmente.

Comparte la Sala la decisión del A quo en el sentido de indicar que las deducciones por conceptos de aportes proceden respecto del lapso que la demandante estuvo vinculada laboralmente, pues las cotizaciones o aportes atañen a aquellos pagos mensuales que debe efectuar el afiliado a lo largo del tiempo que preste sus servicios, como un porcentaje de los ingresos recibidos, con destino a la entidad administradora respectiva y constituyen la fuente de financiamiento de los beneficios pensionales Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 1 de marzo de 2012, radicación No. 68001-23-15-000-1999-02627-01(2175-08), actor: Jorge Bernabe Cabeza y Otros, Demandado: Municipio de Bucaramanga.

Ahora bien, el artículo 3 de la Ley 3 de la ley 33 de 1985 dispuso que "todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión", por su parte el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, estableció que los empleadores pagarán el 75% de la cotización total, o sea, las tres cuartas partes y los trabajadores el 25% restante, es decir, una cuarta parte. En consecuencia, las deducciones por concepto de aportes sobre los factores cuya inclusión se ordena para efectos pensionales, se harán en la cuantía que le correspondía asumir a la demandante en su condición de empleada".

Igualmente el Consejo de Estado en sentencia de la Subsección "A" – Sección Segunda, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, del nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014) - Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00014- 01(1849-13) estableció que:

"4.1. Los descuentos para seguridad social en pensiones, de aquellos factores que se ordena incluir para calcular el ingreso base de liquidación de la pensión del actor, respecto de los cuales -en su momento- no se realizaron cotizaciones.

En el caso bajo estudio, el a quo ordenó a la liquidadora de la Entidad de previsión, "reliquidar sobre el nuevo valor de la pensión los reajustes de ley y realizar los descuentos de los aportes a pensión frente a los factores cuya inclusión se ordenó en esta providencia y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, de acuerdo con la normatividad aplicable para el caso y teniendo en cuenta el porcentaje que corresponda sufragar al trabajador "

No discute la Sala que la posición del Colegiado de primera instancia es ajustada a la doctrina sentada de antaño por esta Corporación, según la cual, "procede el descuento de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal" 6.

Se ha establecido entonces, en múltiples pronunciamientos, 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 prestacional".

Lo anterior debido a que el Acto Legislativo No. 01 de 2005, que modifica el artículo 48 de la Carta Política, dentro de las vías que introdujo para mantener la sostenibilidad financiera del sistema pensional, señaló que "Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones".

Por ello, siendo consecuentes con el anterior propósito y teniendo en cuenta que eventualmente, en casos como el sub examine, 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, para esta Sala resulta necesario que los valores a retener y/o deducir, de aquellos sobre los que no se cotizó y que se tendrán en cuenta para reliquidar la pensión del accionante, sean actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario, de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y al actor (pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo), de lo contrario se trataría de sumas depreciadas, que en vez de coadyuvar a la sostenibilidad fiscal en materia pensional, ahondarían la problemática.

Ahora bien, en lo que concierne a la deuda a cargo de la parte actora, la entidad demandada procederá a realizar los descuentos sobre el valor del retroactivo producto del reconocimiento del mayor valor derivado de la reliquidación pensional con la inclusión de los nuevos factores; y si con ello no se satisficiera la totalidad de la deuda que al demandante le corresponde, se efectuarán una serie de descuentos mensuales, iguales, hasta completar el capital adeudado.

Los mencionados descuentos deberán ser acordes con las circunstancias y condiciones económicas del actor, dada la cuantía de su pensión; esto a efectos de no causar traumatismo a su ingreso y en consecuencia, a su manutención y la de quienes de él dependen económicamente".

De todo lo anterior, es dable concluir la Caja de Previsión de la Universidad Nacional de Colombia hoy FONDO PENSIONAL , se encontraba e encuentra facultada para establecer los aportes con destino a la misma y efectuar los descuentos respecto de los factores incluidos ya sea en la sentencia o en el reconcomiendo de la pensión, sin que medie la misma, descuentos que deben efectuarse por toda la vida laboral del ex trabajador hoy pensionado sin que se pueda llegar a aplicar el fenómeno de la prescripción sobre los mismos

FALLOS EN LOS QUE SE HAN ORDENADO LOS DESCUENTOS PSRA SEGURIDAD SOCIAL (SALUD Y PENSIÓN) Y FONDO DE SOLIDARIDAD POR TODA LA VIDA LABORAL

Por último es preciso señalar que el precedente judicial respecto a la forma de efectuar los descuentos en aplicación de la sentencia de unificación del Consejo de Estado no ha sido unificado y a la fecha el Fondo Pensional cuenta con fallos en diversos sentidos como los que se traen a colación:

TODA LA VIDA LABORAL MANIZALES (Carlos Ariel Valencia Valencia)

Mediante Sentencia del 06 de febrero de 2012 el Juzgado Octavo Administrativo de Descongestión de Manizales ordenó a la Universidad Nacional de Colombia reliquidar la pensión del señor CARLOS ARIEL VALENCIA VALENCIA y efectuar los descuentos sobre factores que no se hicieron los respectivos aportes de la siguiente manera.

En el evento de no haberse pagado la totalidad de los aportes, la Universidad Nacional de Colombia- Fondo Pensional, realice las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas.

El Tribunal Administrativo de Caldas sala de Descongestión, a través del fallo proferido el 16 de noviembre de 2012 confirmó parcialmente la sentencia del 06 de febrero de 2012, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de Descongestión ordenando lo siguiente:

"Adiciónese la sentencia confirmada en el sentido de que después de realizada la reliquidación, descuento lo aportes no realizados sobre los factores incluidos en el porcentaje que corresponden por ley vigente al empleado. Para el efecto, tendrá en cuenta el monto

de cada factor salarial que no registra aportes y que fueron devengados durante la existencia de la relación laboral, conforme a lo consignado en procedencia."

En la parte motiva de la sentencia estipulo lo siguiente:

"Por razones de justicia, equidad y solidaridad el empleado debe ayudar en la financiación de los ingresos futuros recibidos a título de pensión. Sin embargo, los descuentos por aportes sobre la reliquidación no son arbitrarios, deben responder al porcentaje previsto en la ley para el empleado."

" Vale decir, la administración debe regirse por la norma vigente en cada momento del transcurso de la relación laboral que según pruebas antes referenciadas, primero fue del 1° de octubre de 1979 al 31 de octubre de 1983, luego del 20 de junio de 1988 al 19 de octubre de 1988 y finalmente del 05 de diciembre de 1988 al 30 de abril de 2008.

TODA LA VIDA LABORAL BOGOTÁ (Nancy Trujillo Manrique)

El Juzgado Noveno Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá a través del fallo proferido 31 de agosto de 2012, ordenó lo siguiente:

"... deberá ordenarse que de la nueva liquidación que se disponga, se haga el descuento del valor de los aportes no realizados, sobre los factores salariales certificados, si hubiere lugar a ello."

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "E", Sala de Descongestión a través del fallo judicial del 26 de noviembre de 2013 decidió que:

"...se realizarán los descuentos por aportes a pensión no efectuados sobre los factores salariales que se reconocen en esta sentencia, por todo el tiempo de servicio prestado y su monto será cancelado en la proporción que corresponda a la empleada de acuerdo con las disposiciones vigentes durante los periodos cotizados con anterioridad al (1°) de abril de 1994, y con posterioridad a esa fecha, el porcentaje será el indicado en el artículo 21 del Decreto 692 de 1994, de acuerdo con la motivación."

De igual manera en la parte motiva de la sentencia del Tribunal se establece lo siguiente:

Cuando se ordena la inclusión de los factores salariales en la reliquidación de la pensión sobre los cuales no se hayan realizado las respectivas deducciones, en virtud de lo establecido en el artículo 99 antes citado, deberán descontarse los mismos por el (sic) todo el tiempo de servicios prestados por el trabajador, disposición normativa que implica la protección de las finanzas públicas y el equilibrio económico del Estado, que podría verse menoscabado sino se ordenara efectuar tales descuentos.

En tal virtud, en cuento al monto de las cotizaciones que se deben realizar al sistema general de pensiones respecto a los aportes dejados de pagar antes del 1° de abril de 1994, estas se regirán por las mismas disposiciones vigentes con anterioridad a la mencionada fecha, y sobre aquellas cotizaciones realizadas a partir del 1° de abril de 1994, el monto a cancelar corresponderá a la siguiente proporción: por parte del empleador es del 75% y por parte del empleado es del 25%, por lo anterior en armonía con lo establecido en el artículo 21 del Decreto 692 de 1994.

Así, de los derroteros señalados la Sala arriba a la conclusión que la empresa administradora de pensiones dispone de normatividad suficiente para reclamar, se insiste, no del trabajador o asalariado sino del empleador, el pago de los aportes dejados de cancelar, sin que haya lugar a decretar la prescripción alguna a favor del trabajador, pues la administración efectuaba los descuentos en la forma como la norma lo establece, pues el hecho que ahora se permita liquidar las prestaciones pensionales con la inclusión de factores salariales obedece a un cambio de criterio de jurisprudencia de lo contencioso administrativo, que como se indicó también protegió las finanzas públicas ordenando tales descuentos de aportes a pensión.

TODA LA VIDA LABORAL sentencia de segunda instancia del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS Magistrado ponente CARLS MANUEL ZAPATA JAIME PROCESO 17001-33-33-003-2012-00143-02 Nulidad y Restablecimiento del Derecho *"Los anteriores pronunciamientos permiten inferir, que siempre debe haber correspondencia entre las cotizaciones efectuadas y la prestación periódica, razón adicional para considerar que el descuento por aportes debe hacerse por el tiempo que duró el vínculo laboral; y nótese además, como ninguna de las providencias trasuntadas hace relación a algún tipo de prescripción, dejando entrever, como se dijo, que la deducción procede por todo el tiempo que el empleado mantuvo su relación laboral."*

De todo lo anterior, es dable concluir que la Caja de Previsión de la Universidad Nacional de Colombia, se encontraba e encuentra facultada para establecer los aportes con destino a la misma y efectuar los descuentos respecto de los factores incluidos ya sea en la sentencia o en el reconcomiendo de la pensión sin que medie la misma descuentos que deben efectuarse por toda la vida laboral del ex trabajador hoy pensionado sin que se pueda llegar a aplicar el fenómeno de la prescripción sobre los mismos

3.2.11. EXCEPCION DE IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LAS COTIZACIONES PARA SEGURIDAD SOCIAL , SALUD, PENSION FONDO DE SOLIDARIDAD

Como lo ha manifestado la Corte Constitucional en múltiples sentencias *"El derecho a solicitar la pensión de jubilación es imprescriptible, con sujeción a los mandatos constitucionales consagrados en la Carta Política de 1991; basta con recordar el artículo 48 constitucional que garantiza el derecho irrenunciable a la seguridad social y el 53 que obliga al pago oportuno de las pensiones. La pensión de jubilación, vejez e invalidez, entre otras, no admiten una prescripción extintiva del derecho en sí mismo como cualquier otra clase de derechos, lo cual no significa que se atente contra el principio de seguridad jurídica; por el contrario, constituye un pleno desarrollo de principios y valores constitucionales que garantizan la solidaridad que debe regir en la sociedad; la protección y asistencia especial a las personas de la tercera edad, para mantener unas condiciones de vida digna, así como el derecho irrenunciable a la seguridad social, determinando a su vez una realización efectiva del valor fundante que impone la vigencia de un orden económico y social justo, dentro de un Estado social de derecho."*

Lo anterior debe ir unido con lo establecido en el artículo 2o de la Ley 33 de 1985, que señala: *La Caja de Previsión obligada al pago de pensión de jubilación, tendrá derecho a repetir contra los organismos no afiliados a ellas, o contra las respectivas Cajas de Previsión, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido o aportado a ellos. El proyecto de liquidación será notificado a los organismos deudores, los que dispondrán del término de quince (15) días para objetarlo, vencido el cual se entenderá aceptado por ellos.*

Igualmente, conviene que los cobros los puede hacer por medio de un proceso coactivo facultado por el artículo 57 de la Ley 100 de 1993: *De conformidad con el artículo 79 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 112 de la Ley 6a de 1992, las entidades administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida podrán establecer el cobro coactivo, para hacer efectivos sus créditos.*

Así las cosas y bajo el entendido que el FONDO PENSIONAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL es una empresa que administra los recursos del sistema de pensiones, está facultada por la ley, exigir el pago de tales aportes al pensionado en la proporción que corresponde al tiempo laborado por el servidor público como lo es toda la vida laboral.

Tenemos que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, salud y fondo de solidaridad, no están sujetos a las reglas generales de prescripción, de manera que el derecho a solicitar pago de los aportes dejados de cancelar es imprescriptible. Contrario sensu, las mesadas por pensiones no reclamadas a tiempo prescriben luego de 3 años, pero los aportes no

Ahora bien, es necesario establecer si sobre dichos aportes opera el fenómeno jurídico de la prescripción, el cual ha sido definido por el código civil como el modo de extinguir las acciones y los derechos ajenos, por no haberse ejercido durante cierto lapso de tiempo. La prescripción es entonces, un modo de extinguir las obligaciones, sin embargo, debe quedar por sentado que prescribe es el derecho a presentar una reclamación.

Así lo ha señalado la doctrina, más específicamente los hermanos MAZEAUD,³⁸ quienes sostienen que: *"prescribe la acción pero no la obligación. La prescripción tan solo le prohíbe al acreedor exigir el cumplimiento; lo priva de su derecho a demandar; pero por continuar obligado en conciencia el deudor, la obligación subsiste como obligación natural."*

De conformidad con lo establecido en el artículo 2535 del Código Civil, la prescripción comienza a contarse desde el día en que la obligación se ha hecho exigible, y no antes. Así lo ha señalado el Consejo de Estado, quien en sentencia del 18 de mayo de 2011, se pronunció respecto a la prescripción, en los siguientes términos: *"Para que opere el fenómeno prescriptivo se requiere que transcurra un determinado lapso durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Dicho tiempo se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible."*

*De lo anterior, es claro que la figura de la prescripción es una sanción al titular del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la ley le otorga, lo que supone, en primer lugar, la evidencia de la exigibilidad y, en segundo lugar, una inactividad injustificada del titular del derecho en lograr su cumplimiento".*³⁹

En ese orden de ideas, el punto de partida de la prescripción será siempre la exigibilidad del derecho; desde el momento en que el derecho se haga exigible, podrá empezarse a contar el plazo para la aplicación de dicho fenómeno jurídico, pues la prescripción obedece en sí misma a una sanción por no ejercer el derecho.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Pensiones se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general.

En una primera instancia, la Ley 33 de 1985 estableció: *"Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio."*

Así mismo el Decreto 1158 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, estableció el Ingreso Base de Cotización de los empleados públicos docentes, no docentes y los trabajadores oficiales, el cual señala de forma taxativa como factores constitutivos del mismo los siguientes: a) *La asignación básica mensual;* b) *Los gastos de representación;* c) *La prima técnica, cuando sea factor de salario;* d) *Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;* e) *La remuneración por trabajo dominical o festivo;* f) *La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;* g) *La bonificación por servicios prestados.*

Con ocasión de las normas anteriormente mencionadas, no podía la Universidad efectuar descuentos por aportes no contemplados en la Ley y que hoy son objeto de reliquidación; la posibilidad de efectuar dichos descuentos, surge con la sentencia del Consejo de Estado del 04 de agosto de 2010, pero sólo se hace exigible a la Universidad al momento de reconocer la pensión de jubilación en virtud del régimen de transición y en aplicación de dicha jurisprudencia, pues sólo a raíz del reconocimiento prestacional se faculta a una entidad a efectuar los descuentos sobre los aportes no cotizados.

³⁸ HENRI, León y Jean MAZEAUD, Lecciones de Derecho Civil, parte II, vol. III, ob. Cit.,pág. 431 y 432.

³⁹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda Subsección A – 18 de mayo de 2011 –Magistrado Ponente Gustavo Eduardo Gomez Aranguren- Rad. 50001-23-31-000-2006-00945-01

El Consejo de Estado, en sentencia del 9 de abril de 2014, proferida dentro del expediente No. 25000-23-25-000-2010-00014-01(1849-13), Consejero Ponente Dr. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, señaló:

"el Acto Legislativo No. 01 de 2005, que modifica el artículo 48 de la Carta Política, dentro de las vías que introdujo para mantener la sostenibilidad financiera del sistema pensional, señaló que: "[P]ara la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones".

"Por ello, siendo consecuentes con el anterior propósito y teniendo en cuenta que eventualmente, en casos como el sub examine, 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, para esta Sala resulta necesario que los valores a retener y/ o deducir, de aquellos sobre los que no se cotizó y que se tendrán en cuenta para reliquidar la pensión del accionante, sean actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario, de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y al actor (pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo), de lo contrario se trataría de sumas depreciadas, que en vez de coadyuvar a la sostenibilidad fiscal en materia pensional, ahondarían la problemática.

Ahora bien, en lo que concierne a la deuda a cargo de la parte actora, la entidad demandada procederá a realizar los descuentos sobre el valor del retroactivo producto del reconocimiento del mayor valor derivado de la reliquidación pensional/ con la inclusión de los nuevos factores; y si con ello no se satisficiera la totalidad de la deuda que al demandante le corresponde, se efectuarán una serie de descuentos mensuales, iguales, hasta completar el capital adeudado.

Los mencionados descuentos deberán ser acordes con las circunstancias y condiciones económicas del actor, dada la cuantía de su pensión: esto a efectos de no causar traumatismo a su ingreso y en consecuencia, a su manutención y la de quienes de él dependen económicamente.

En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia validando la tesis del Tribunal de primera instancia, pero la adicionará en el sentido de indicar que la orden de reliquidación proferida por el a quo, estará condicionada a la elaboración, por parte de la entidad demandada, de un cálculo actuarial cuya proyección permita tanto el cumplimiento del imperativo consagrado en el Acto Legislativo No. 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, como la efectividad del derecho reclamado por el demandante en términos razonables, de conformidad con las pautas establecidas en párrafos anteriores. - (Se destaca) "

Se aprecia que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", en varias providencias y recientemente, en sentencia del 15 de marzo de 2016, actor: María Eufemia Lozano Mosquera. Acogió el criterio expuesto, y en ese caso concreto ordenó el descuento de los correspondientes aportes al sistema de seguridad social en pensiones sobre los factores por todo el tiempo de vinculación laboral del trabajador.

En dicho sentido, ya también se había pronunciado la Sección Segunda, Subsección "E" de dicho Tribunal, en sentencia del 24 de noviembre de 2015, expediente: 11001-33-31-010-2012-00125-01, demandante: ROSALBA FONSECA NAVARRETE, demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - S.E.N.A.

En esas condiciones, no se debió atender favorablemente la pretensión de la parte actora, y, en consecuencia, dado que la entidad por mi representada no puede verse afectada porque sus afiliados no realicen los aportes sobre todos los valores devengados o porque la respectiva pagaduría no efectúe el descuento, situación que puede suceder en el caso controvertido, deberá establecerse que el descuento para seguridad social (salud y Pension) fondo de solidaridad, debía realizarse sobre el valor de los aportes no realizados, sobre los factores salariales certificados, si a ello hubiere lugar, en la proporción que corresponda a la demandante, por todo el tiempo de su vinculación laboral tal y como lo efectuó el ente condenado

Finalmente, en relación con los descuentos con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud, que invoca la parte demandada, encuentra el Juzgado que el Consejo de Estado, en providencia de fecha 22 de noviembre de 2012, con ponencia del Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, radicado 76001--23-31-000-2009-0Q241-01, señaló lo siguiente:

"La Sala considera que le asiste razón al recurrente en cuanto a los aportes para el Sistema de Seguridad Social en Salud, toda vez que de haberse reconocido la pensión desde un principio, con base en la totalidad de factores ordenados en la sentencia de primera instancia, se habrían efectuado mensualmente los descuentos por concepto de apodes para el Sistema de Seguridad Social en Salud sobre la integridad de la pensión y no sobre el valor liquidado, sin inclusión de la totalidad de factores devengados por el causante; lo anterior tiene total sustento en el principio de solidaridad del Sistema General de Salud, por lo tanto, se adicionará la sentencia recurrida, en el sentido de disponer que sobre las diferencias que se ordene reconocer y pagar a favor de la demandante, se hagan los descuentos de ley, destinados al Sistema de Seguridad Social en Salud."

Ahora bien, como se señaló anteriormente, el no haber efectuado los descuentos sobre los factores mencionados, no es un hecho que le sea imputable al empleador y por lo tanto no puede ser considerado como un yerro de la administración, pues era la misma ley la que no permitía efectuar descuentos sobre dichos factores.

Así las cosas, no puede trasladarse la totalidad de la carga sobre la base que existió una omisión de la Universidad Nacional de Colombia, pues esto no obedece a la realidad: los descuentos sobre los factores mencionados no fueron objeto de cotización porque la ley no lo permitía mas no por una falla de la administración, luego no siendo imputable el error a la administración, la carga debe ser asumida tanto por el trabajador como por el empleador, en los porcentajes que le corresponde a cada uno, y con valores presentes que financien la reliquidación pensional en los términos señalados por el Consejo de Estado.

De todo lo anterior, es dable concluir la Caja de Previsión de la Universidad Nacional de Colombia hoy FONDO PENSIONAL, se encontraba e encuentra facultada para establecer los aportes con destino a la misma y efectuar los descuentos respecto de los factores incluidos ya sea en la sentencia o en el reconcomiendo de la pensión, sin que medie prescripción alguna, descuentos que deben efectuarse por toda la vida laboral del ex trabajador hoy pensionado sin que se pueda llegar a aplicar el fenómeno de la prescripción sobre los mismos

3.2.12. EXCEPCION DE BUENA FE DE LA ENTIDAD DEMANDADA

Así mismo como excepción de mérito la cual debe prosperar se debe tener el actuar de buena fe por parte de mi representado FONDO PENSIONAL UNIVERSIDAD NACIONAL, ya que como principio del derecho laboral, este ha sido respetado por este, para el estudio y eventual reconocimiento de la pensión al demandante, bajo la correcta y en tiempo aplicación de leyes tales como 100 de 1993, 33 de 1985 decreto 1158 de 1994

Pues debe tenerse presente que en esta caso estamos en presencia de un actuar "buena fe" por parte del FONDO PENSIONAL la cual la liberaría de asumir el pago de todas las pretensiones presentadas en la demanda, por deberse entender que esta buena fe es aquella que cabe definir como la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude y en la que no es necesario que quien alegue se halle libre de toda culpa.

3.2.13. EXCEPCIÓN DE PAGO y COMPENSACION :

Que se propone respecto de las sumas recibidas por la parte demandante, Sin que de manera alguna pueda considerarse aceptación de lo demandado, excepcionamos la compensación de las sumas pagadas por concepto de mesadas pensionales o cualquier otro pago a partir de la fecha de reconocimiento de la pensión de vejez.

3.2.14. EXCEPCION DE NO CONFIGURACION DEL DERECHO AL PAGO DE INDEMNIZACION MORATORIA.

De acuerdo con lo expuesto en la sustentación de las excepciones, al demandante no le asiste el reconocimiento y pago de ningún tipo de indemnización moratoria teniendo en cuenta que no se le adeuda suma alguna por concepto de mesadas pensionales pues estas han sido canceladas en su totalidad.

Sumado a lo anterior y siendo otra causa por la que me opongo a estas pretensiones y por lo tanto no deben prosperar, es el hecho cierto de que en estos casos no es procedente aplicar indexación, ni intereses moratorios conforme al artículo 141 de la ley 100 de 1993 ya que estos fueron creados para sancionar la demora injustificada en el pago de las mesada pensionales que no es el caso objeto de estudio, siendo obligatorio absolver de imponer los mismos, pues para que se reconozcan estos deben concurrir dos requisitos como son que exista una pensión legalmente reconocida y que la universidad haya incurrido en mora en el pago de la mesada pensional, situación está que aquí no se ha presentado pues claro es que en el presente caso la demandante se le han cancelado oportunamente las mesadas, además de que ya opero el fenómeno de prescripción respecto de lo aquí reclamado por la demandante y mucho menos indexación alguna.

Además téngase en cuenta que los intereses moratorios no están contemplados en la ley 33 de 1985 y por lo tanto no pueden ser reconocidos

3.2.15. EXCEPCIÓN INNOMINADA o GENERICA:

Consiste en la facultad legal que tiene su Señoría para declarar la excepción que resulte probada dentro del presente Proceso.

4. SOLICITUD

Por las razones expuestas, de manera respetuosa se solicita al Despacho denegar las pretensiones contenidas en la demanda instaurada por el Señor HERNANDO CORTES, por ser improcedente, conforme a las razones de hecho y derecho antes mencionadas, pues es claro que la universidad reconoció la totalidad de factores legales que devengo el demandante, sin incluir aquellos que no lo son o que fueron creados por acuerdo universitario, por lo que las pretensiones deben ser despachadas desfavorablemente NEGANDO LA RELIQUIDACION DE LA PENSIÓN CON EL 75 % DE LO DEVENGADO EN EL ULTIMO AÑO DE SERVICIO CONFORME A LO ESTABLECIDO EN LA SENTENCIA SU230 DEL 29 DE ABRIL DE 2015, la SU 427 de agosto de 2016 y la SU395 DE 2017 de la SALA PLEA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL .

DE ORDENARSE LA RELIQUIDACION no se debe ordenar incluir factores como: la prima de navidad, ajuste prima de navidad por retiro, prima de vacaciones, ajuste prima de vacaciones por retiro, prima de servicios y bonificación bienestar, por las razones antes expuestas

Sin embargo y en el evento de atender parte de las pretensiones, ruego a usted señor Juez, que la decisión no sobrepase lo expresamente señalado por la Ley 33 de 1985, en cuanto a factores se refiere.

Así mismo solicito se efectúen los descuentos en salud y pensión, fondo de solidaridad respectos de todos y cada uno de los factores sobre los cuales no se hayan realizado y se incluyan de la liquidación pensional, descuentos que se deben realizar teniendo en cuenta la totalidad del tiempo de servicios laborado y debidamente indexados, esto es, desde que entro a laboral y hasta la fecha de su retiro definitivo

5. PRUEBAS.

Manifiesto al Juez de Conocimiento que me acojo a las que cumplan con los requisitos legales, y me opongo a todos aquellos que tengan cualquier vicio legal y aporlo expediente administrativo en CD.

6. LAS NOTIFICACIONES:

- 6.1. Las notificaciones a la parte demandante en la dirección establecida en la demanda.
- 6.2. A la parte demandada es decir la Universidad Nacional de Colombia en la desde Bogotá Carrera 45 No. 26-85, **EDIFICIO URIEL GUTIÉRREZ**, piso 5º Oficina 571 Teléfono: (57-1) 316 5469 Conmutador: (57-1) 316 5000 Ext. 18022 – 18025 -18010 -18015 Fax: Ext. 18015.-, Correos electrónicos: notificaciones_juridica_bog@unal.edu.co <pensiones@unal.edu.co, notificaciones_juridica_nal@unal.edu.co, dirin_nal@unal.edu.co **correo que quedan debidamente autorizados para recibir notificaciones los cuales solicito ser tenidos en cuenta por parte del Despacho a partir la radicación de la presente contestación de demanda**
- 6.3. Al suscrito, se recibirán en la ciudad Bogotá D.C. en la Carrera 7 No 17-01 oficina 850. Teléfono 3143945276-0912863822 correo haiveralejandrolopezlopez@yahoo.com **correo que queda debidamente autorizado para recibir notificaciones los cuales solicito ser tenidos en cuenta por parte del Despacho a partir la radicación de la presente contestación de demanda**

Atentamente,



HAIVER ALEJANDRO LOPEZ LOPEZ
C. C.No. 79.944.877 de Bogotá
T. P. No. 137.114 del C. S. J