



CONSEJO DE ESTADO

Sala de Consulta y Servicio Civil

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil doce (2012)

Radicación interna: 2068

Número Único: 11001-03-06-000-2011-00045-00

Referencia: Pensiones compartidas. Diferencias en factores de liquidación. Efectos *inter partes* de las decisiones judiciales.

La señora Ministra de Educación Nacional, a petición de la Universidad del Quindío, solicita el concepto de esta Sala “en relación con la liquidación de las pensiones de jubilación, teniendo en consideración los pronunciamientos del Consejo de Estado sobre la materia.”

I. ANTECEDENTES

La Universidad del Quindío afilió a sus docentes, empleados y trabajadores, al Instituto de Seguros Sociales, desde antes de entrar en vigencia el régimen general de la ley 100 de 1993.¹ Como consecuencia, las pensiones se compartían entre la Universidad y el ISS, en esta forma: la Universidad reconocía las pensiones de jubilación de sus empleados públicos bajo el régimen de la ley 33 de 1985, por regla general; y cuando cumplían los requisitos del ISS, éste se subrogaba en dichas pensiones y la Universidad continuaba a cargo del mayor valor de la mesada si lo había.

Así pues, las pensiones de la Universidad del Quindío sobre las cuales versa la consulta corresponden a las denominadas “pensiones compartidas”,

¹ Así se afirma en el documento de la Universidad del Quindío, adjunto a la consulta, y se ratifica en varias de las decisiones de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que resolvieron las demandas instauradas por la misma Universidad.

reguladas en los reglamentos generales del Instituto de Seguros Sociales, sobre el seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte.²

En el año 2001, esta Sala de Consulta y Servicio Civil emitió el concepto de fecha 28 de junio, radicación 1350³, relativo al régimen pensional de las personas que estando vinculadas a la Universidad del Quindío como trabajadores oficiales debieron mutar su régimen laboral por el de empleados públicos en virtud de la reforma al subsistema de educación superior ordenada por el decreto ley 80 de 1980.

Citando la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 1º de febrero de 1989 que declaró exequible el inciso final del artículo 1º de la ley 62 de 1985, el concepto en comento concluyó que los factores salariales para la liquidación de las pensiones de jubilación eran taxativos, criterio que entonces también compartía la Sección Segunda de esta Corporación. Así mismo, precisó la Sala que si al determinar la base de liquidación de la pensión “se establece que por cualquier motivo no se han pagado los aportes respectivos, ello no da lugar a que se niegue la inclusión del correspondiente factor; lo procedente es que la entidad de previsión haga los descuentos a que hubiere lugar”.

²Cfr. Actualmente el Acuerdo 49 de 1990 (febrero 1), del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, “por el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte”; aprobado por el decreto 758 de 1990 (abril 11). D. O. No. 39.303. Art. 16: *“COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES LEGALES DE JUBILACION. Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lleven 10 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$ 800.000.00) moneda corriente o superior, ingresarán al seguro obligatorio como afiliados para el riesgo de invalidez, vejez y muerte. Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por la ley para las pensiones plenas o especiales en ella consagradas, podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y éste estará obligado a pagar dicha pensión de jubilación, pero el patrono continuará cotizando en este seguro hasta cuando el trabajador cumpla con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venia cubriendo al pensionado.”* Art. 19: *“SALARIO BASE PARA LAS COTIZACIONES Y APORTES PARA EL SEGURO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE, DE LAS PENSIONES COMPARTIDAS. Se tomará como salario base para las cotizaciones y aportes que por concepto del seguro de Invalidez, Vejez y Muerte deben cubrir los patronos al ISS para efectos de la compartibilidad de las pensiones de que trata el presente Reglamento, el valor de la pensión que se encuentre cancelando y que se vaya a compartir.”*

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C. P. Flavio Augusto Rodríguez Arce, Concepto del 28 de junio del 2001, Radicación No. 1350: *“3. Teniendo en cuenta que las cláusulas convencionales se aplican a quienes se les modificó la naturaleza de la vinculación jurídica, sólo respecto de los derechos consolidados con anterioridad a la expedición del decreto 080 de 1980, los factores salariales que se debieron tener en cuenta para liquidar las pensiones de jubilación eran los previstos en el artículo 45 del decreto 1045 de 1978. Los demás servidores, teniendo en consideración la fecha en que se adquirió el status de pensionado, se rigen para los efectos indicados por las normas de este decreto, las de las leyes 62 de 1985 y 100 de 1993 y el decreto 1158 de 1994, reglamentario de ésta, según cada caso.”*

La Universidad del Quindío había reconocido pensiones de jubilación incluyendo las primas de carestía, de servicios y de vacaciones como factores adicionales a los relacionados en las leyes 33 y 62 de 1985⁴. Procedió entonces a demandarlas.

Con fundamento en el artículo 2º, numeral 4º, de la ley 712 del 2001⁵, la jurisdicción de lo contencioso administrativo se declaró incompetente para conocer de esas demandas, siendo remitidas a la jurisdicción ordinaria laboral que también se declaró incompetente por tratarse de pensiones de empleados públicos.

El Consejo Superior de la Judicatura resolvió el conflicto negativo de competencias asignando el conocimiento a la jurisdicción ordinaria laboral.⁶

Los pronunciamientos judiciales de primera y de segunda instancia no fueron uniformes. Pero en casación, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha fallado todos los casos en favor de la Universidad del Quindío, bajo el criterio de la taxatividad de los factores de liquidación relacionados en las leyes 33 y 62 de 1985.

En agosto del 2010⁷, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativa de esta Corporación resolvió unificar la jurisprudencia de sus dos Subsecciones, en el sentido de definir que la ley 33 de 1985, modificada por la ley 62 del mismo año, no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de servicios; además estimó que la interpretación taxativa vulnera los principios de progresividad, igualdad y primacía de la realidad sobre las formalidades.

⁴ En algunos casos la demanda fue por aplicación del régimen convencional a empleados públicos que habían sido trabajadores oficiales. Ej. C.S.J., Sala de Casación Laboral, Radicación 28325, sentencia del 8 de agosto del 2007.

⁵ Ley 712 de 2001 (diciembre 5), "Por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo." D. O. No. 44.640 (Dic. 8/01). Art. 2º. "El artículo 2o. del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social quedará así: Artículo 2o. Competencia General. La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: . . . 4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan.

⁶ El conflicto negativo de competencias y la decisión del Consejo Superior de la Judicatura se dieron en cada proceso, según se lee en cada sentencia.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia dl 4 de agosto del 2010, Rad. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), Demandada: Caja Nacional de Previsión Social.

Así han seguido decidiendo las dos Subsecciones que integran la Sección Segunda.

La Universidad del Quindío entonces, solicitó al Ministerio de Educación Nacional la consulta a esta Sala para establecer si existe probabilidad de modificación de sus responsabilidades pensionales dado el sentido de la jurisprudencia unificada.

La señora Ministra acompañó a su escrito el documento en el que la Universidad del Quindío fundamenta sus inquietudes, y formula las siguientes **PREGUNTAS:**

“1.- ¿Cómo se debe entender el choque jurisprudencial entre un concepto emitido estrictamente para la Universidad del Quindío y la jurisprudencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado?”

“2.- ¿Cuál es la situación de la Universidad del Quindío frente a la forma de liquidación de pensiones, teniendo en cuenta que se encuentra incurso en el sistema de pensión compartida, por el cual debe efectuar el reconocimiento de una pensión de jubilación y proceder a su pago hasta que el Seguro Social reconozca la pensión de vejez, quedando desde este momento a cargo de la Universidad sólo el mayor valor, si lo hubiere, entre ambas liquidaciones?”

“3.- Las sentencias que ordenan reliquidar las pensiones de jubilación establecen que se efectúen descuentos para pensión sobre los factores no enlistados en las Leyes 33 y 62 de 1985, la Universidad del Quindío cotizó por estos jubilados al Seguro Social, ¿está el Seguro Social obligado a recibir estos aportes y reliquidar la pensión de vejez compartida incluyéndolos?”

“4.- En caso de prosperar la tesis de incluir todos los factores salariales en la liquidación de pensiones de servidores públicos de la Universidad del Quindío, ¿a quién corresponde la re-liquidación de las pensiones: a la propia entidad o al ISS?, ¿si es el ISS deberá liquidarse un bono T por el mayor valor generado al incluir nuevos factores de liquidación?”

II. CONSIDERACIONES

Entiende la Sala que para la Universidad del Quindío es motivo de preocupación el sentido de la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto del 2010 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, por el efecto que la tesis allí acogida pueda tener en el ingreso base de liquidación de la mesada pensional, en los

aportes al ISS y en los bonos pensionales, respecto de las pensiones compartidas que la Universidad ha reconocido con aplicación del criterio de taxatividad de los factores del denominado régimen de la ley 33 de 1985.

A partir de esta preocupación, el problema jurídico se plantea en términos de conocer en el marco del régimen de pensiones compartidas, cómo tendrían que asumir, la Universidad y el ISS, los mayores costos que pudieran derivarse de la aplicación de la mencionada tesis de unificación, tanto en las pensiones ya reconocidas como en las que deban reconocerse a los empleados de la Universidad con vocación de pensionarse bajo el régimen de transición de la ley 100 de 1993, esto es, con aplicación de las leyes 33 y 62 de 1985.

La Sala examinará la regulación y aplicación de las pensiones compartidas, las responsabilidades en materia pensional de las universidades públicas después de la vigencia de la ley 100 de 1993 y los pronunciamientos jurisprudenciales tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en especial los efectos de las sentencias *inter partes*, así como la normatividad vigente sobre el precedente judicial y las disposiciones del código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁸ que entrará a regir a partir de julio del presente año 2012.

La Sala se referirá en último término a la pregunta sobre si la interpretación adoptada en la mencionada sentencia de unificación genera un “choque jurisprudencial” con el concepto emitido por esta Sala en el año 2001, relacionado con el tema pensional de la misma Universidad del Quindío,

A. LAS PENSIONES COMPARTIDAS

Como se indicó atrás, la afiliación de los empleados y trabajadores de la Universidad del Quindío al ISS significó que sus pensiones de jubilación fueran “compartidas” entre las dos instituciones.

1. Aspectos generales

⁸ Ley 1437 de 2011 (enero 18) D. O. No. 47.956 (enero 18/11). Entra en vigencia a partir del 2 de julio de 2012(Art. 308).

Esta Sala en el concepto emitido el 28 de octubre del 2004⁹, explicó así la pensión compartida:

“Cuando una entidad oficial había afiliado a sus funcionarios públicos al Instituto de los Seguros Sociales, se tenía esta situación: los servidores tenían derecho a la pensión de jubilación pues laboraban bajo una relación legal y reglamentaria y el hecho de la afiliación al ISS no cambiaba su régimen laboral, pero este Instituto, reconocía la pensión de vejez, de manera que era necesario hacer compatibles los dos regímenes pensionales, el de jubilación con el de vejez. La armonización de estos regímenes se obtuvo aplicando a esta situación el mecanismo de la subrogación de la pensión de jubilación o de la compartibilidad, según el cual era el empleador quien reconocía y pagaba la pensión a que estaba obligado antes de lo previsto en los reglamentos del Seguro quien además seguía cotizando al ISS hasta que el trabajador tuviera derecho a la pensión de vejez, y reconocida la de vejez, el Instituto de los Seguros Sociales se subrogaba en el pago de la pensión. Si la pensión reconocida inicialmente por el empleador era superior a la de vejez reconocida por el ISS, entonces aquel pagaba el mayor valor entre ambas.”

El concepto en cita transcribe apartes de algunos pronunciamientos de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, relativos precisamente a empleados públicos y trabajadores oficiales, en los que se destaca que al reunir los requisitos para tener derecho a la pensión de jubilación, el empleador público la reconoce “pero con la expectativa de verse liberado” por la pensión de vejez que asumirá el ISS de acuerdo con sus reglamentos, y entonces quedará “a cargo del empleador oficial sólo el mayor valor, si lo hubiere”, entre las dos pensiones.¹⁰

En vigencia de la ley 100 de 1993, la modalidad de pensión compartida continuó siendo aplicable, puesto que los empleados públicos afiliados al ISS y también beneficiarios del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de dicha ley, conservaron el derecho a pensionarse con base en los requisitos de las leyes 6ª de 1945 o 33 y 62 de 1985, según el caso¹¹, y a que

⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C. P. Enrique José Arboleda Perdomo, Rad. No. 1576. Publicación autorizada con oficio 62764 de enero 16 del 2005.

¹⁰ Cfr. Consejo de Estado, Concepto del 28 de octubre del 2004 y sentencia del 6 de septiembre de 2001, Sección Segunda, Subsección A, Rad. No. 11001-03-25-000-1997-3677-01(1275-99) / Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencias de diciembre 12 de 2001, Rad. No. 17130; de julio 29 de 1998, Rad. 10803 y de julio 26 de 2000, Rad. No 13097.

¹¹ Recuérdese que la ley 33 de 1985, artículo 1º, párrafo 2º, consagró un régimen de transición para que quienes tenían 15 o más años de servicio a su entrada en vigencia, se pensionaran con la edad establecida en el régimen anterior que les correspondiera. Por ello se cita la ley 6ª de 1945 como parte del régimen anterior a que se refiere el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

su pensión fuera subrogada por el ISS cuando se cumplieran sus reglamentos.

Como parte de la reglamentación del artículo 36 de la ley 100 de 1993, el decreto 813 de 1994, artículo 5º, modificado por el artículo 2º del decreto 1160 de 1994¹², reguló la “transición de las pensiones de jubilación a cargo de los empleadores del sector privado”; y el decreto 1748 de 1995¹³, en su artículo 45 (original) dispuso:

“Artículo 45. Los empleadores del sector público afiliados al ISS se asimilan a empleadores del sector privado. Por tanto, les será aplicable el artículo 5º del decreto 813 de 1994 y no habrá lugar a la expedición de bono tipo B.”

La asimilación así dispuesta significó que con aplicación de los decretos 813 y 1160 en cita¹⁴ los empleadores públicos, al igual que los privados, que a la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 tuvieran a su cargo el reconocimiento de pensiones de jubilación, seguían con dicha obligación; los trabajadores continuaban con su derecho a ser pensionados cuando cumplieran los requisitos del régimen que se les viniera aplicando; reconocida la pensión, el empleador seguía cotizando al ISS; y una vez el trabajador cumpliera los requisitos mínimos del ISS éste procedería a cubrir la pensión y el empleador asumiría solamente el pago del mayor valor, si se diera.

Como para el reconocimiento de la pensión el ISS debía tener en cuenta el tiempo trabajado con el empleador, éste debía trasladar al ISS “el valor correspondiente al cálculo actuarial previsto en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, resultante a 1 de abril de 1994, o un título representativo del mismo emitido por el empleador en las condiciones y con las garantías que señale la Junta Directiva del Seguro Social”, de conformidad con el literal a) del artículo 2º del decreto 1160 de 1994.

Los decretos 813 y 1160, en cita, también ordenaron que las pensiones reconocidas por el empleador antes del 1º de abril de 1994 se continuaran rigiendo por las disposiciones que entonces eran aplicables, vale decir, los reglamentos del ISS, por regla general.

¹² Decreto 813 de 1994 (abril 21) “Por el cual se reglamenta el artículo 36 de la ley 100 de 1993”, D. O. No. 41.328 (Abril 25/94); Decreto 1160 de 1994 (junio 3) “Por el cual se complementa el decreto 813 de 1994 y se dictan otras disposiciones”, D. O. No. 41.385 (junio 9/94).

¹³ Decreto 1748 de 1995 (octubre 12), “Por el cual se dictan normas para la emisión, cálculo, redención y demás condiciones de los bonos pensionales y se reglamentan los Decretos leyes 656, 1299 y 1314 de 1994, y los artículos 115, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993.” D. O. No. 42.049.

¹⁴ Cfr. Decreto 813/94, Art. 5º, literales a) y c); y D. 1160/94, Art. 2º.

Tiempo después se consideró necesario que el Estado implementara un mecanismo de financiación para que el ISS pudiera asumir el reconocimiento de las pensiones de jubilación de los empleados públicos beneficiarios del régimen de transición, sin esperar a que reunieran los requisitos exigidos por las reglamentaciones del mismo ISS.

Así, mediante el decreto 4937 del 2009¹⁵ se adicionó el artículo 45 del decreto 1748 de 1995, creando los “bonos pensionales especiales T”, Estos bonos deben ser emitidos por las entidades públicas que comparten pensiones con el ISS, representan los aportes destinados a la financiación de las pensiones¹⁶ y son el instrumento financiero que facilita al ISS el reconocimiento de las pensiones de jubilación de los empleados públicos bajo el régimen que a cada uno corresponda en su condición de beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100.

Al definirlos, el inciso primero del artículo 2º del decreto 4937 en comento, clarificó los elementos de estos bonos T¹⁷. Para efectos de la consulta baste señalar que su emisión procede a solicitud del ISS; y que el emisor es el empleador público obligado a pagar la diferencia del valor de la pensión derivada de las condiciones del régimen pensional del ISS y del aplicable al respectivo servidor público que está en régimen de transición. Si son varios los empleadores públicos obligados, el bono debe ser emitido por “la última entidad pública donde la persona haya laborado, sin importar el tiempo de vinculación con dicha entidad.”

Finalmente, el artículo 17 del comentado decreto 4937 prevé la reliquidación de estos bonos, tanto por disminución como por aumento de los montos a

¹⁵ Decreto 4937 del 2009 (18 de diciembre), “Por el cual se modifica el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995, se crean y se dictan normas para la liquidación, reconocimiento y pago de unos bonos especiales de financiamiento para el ISS”, D. O. No. 47567 (Dic.18/09).

¹⁶ Cfr. ley 100/93, Art. 12 y 113 y ss.

¹⁷ Decreto 4937/09, Art. 2: “DEFINICIONES. **Bono Pensional Especial tipo B.** Bono especial que deben emitir las entidades públicas a favor del ISS, o quien haga sus veces, para cubrir el diferencial existente entre las condiciones previstas en los regímenes legales aplicables a los servidores públicos antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y el régimen previsto para los afiliados al ISS, o quien haga sus veces, con el fin de que la administradora pueda realizar el reconocimiento de una pensión con régimen de transición a los servidores que al 1º de abril de 1994 se encontraban en cualquiera de los siguientes casos: a) Que estuvieran laborando en entidades públicas como afiliados o cotizantes al ISS en condición de activos; b) que habiéndose retirado de la entidad pública fueran afiliados inactivos del ISS y no estuvieran cotizando a ninguna administradora del sistema; c) que una vez retirados de la entidad pública hubieran continuado afiliados y/o cotizando al ISS como independientes o como vinculados a una entidad privada, o d) que habiendo sido servidores públicos afiliados al ISS no cotizaban a ninguna entidad a 31 de marzo de 1994/ De conformidad con el Decreto 13 de 2001 a estos servidores no se les financian las pensiones con bonos tipo B / Los bonos pensionales especiales tipo T estarán compuestos por tantos cupones como entidades empleadoras del sector público hubieran tenido los servidores públicos a que se refiere este artículo.”

cargo del empleador. En el primer caso, el ISS deberá devolver al empleador el mayor valor, actualizado; y en el segundo caso, el ISS deberá proferir una resolución de reliquidación para efectos del pago a que está obligado el empleador.

2. El régimen del pasivo pensional de las Universidades Públicas y las pensiones compartidas

Antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, las universidades públicas reconocían y pagaban las pensiones de jubilación de sus empleados y trabajadores, por regla general, bien como empleadores o bien a través de cajas o fondos autorizados.

El artículo 131¹⁸ de la citada ley 100 ordenó a cada una de las instituciones de educación superior oficiales, constituir “un fondo para el pago del pasivo pensional”, manejado como una subcuenta del presupuesto de la respectiva institución, en las condiciones establecidas por la misma norma.

El decreto 2337 de 1996 reglamentario del artículo 131 de la ley 100 de 1993, estableció “el régimen general para el reconocimiento del pasivo pensional de las universidades oficiales y de las instituciones oficiales de educación superior de naturaleza territorial”, que con antelación al 23 de diciembre de 1993 hubieran tenido a cargo, el reconocimiento y pago de pensiones de sus servidores públicos.

¹⁸Ley 100/93, Art. 131: “FONDO PARA PAGAR EL PASIVO PENSIONAL DE LAS UNIVERSIDADES OFICIALES Y DE LAS INSTITUCIONES OFICIALES DE EDUCACIÓN SUPERIOR DE NATURALEZA TERRITORIAL. Cada una de las instituciones de educación superior oficiales, del nivel territorial, departamental, distrital, municipal, constituirá un fondo para el pago del pasivo pensional contraído a la fecha en la cual esta Ley entre en vigencia, hasta por un monto igual al valor de dicho pasivo que no este constituido en reservas en las Cajas de Previsión, o Fondos autorizados, descontando el valor actuarial de las futuras cotizaciones que las instituciones como empleadores y los empleados deban efectuar según lo previsto en la presente Ley, en aquella parte que corresponda a funcionarios, empleados o trabajadores vinculados hasta la fecha de iniciación de la vigencia de la presente Ley. / Dicho fondo se manejará como una subcuenta en el presupuesto de cada institución. Será financiado por la nación, los departamentos, los distritos y los municipios, que aportarán en la misma proporción en que hayan contribuido al presupuesto de la respectiva universidad o institución de educación superior, teniendo en cuenta el promedio de los cinco (5) últimos presupuestos anuales, anteriores al año de iniciación de la vigencia de la presente Ley./ Los aportes constarán en bonos de valor constante de las respectivas entidades que se redimirán a medida que se haga exigible el pago de las obligaciones pensionales de acuerdo con las proyecciones presupuestales y los cálculos actuariales, y de conformidad con la reglamentación que para el efecto establezca el Gobierno Nacional. / Dentro del año siguiente a la iniciación de la vigencia de la presente Ley, las universidades y las instituciones de educación superior referidas en este artículo, elaborarán o actualizarán los estudios actuariales con el visto bueno del Ministerio de Hacienda. Este requisito es necesario para la suscripción de los bonos que representen los aportes de la Nación. Esta suscripción deberá hacerse dentro de los dos (2) primeros años de la vigencia de la presente Ley.”

El párrafo 1º del artículo 2º del decreto 2337 de 1996 en cita, reiteró que los servidores públicos de las instituciones de educación superior oficiales del nivel territorial, debían haberse afiliado a uno de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones a más tardar el 30 de junio de 1995.

En consecuencia, dentro de las funciones de los fondos para el pago del pasivo pensional el artículo 4º del decreto 2337 en comento, dispuso la de reconocer pensiones solamente en dos casos:

Dice el artículo 4º del decreto 2337

“FUNCIONES DE LOS FONDOS PARA PAGAR EL PASIVO PENSIONAL. Los fondos para el pago del pasivo pensional a favor de los empleados públicos, trabajadores oficiales y personal docente, constituidos como una cuenta especial de las universidades oficiales e instituciones de educación superior de carácter oficial y naturaleza territorial, tendrán las siguientes funciones:

(...)

2. El reconocimiento y pago de las pensiones de vejez o jubilación, de invalidez y de sobrevivencia o sustitución de quienes cumplieron los requisitos entre el 23 de diciembre de 1993 y el 30 de junio de 1995 o a la fecha de entrada en vigencia del sistema General de Pensiones en el orden territorial o en la respectiva institución, según sea el caso, o entre esta última fecha y el 31 de diciembre de 1996.

3. El reconocimiento y pago de las pensiones de aquellos empleados públicos, trabajadores oficiales y personal docente que han cumplido con el tiempo de servicios al 31 de diciembre de 1996 y no han llegado a la edad señalada para adquirir el derecho a la pensión, de acuerdo con el régimen que los venía rigiendo, siempre y cuando no se encuentren afiliados a algunas de las Administradoras del Sistema General de Pensiones.”

Tal como se expresa en su nombre, los fondos ordenados en el artículo 131 de la ley 100 de 1993 son para “pagar el pasivo pensional” de las universidades oficiales del nivel territorial. Las excepciones de reconocimiento de pensiones guardan armonía con la fecha límite de entrada en vigencia de la ley 100 en el nivel territorial, con los derechos adquiridos en materia pensional, y con la obligación de los servidores públicos de afiliarse al sistema general de pensiones en cualquiera de sus dos modalidades.

En el documento de autoría de la Universidad del Quindío, allegado con la consulta, se lee: “Debe observarse que con la expedición del decreto 4937

del 2009 (por el cual se modifica el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995) la pensión compartida quedó a cargo del ISS y la entidad pública debe expedir un bono T para cubrir el diferencial existente entre las condiciones previstas en los regímenes legales aplicables a los servidores públicos antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y el régimen previsto para los afiliados al ISS."

El texto transcrito pareciera indicar que solo con la expedición del decreto 4937 del 2009 entró a cumplir el ISS su obligación de pensionar a los empleados públicos beneficiarios del régimen de transición de la ley 100, con el régimen que les fuera aplicable; y entonces cabría entender que la Universidad del Quindío continuó reconociendo pensiones de jubilación hasta la entrada en vigencia del citado decreto 4937.

Estima la Sala necesario precisar que el mandato legal de constitución del fondo para el pago del pasivo pensional contenido en el artículo 131 de la ley 100, así como la reglamentación del tema en el decreto 2337 de 1996 atrás comentado, no permiten interpretación diferente a la de que las instituciones de educación superior, entre ellas, por supuesto la Universidad del Quindío, debieron dejar de reconocer pensiones de jubilación, salvo a quienes reunieron requisitos antes del 31 de diciembre de 1996 o a quienes a esa fecha les faltó el requisito de la edad pero bajo la condición de no estar afiliados a ninguna administradora de pensiones.

Dicho de otra manera: en el caso de la Universidad del Quindío y bajo el supuesto de que sus servidores no hubieran optado por cambiar de administradora de pensiones, el ISS debió asumir el reconocimiento de las pensiones con las solas excepciones contempladas en el artículo 4º, numerales 2 y 3 del decreto 2337 de 1996, y dando aplicación a los decretos 813 y 1160 de 1994, que como se vio, obligaron al empleador a seguir cotizando y a trasladar al ISS el valor del cálculo actuarial o un título representativo del mismo, acorde con lo exigido por la Junta Directiva del Seguro Social.

Esta aclaración resulta pertinente puesto que las preguntas formuladas a la Sala parecieran contemplar reconocimientos actuales a cargo de la Universidad, los cuales no están legalmente previstos salvo en las situaciones expresamente exceptuadas por el decreto 2337 de 1996.

B. EL RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS Y LAS INTERPRETACIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE LOS FACTORES DE LIQUIDACIÓN DE LA MESADA PENSIONAL

1. Las leyes 33 y 62 de 1985

Con antelación a la ley 100 de 1993, los empleados públicos se pensionaban bajo la ley 33 de 1985, con las modificaciones introducidas por la ley 62 del mismo año¹⁹, salvo que estuvieran en el régimen de transición establecido en dicha ley 33 o tuvieran un régimen especial.

En virtud del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100, las citadas leyes continúan aplicándose a los empleados públicos destinatarios de ellas.

Con relación a los factores de liquidación de la pensión, la ley 33 de 1985²⁰ dispuso:

Artículo 3º. 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 su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

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.

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.

La ley 62 de 1985²¹, modificó el artículo 3º de la ley 33, así:

“Artículo 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha

¹⁹ La ley 33 de 1985 en los párrafos segundo y tercero del artículo 1º., contempló los casos en los cuales continuarían rigiendo las normas sobre pensiones que regían a su entrada en vigencia.

²⁰ Ley 33 de 1985, (enero 29), “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.”, D. O. No. 36856 (Febr. 13/85)

²¹ Ley 62 de 1985 (Sept. 16), “Por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 del 29 de enero de 1985”. D. O. No. 37154 (Sept. 19/85)

Caja, ya sea que su 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.

Vistos los textos originales, la modificación introducida por la ley 62 a la ley 33 se circunscribió a agregar las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación a la lista de emolumentos sobre los cuales debían liquidarse y pagarse los aportes a la respectiva entidad previsional.

Por lo demás, las normas legales en cita obligan a hacer los aportes a la respectiva entidad de previsión en las condiciones que esta misma tenga establecidas; y determina que los factores sobre los que se calcularon los aportes deberán incluirse siempre en la liquidación de las pensiones

2. La jurisprudencia objeto de la consulta

Como pasa a explicarse, la consulta contrasta la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia con la sentencia adoptada el 4 de agosto del 2010 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, por cuanto la primera es uniforme en torno al criterio de que los factores relacionados en las leyes 33 y 62 de 1985 son taxativos, y así se han decidido los procesos en los que la Universidad del Quindío ha sido parte demandante o demandada; mientras que en la segunda se adoptó el criterio de que dichos factores no son taxativos y la pensión se liquida con todos los ingresos percibidos en el último año del período que se tome como referencia para la respectiva pensión.

a. De la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral

Siguiendo la información contenida en el escrito de la Universidad del Quindío, la Sala examinó las siguientes sentencias, proferidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en los procesos en los

cuales la Universidad del Quindío fue parte demandante, el respectivo pensionado fue la parte demandada, y el Instituto de Seguros Sociales, ISS, no intervino:

Sentencia del 9 de noviembre del 2005, Rad. 24305; sentencia del 16 de noviembre del 2005, Rad. 25770; sentencia del 25 de octubre del 2005, Rad. 25907; sentencia del 21 de febrero del 2006, Rad. 26000; sentencia del 4 de abril del 2006, Rad. 26083; sentencia del 14 de marzo del 2006, Rad. 26084; sentencia del 28 de marzo del 2006, Rad. 26085; sentencia del 13 de septiembre del 2005, Exp. 26111; sentencia del 25 de octubre del 2005, Exp. 26279; sentencia del 16 de mayo del 2006, Exp. 26394; sentencia del 7 de junio del 2006, Rad. 26424; sentencia del 23 de junio del 2006, Rad. 26429; sentencias del 2 de marzo y del 1º de junio del 2006 (decisión de instancia), Rad. 26473; sentencia del 23 de marzo del 2006, Rad. 26484; sentencia del 4 de julio del 2006, Rad. 26640; sentencia 19 de octubre del 2005, Exp. 26641; sentencia del 29 de junio del 2006, Rad. 26645; sentencia del 31 de mayo del 2006, Rad. 26655; sentencia del 25 de octubre del 2005, Rad. 26659; sentencia del 14 de agosto del 2006, Rad. 26660; sentencias del 4 de mayo y del 21 de noviembre (sede de instancia) del 2006, Rad. 26969; sentencia del 25 de julio del 2006, Rad. 27020; sentencia del 4 de julio del 2006, Rad. 27022; sentencia del 12 de junio del 2006, Rad. 27913; sentencia del 8 de agosto del 2007, Rad. 28325; sentencia del 18 de julio del 2006, Rad. 28598; sentencia del 7 de diciembre del 2006, Rad. 28599; sentencia del 17 de abril del 2007, Rad. 28600; sentencia del 6 de marzo del 2007, Rad. 28601; sentencia del 28 de junio del 2006, Rad. 28778; sentencia del 26 de septiembre del 2007, Rad. 28826; sentencia del 28 de agosto del 2007, Rad. 28839; sentencia del 13 de marzo del 2007, Rad. 29060; sentencia del 17 de abril del 2007, Exp. 29737; sentencia del 1º de abril del 2008, Exp. 32693; sentencia del 25 de agosto del 2009, Exp. 35231.

Sin perjuicio de las condiciones específicas de cada pensionado y de cada proceso, puede afirmarse que la Sala de Casación Laboral dejó en claro que la Universidad del Quindío no estaba facultada para incluir factores distintos a los legales; de manera que al resolver el recurso extraordinario confirmó o casó la sentencia de instancia para excluir las primas de carestía, de servicios y de vacaciones y establecer el monto inicial de la mesada u ordenar su reliquidación. Reiteradamente argumentó que:

“... el régimen de transición previsto en la Ley 33 citada ... sólo garantizaba la aplicación de la normatividad anterior en cuanto al requisito de la edad para acceder a la pensión, más no incluía el monto que lo fijó en un 'setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio', ni tampoco los factores salariales

para su cálculo./ En ese orden de ideas, ha de entenderse que referente al monto y a los factores salariales para el cálculo de la pensión, tenía plena aplicabilidad en el caso del actor la Ley 33 de 1985 y el artículo 1° de la Ley 62 de ese año que la modificó...²².

También en los procesos en los que se acreditó que el ISS ya había asumido el pago de la pensión, las sentencias de la Sala de Casación Laboral analizaron las situaciones individuales para determinar si la Universidad del Quindío debía o no, pagar algún mayor valor.

En cuanto a los aportes a las entidades previsionales, desde las primeras sentencias la Sala de Casación Laboral citó la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, de fecha 29 de abril del 2004, radicación No. 2287-03, conforme a la cual, "la estipulación final del artículo 1° de la Ley 62 citada, sobre la liquidación de la pensión de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, no significa una exclusión para los casos en que la entidad no haya efectuado los descuentos por tal concepto, sino la obligación, para los empleados de régimen especial, de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional, de manera que si no han sido objeto de descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento la entidad de previsión efectúe los descuentos pertinentes".

Por último, las decisiones de la Sala de Casación Laboral fueron igualmente uniformes al negar, con aplicación del principio de la buena fe, la devolución o reintegro de los pagos hechos en exceso al pensionado, que era también pretensión de la Universidad.

b. De la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado

Esta Sala revisó la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto del 2010 por la Sección Segunda²³ de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, así como los fallos expresamente citados en dicha sentencia de unificación, de las Secciones A y B de la misma Sección Segunda, a saber: Subsección A, C. P. Alberto Arango Mantilla, sentencia del 29 de mayo del

²² Por vía de ejemplo, Sentencia de octubre 25 del 2005, Rad. 26659.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Actor: LUIS MARIO VELANDIA, sentencia del 4 de agosto del 2010, Rad. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), Demandada: Caja Nacional de Previsión Social.

2003, Rad. 25000-23-25-000-2000-2990-01(4471 - 02), Demandada, Caja Nacional de Previsión Social; Subsección B, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, sentencia del 16 de febrero del 2006, Rad. 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04), Demandado: Gobernación de Cundinamarca; Subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 6 de agosto del 2008, Rad. 25000-23-25-000-2002-12846-01(0640-08), Demandada: Caja Nacional de Previsión Social.

Así mismo, revisó otros pronunciamientos posteriores: Sección Segunda, *Subsección A*, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia del 10 de febrero del 2011, Rad. 25000-23-25-000-2002-02629- 01(0516-08), Demandada: Caja Nacional de Previsión Social; *Subsección B*, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia del 16 de septiembre del 2010, Rad. 13001-23-31-000-2002-01592-01 (0316-09), Actor: Universidad de Cartagena; *Subsección B*, C. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia del 27 de enero del 2011, Rad. 08001-23-31-000-2007-00112-01(0045-09), Demandado: Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; *Subsección B*, C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia del 3 de febrero del 2011, Rad. 25000-23-25-000-2007-01044-01(0670-10), Demandado: Instituto de Seguros Sociales – ISS; *Subsección B*, C. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia del 10 de marzo del 2011, Rad. 08001-23-31-000-2006-02553-01(1261-10), Actor: Universidad del Atlántico.

Hace notar la Sala que ni la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto del 2010 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, ni las demás decisiones anteriores y posteriores, se refieren a procesos en los que la Universidad del Quindío haya sido parte.

En particular, la citada sentencia de unificación decidió el proceso instaurado por Luis Mario Velandia contra la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL. Se refirió a las diferentes posiciones jurisprudenciales en el tema de los factores que deben determinar el ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación sujetas a la ley 33 de 1985, antes o después de la ley 100 de 1993, y en concreto a los siguientes fallos:

- De la Subsección A. Sentencia del 23 de mayo del 2003²⁴.

Conforme a esta sentencia, la liquidación debía incluir *“todas aquellas sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como*

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A, Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla, sentencia del 29 de mayo de 2003 / Rad. 25000-23-25-000-2000-2990-01(4471 - 02). Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL.

retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley”, aplicando la ley 65 de 1946 que definió el salario o sueldo “... no solo como la asignación básica fijada por la ley sino como todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el empleado como retribución por sus servicios.” En cuanto a los factores de liquidación de la pensión sobre los cuales no se hubieran hecho los aportes a la Caja Nacional de Previsión, ordenó a ésta “realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes.”

- De la Subsección B. Sentencia del 16 de febrero del 2006²⁵

Con base en el artículo 53 de la Constitución, esta sentencia resolvió “... respetando la situación más beneficiosa a su destinatario...”, que la pensión se reliquidara “... en el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio de sirvió de base para los aportes, durante el último año de servicio...”.

- De la Subsección B. Sentencia del 6 de agosto del 2008²⁶

Expresó:

“... si bien la Sala conoce la discrepancia que se ha suscitado en la doctrina y en la jurisprudencia sobre el tema del monto pensional, en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, en estos casos reitera su posición al respecto, en el sentido de aplicar en su integridad el porcentaje y la base para liquidar la pensión del régimen anterior a la Ley 100, sin que sea posible aplicar la regla del inciso 3 de su artículo 36, en virtud de la protección al principio constitucional de la favorabilidad²⁷...”. Y precisó: “... cuando las normas refieren que las pensiones deben liquidarse con base en los mismos factores sobre los que se aportó, dicha expresión debe leerse bajo el entendido que es obligación de las Cajas de Previsión hacer los descuentos por aportes pero sólo sobre los factores taxativamente señalados para construir la pensión del afiliado, sin que ello implique abrir un abanico de factores que eventualmente puedan constituirse como base para liquidar la pensión. / 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

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado, sentencia del 16 de febrero del 2006 / Rad. 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04), Demandado: GOBERNACION DE CUNDINAMARCA

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 6 de agosto del 2008, Rad. 25000-23-25-000-2002-12846-01(0640-08), Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL.

²⁷ [Cita de la sentencia del 6 de agosto del 2008] *Sentencia de 15 de mayo de 2008, Sección Segunda, expediente 1708-07 M.P. Gerardo Arenas Monsalve.*

la liquidación de la pensión. Lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985 no tiene otro alcance distinto al de imponer a las entidades la obligación de cancelar los respectivos aportes sobre los rubros constitutivos de factor pensional y no abrir la posibilidad de incluir diferentes factores a los que taxativamente la norma señaló²⁸.

En cuento al criterio adoptado, la sentencia de unificación del 4 de agosto del 2010 resuelve incluir todos los factores devengados en el último año de servicios, para conformar la base de liquidación de la pensión de jubilación, por cuanto la interpretación taxativa vulnera los principios de progresividad, igualdad y primacía de la realidad sobre las formalidades.

Con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, arriba a la conclusión de que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Estima entonces que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, *es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir, aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todas aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé.*

Sólo excluye las sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando y la indemnización de vacaciones, por no ser salario ni prestación.

c. Las conclusiones de la Sala

Frente al artículo 3º de la ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la ley 62 del mismo año, las decisiones jurisprudenciales muestran cómo es posible sustentar que, para los efectos pensionales, los factores que allí se relacionan son taxativos, pero también que no lo son y que por tanto la base

²⁸[Cita de la sentencia del 6 de agosto del 2008] *Sentencia de 26 de junio de 2008, exp. 1277-07 M.P. Gerardo Arenas Monsalve.*

de liquidación de las pensiones debe conformarse con todas las sumas que haya devengado el empleado de manera habitual y periódica, en el lapso que deba tomarse como referencia.

También la jurisprudencia ha interpretado de diferente manera el mandato legal sobre la liquidación y el pago de los aportes a las entidades previsionales, y así como ha entendido que los respectivos descuentos solo proceden respecto de los factores que servirán de base para liquidar la pensión, también ha encontrado que dichos descuentos pueden ser hechos a *posteriori*, esto es, sobre los factores que finalmente concurren para la base de liquidación de la pensión.

Desde el punto de vista práctico encuentra la Sala que, con fundamento en las distintas interpretaciones, pueden darse las siguientes situaciones:

- 1) Bajo el criterio de que los factores relacionados en las normas estudiadas son taxativos:
 - (i) si la pensión de jubilación se liquida con los mismos factores sobre los que se calcularon y pagaron los aportes a la entidad previsional, no deben causarse ni reintegro ni pagos adicionales por esos conceptos;
 - (ii) si durante la vinculación laboral no se hicieron descuentos para aportes sobre alguno de los factores que luego integren la base de liquidación, el pensionado y eventualmente el empleador, en este caso, la Universidad del Quindío, estarán obligados a pagar los valores faltantes cuando sea reconocida la pensión;
 - (iii) si durante la vinculación laboral se descontaron aportes sobre otros emolumentos, la entidad a cargo de la pensión deberá hacer las devoluciones que correspondan al pensionado y, si es del caso, al empleador Universidad del Quindío.
- 2) Si el criterio que se aplicare es el de que los factores no son taxativos, el pensionado deberá asumir el pago de los aportes sobre los emolumentos que al final entren a conformar la base de liquidación de su pensión, si durante su vida laboral no aportó sobre ellos a la entidad previsional.
- 3) En las pensiones compartidas, en las que se centra la consulta, la reliquidación de la mesada pensional puede darse por aplicación de uno u otro criterio.

Aplicando el criterio de los factores taxativos es posible que sea necesario devolver sumas pagadas en exceso por concepto de aportes y entonces la entidad pagadora de la pensión tendrá la obligación de hacer las devoluciones que correspondan al pensionado o al empleador, según el caso.

Si la revisión de la pensión conduce a incluir emolumentos que inicialmente no se consideraron por no corresponder a los factores enlistados en las leyes 33 y 62, el empleador deberá asumir el pago de los mayores valores que así se generen.

Tratándose de entidades públicas se dará entonces aplicación al decreto 4937 del 2009, sobre los bonos T, que, como se indicó atrás, implica que el ISS, en el primer caso, haga la devolución correspondiente y, en el segundo caso, profiera la resolución de reliquidación para que el empleador asuma el pago del mayor valor que así resulte.

C. LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES

1. La cosa juzgada *inter partes*

Tanto en la jurisdicción ordinaria laboral como en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las sentencias proferidas en los procesos de naturaleza contenciosa, una vez ejecutoriadas tienen fuerza de cosa juzgada *inter partes*, con lo cual se quiere decir que entre las mismas partes no será posible debatir nuevamente las pretensiones que guarden identidad en sus fundamentos de hecho y de derecho²⁹, y, en consecuencia, las decisiones contenidas en la respectiva sentencia resuelven la controversia en forma definitiva, por lo tanto son obligatorias para las partes y de estricto cumplimiento.

Así las cosas, para el caso de la Universidad del Quindío, las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en los procesos en los que la Universidad fue parte, tienen fuerza de cosa juzgada *inter partes*, y por ende, resolvieron de manera definitiva y obligatoria la controversia planteada en cada proceso, en el sentido de excluir las primas

²⁹ Cfr. C.P.C., Arts. 331 (ejecutoria de las providencias judiciales, modificado por el artículo 34 de la ley 794 del 2003) y 332 (fuerza de cosa juzgada). / C.C.A., Art. 175, inciso tercero (fuerza de cosa juzgada).

de carestía, de servicios y de vacaciones, vale decir, los factores que no están relacionados en las leyes 33 y 62 de 1985. Obviamente, sin perjuicio de las particularidades que se encuentran en cada sentencia, atinentes a la situación individual del pensionado o al régimen pensional que le fue aplicado. Entonces las pensiones cuyos elementos fueron decididos por sentencias judiciales ejecutoriadas, tienen el valor de cosa juzgada y por tanto no podrán ser afectadas por el cambio jurisprudencial reseñado.

Ahora bien, de los antecedentes aparece que los procesos en materia pensional entre la Universidad del Quindío y sus ex trabajadores, han sido conocidos y decididos por la Jurisdicción Ordinaria, con pronunciamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y hasta donde la Sala posee información, la jurisdicción de lo contencioso administrativo no ha conocido de estos asuntos, por tanto no es probable que los jueces laborales tomen como jurisprudencia que deben seguir, (o del llamado precedente horizontal si se acepta esta teoría) la emanada del Tribunal de cierre de otra jurisdicción, cuando en la propia existe una posición doctrinaria continuada.

Entonces, es por el mismo efecto de cosa juzgada *inter partes*, aunado a que la Universidad del Quindío no fue parte en los respectivos procesos, que la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto del 2010 por la Sección Segunda de la Sala Contencioso Administrativa de esta Corporación, no tiene efectos en relación con las pensiones de la Universidad del Quindío; como tampoco le son aplicables las sentencias que a partir de la de unificación han proferido las Subsecciones de la misma Sección.

2. El precedente judicial

Al respecto, encuentra la Sala necesarios los siguientes comentarios:

Dispone el artículo 114 de la ley 1395 del 2010³⁰, actualmente vigente:

“Artículo 114. Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos.”

³⁰ Ley 1395 de 2010 (julio 12), “Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”. D. O. No. 47.768 (julio 12/10).

Al tenor de la norma transcrita, cuando las autoridades administrativas deban decidir sobre alguno de los asuntos reseñados en ella, tienen el deber de “tomar en cuenta” las sentencias de las jurisdicciones administrativa y ordinaria cuando, en un número mínimo de cinco, hayan resuelto de determinada manera sobre unos mismos hechos y pretensiones, entendiendo que tales precedentes corresponden a decisiones de las Altas Cortes y han respetado la interpretación vinculante que sobre el respectivo tema haya realizado la Corte Constitucional.³¹

La Sala trae a colación el tema del precedente jurisprudencial porque, como es evidente, la Universidad del Quindío encuentra en la jurisdicción ordinaria múltiples sentencias, que le atañen como parte, en las que el criterio invariable es el de la taxatividad de los factores de liquidación de las pensiones, posición que debe ser tenida en cuenta a manera de precedente del citado artículo 114. Igualmente encuentra que en la jurisdicción contencioso administrativa también se configura el precedente jurisprudencial pues hay más de cinco fallos de la Sección Segunda del Consejo de Estado en el sentido de que dichos factores de liquidación corresponden a todo lo devengado en el período que deba tomarse en cada caso para el mismo efecto. ¿Entonces, cuál de los dos es obligatorio, tanto para ella como para el ISS?

La norma no contempla la posibilidad de que haya discrepancia de interpretaciones entre dos jurisdicciones y por tanto guarda silencio sobre el particular, sin embargo debe entenderse que si la finalidad de la ley de que hace parte el artículo 114 es la de descongestionar la administración de justicia, debe tomarse como precedente el emanado de la jurisdicción que decidiría el asunto en caso de litigio, pues aplicar este precedente debe evitar el proceso, mientras que si se aplica el de otra jurisdicción muy posiblemente obligue a demandar.

Bajo esta perspectiva, ni la Universidad del Quindío ni el ISS están obligados a cumplir un precedente contenido en cinco sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, pues el juez competente de los conflictos entre los pensionados y la Universidad es el Juez Ordinario. Con la salvedad que a continuación se hace.

3. La situación en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

³¹ La Corte Constitucional en la sentencia C-539/11 (6 de julio), resolvió: “SEGUNDO.- Declarar EXEQUIBLE la expresión “*que en materia ordinaria o contenciosa administrativa*” contenida en el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, en el entendido que los precedentes jurisprudenciales a que se refiere la norma deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional.

Mediante la ley 1437 del 2011 se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que entrará a regir el próximo 2 de julio del 2012 por disposición de su artículo 308.

Advierte la Sala que cuando entre a regir el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se deberá dar aplicación al artículo 10, el cual consagra la obligación para las autoridades de decidir los asuntos a su cargo de acuerdo con la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado.

Recogiendo los comentarios precedentes se concluye que la Universidad del Quindío en su condición de empleador obligado al pago de pensiones de jubilación que el ISS ha asumido, por ser pensiones compartidas, está sujeta a las decisiones judiciales adoptadas para resolver los procesos en los cuales ha sido parte.

Con todo, al operar el cambio de jurisdicción para atender los procesos relativos a las pensiones que la obligan, habrá de adecuarse a las respectivas decisiones de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el marco de la normatividad vigente para cuando ello ocurra.

D. Las funciones jurisdiccional y consultiva del Consejo de Estado.

Cuando la Constitución Política³² señala la estructura y las funciones de la “Jurisdicción Contencioso Administrativa”, ordena que el Consejo de Estado se divida “en salas y secciones para separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignen la Constitución y la ley”.

Las funciones que directamente la Constitución le fija a esta Corporación son claramente de una y otra naturaleza, como cuando en el artículo 237 se refiere a la de: “1. *Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley.*”; y en el numeral 3., del mismo artículo le asigna la de “...3. *Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen. (...)*”.

En su condición de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, la Corporación actúa a través de las Secciones y Subsecciones que integran la

³² Constitución Política, Arts. 236, 237 y 238.

Sala de lo Contencioso Administrativo y resuelve, definitivamente, las controversias que son de su competencia.

La función consultiva es realizada por esta Sala de Consulta y Servicio Civil, que, como dice la norma constitucional, es un “cuerpo consultivo del Gobierno en asuntos de administración”.

Mientras que la Sala de lo Contencioso Administrativo decide, esta Sala aconseja.

Ciertamente son funciones de naturaleza diferente que en su ejercicio producen efectos con alcance igualmente diferente: las decisiones obligan, los conceptos se acogen o no, salvo casos especiales establecidos en la Constitución y en la ley.

Su distinta naturaleza y alcance excluye la posibilidad teórica o real de un “choque” por razón del contenido de sus pronunciamientos.

Por lo demás, el tema concreto de las pensiones muestra, como se ha visto a lo largo de este concepto, variaciones en su normatividad y en su interpretación jurisprudencial. No es materia que permita criterios inmodificables.

En ese sentido bien vale recordar que cuando esta Sala de Consulta y servicio emitió el concepto del 28 de junio del 2001, radicación 1350, relativo entre otros temas al régimen pensional de los servidores de la Universidad del Quindío, compartió la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, que para entonces consideraba como taxativos los factores relacionados en las leyes 33 y 62 de 1985.

Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:

“1.- ¿Cómo se debe entender el choque jurisprudencial entre un concepto emitido estrictamente para la Universidad del Quindío y la jurisprudencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado?”

La distinta naturaleza de las funciones jurisdiccional y consultiva que tiene atribuidas el Consejo de Estado y que ejerce a través de Salas separadas, así como el hecho ineludible de que los criterios jurisprudenciales no son inmodificables y en efecto varían a lo largo del tiempo, excluyen el choque planteado en la pregunta.

"2.- ¿Cuál es la situación de la Universidad del Quindío frente a la forma de liquidación de pensiones, teniendo en cuenta que se encuentra incursa en el sistema de pensión compartida, por el cual debe efectuar el reconocimiento de una pensión de jubilación y proceder a su pago hasta que el Seguro Social reconozca la pensión de vejez, quedando desde este momento a cargo de la Universidad sólo el mayor valor, si lo hubiere, entre ambas liquidaciones?"

Las pensiones compartidas que aplican a los servidores de la Universidad del Quindío que son beneficiarios del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, se rigen por los decretos 813 y 1160 de 1994, complementados con el decreto 4937 de 2009, en el entendido de que a partir de la constitución del fondo pensional para el pago de su pasivo pensional, ordenado en el artículo 131 de la ley 100 de 1993 y reglamentado en el decreto 2337 de 1996, la Universidad del Quindío sólo puede reconocer las pensiones de quienes se encuentren en las condiciones previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 4º del citado decreto 2336.

Así las cosas, la Universidad habrá de expedir los bonos pensionales especiales T, en los términos, condiciones y situaciones que regula el decreto 4937 del 2009.

De otra parte, respecto de pensiones reconocidas antes o después de la vigencia de la ley 100 de 1993, que hayan sido o sean objeto de decisión judicial, la situación de la Universidad quedará determinada por los mandatos de la respectiva sentencia.

"3.- Las sentencias que ordenan reliquidar las pensiones de jubilación establecen que se efectúen descuentos para pensión sobre los factores no enlistados en las Leyes 33 y 62 de 1985, la Universidad del Quindío cotizó por estos jubilados al Seguro Social, ¿está el Seguro Social obligado a recibir estos aportes y reliquidar la pensión de vejez compartida incluyéndolos?"

Las sentencias que ordenan reliquidar las pensiones de jubilación y los descuentos que no se hicieron durante la relación laboral, obligan al ISS, bien porque expresamente la decisión judicial contenga el mandato dirigido a esa institución, o bien porque a partir de la subrogación por mandato legal, el mismo ISS está pagando la prestación por cuenta del empleador.

"4.- En caso de prosperar la tesis de incluir todos los factores salariales en la liquidación de pensiones de servidores públicos de la Universidad del Quindío, ¿a quién corresponde la re-liquidación de las pensiones: a la propia entidad o al ISS?, ¿si es el ISS deberá liquidarse un bono T por el mayor valor generado al incluir nuevos factores de liquidación?"

De acuerdo con el artículo 17 del decreto 4937 de 2009, compete al ISS la reliquidación de las pensiones de los ex servidores públicos de la Universidad del Quindío, en el caso de ser procedente porque deba incluirse la totalidad de los emolumentos recibidos en el período que corresponda tomar para configurar el ingreso base de liquidación, en cada caso.

En aplicación del mismo decreto 4937, el ISS deberá solicitar a la Universidad del Quindío, la emisión de los bonos pensionales especiales T por el mayor valor que resulte a cargo de la Universidad.

Envíese a la señora Ministra de Educación Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.



AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA
Presidente de la Sala.



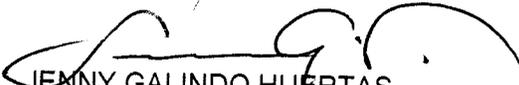
LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO
Consejero de Estado



ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO
Consejero de Estado



WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero de Estado



JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaria de la Sala