



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: William Zambrano Cetina

Bogotá D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012)

Radicación Interna: 2069

Número Único: 11001-03-06-000-2011-00049-00

Referencia: Factores salariales para liquidar la pensión de personas en régimen de transición.

El Ministerio de Educación Nacional consulta a esta Sala sobre el deber del Instituto de Seguros Sociales de dar aplicación al precedente jurisprudencial fijado por el Consejo de Estado en relación con la inclusión de las primas de navidad, servicios y vacaciones para el cálculo de las pensiones.

I. ANTECEDENTES

Como antecedentes de la consulta el Ministerio de Educación señala lo siguiente:

1. Antes de entrar en vigencia la ley 100 de 1993 la Universidad de Antioquia, como muchas otras entidades públicas, tenían a su cargo el reconocimiento directo de las pensiones de sus empleados.
2. Para esa época no se hacían cotizaciones a la seguridad social y la Universidad de Antioquia reconocía la pensión teniendo en cuenta todo lo devengado por el empleado, en particular las primas de servicios, de navidad y de vacaciones.
3. Posteriormente, con base en el artículo 131 de la ley 100 de 1993 y su decreto reglamentario 2337 de 1996, la Universidad de Antioquia afilió todos sus empleados y trabajadores al Sistema General de Seguridad Social y, por ende, dejó de tener a cargo el reconocimiento de sus pensiones.

4. Desde ese momento se ha generado una discusión con el Instituto de Seguros Sociales, toda vez que este último considera que para la liquidación de las pensiones sólo debe tenerse en cuenta *el ingreso base de cotización*, de conformidad con el artículo 34 de la ley 100 de 1993 y su decreto reglamentario 1158 de 1994. Por su parte, la Universidad de Antioquia considera que al tratarse de personas en régimen de transición, resulta aplicable el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, según el cual, la pensión debe liquidarse con base en el promedio *de lo devengado por el trabajador*.
5. En sentencia del 4 de agosto de 2010, en la que era demandada la Caja Nacional de Previsión -CAJANAL-, la sección segunda del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia en el sentido de señalar que las personas en régimen de transición de la ley 100 de 1993, tienen derecho a que su pensión de jubilación sea liquidada teniendo en cuenta todos los factores salariales de su asignación, incluyendo las primas de servicios, de navidad, y de vacaciones.
6. Surge entonces la inquietud de si esta última sentencia solamente es aplicable a las pensiones reconocidas por CAJANAL o si también debe ser aplicada por el Instituto de Seguros Sociales.

Con fundamento en lo anterior, **SE PREGUNTA**

“¿Se encuentra el Seguro Social en la obligación de incluir todos los factores que tenía en cuenta la Universidad de Antioquia (primas de servicios, prima de navidad y vacaciones) en la liquidación de las pensiones de los empleados que están en el supuesto jurídico establecido en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o es esta una decisión que sólo obliga a CAJANAL?”

II. CONSIDERACIONES

A. ARTÍCULO 114 DE LA LEY 1395 DE 2010 - DEBER DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS DE OBSERVAR LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES REITERADOS EN MATERIA PENSIONAL.

Con el fin de reducir la judicialización innecesaria de asuntos que los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones ya han definido en sentencias reiteradas y de evitar el desgaste que todo proceso judicial implica para los ciudadanos, el aparato judicial y la propia Administración, el artículo 114 de la ley 1395 de 2010 establece que las entidades públicas de todo orden deberán tener en cuenta los precedentes jurisprudenciales que,

por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos en relación, entre otras materias, con el reconocimiento y pago de pensiones:

“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.” (Se resalta)

Esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-539 de 2011, en la cual se advierte sobre el carácter vinculante para las autoridades administrativas de los precedentes judiciales fijados por los órganos de cierre de cada jurisdicción:

“5.2.5 De otra parte, ha señalado esta Corte que las autoridades administrativas se encuentran siempre obligadas a respetar y aplicar el precedente judicial para los casos análogos o similares, ya que para estas autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia, válido para los jueces, quienes pueden eventualmente apartarse del precedente judicial de manera excepcional y justificada. En este sentido ha dicho la Corte:

“Lo señalado acerca de los jueces se aplica con más severidad cuando se trata de la administración, pues ella no cuenta con la autonomía funcional de aquéllos. Por lo tanto, el Instituto de los Seguros Sociales debió haber inaplicado la norma mencionada o haber justificado adecuadamente por qué no se ajustaba la jurisprudencia de la Corte en este punto.” (Resalta la Sala)

En otra oportunidad dijo la Corte sobre este mismo asunto:

“La obligatoriedad del precedente es, usualmente, una problemática estrictamente judicial, en razón a la garantía institucional de la autonomía (C.P. art. 228), lo que justifica que existan mecanismos para que el juez pueda apartarse, como se recordó en el fundamento jurídico 4., del precedente. Este principio no se aplica frente a las autoridades administrativas, pues ellas están obligadas a aplicar el derecho vigente (y las reglas judiciales lo son), y únicamente están autorizadas -más que ello, obligadas- a apartarse de las normas, frente a disposiciones clara y abiertamente

inconstitucionales (C.P. art. 4). De ahí que, su sometimiento a las líneas doctrinales de la Corte Constitucional sea estricto¹. (negrilla original)

Ahora bien, frente al contenido normativo del artículo 114 de la ley 1395 de 2010 en cita, es necesario hacer algunas precisiones que resultan relevantes para la presente consulta²:

- a. En primer lugar, la fuerza que esta norma le asigna al precedente implica que en los temas enunciados en ella, las entidades públicas deberán observar obligatoriamente los fallos reiterados por cada jurisdicción; solamente podrán separarse de los mismos cuando exista una razón realmente seria y fundada que deberá motivarse expresamente en la decisión³. Esta exigencia de motivación se encuentra especialmente reforzada, ya que si esas razones de mayor peso no existen o no se justifican suficientemente, las autoridades no podrán adoptar una decisión contraria al precedente que implique para los ciudadanos la necesidad de acudir a la jurisdicción a reclamar derechos que deberían estar protegidos en sede administrativa. En ningún caso se podrán invocar razones inexistentes o superfluas o que simplemente ya han sido desestimadas por el propio precedente que se debe aplicar. En síntesis, la administración no puede actuar en rebeldía de los precedentes reiterados que ya han definido la interpretación de las normas aplicables al caso.
- b. De otro lado, el carácter vinculante del precedente jurisprudencial y su función orientadora de las decisiones futuras en orden a satisfacer las necesidades sociales de seguridad jurídica (predictibilidad de la decisión) e igualdad, no impide que las autoridades administrativas de manera seria y razonada busquen a través de los procesos judiciales el cambio del precedente o la unificación jurisprudencial cuando ella

¹ La Corte constitucional reitera este deber de las autoridades administrativas en Sentencia C-634 de 2011, al declarar la exequibilidad del Artículo 10 de la Ley 1437 de 2011: "No sucede lo mismo cuando se trata de autoridades administrativas. En este caso, habida cuenta que esos funcionarios carecen del grado de autonomía que sí tienen las autoridades judiciales, el acatamiento del precedente jurisprudencial es estricto, sin que resulte admisible la opción de apartarse del mismo. Ello en el entendido que la definición, con fuerza de autoridad, que hacen las altas cortes del contenido y alcance de los derechos y, en general, de las reglas constitucionales y legales, resulta imperativa para la administración."

² Al respecto puede verse también Concepto 2061 del 23 de noviembre de 2011, M.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

³ "Sentencia C-539 de 2011 en relación con el alcance del artículo 114 de la Ley 1395 de 2010: "En consecuencia, las autoridades administrativas deben necesariamente respetar y aplicar el precedente judicial, especialmente el constitucional y si pretenden apartarse del precedente deben justificar con argumentos contundentes las razones por las cuales no siguen la posición del máximo intérprete, especialmente del máximo intérprete de la Constitución."

no exista; también podrán intentar que, en el caso de esta jurisdicción, el asunto sea conocido por la sala plena de lo contencioso administrativo para que esta se pronuncie por importancia jurídica o transcendencia económica o social, situación que en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo admitirá solicitud de parte⁴. Claro está que una vez unificado el precedente y salvo cambios normativos o en la jurisprudencia, la administración deberá proceder de conformidad con el precedente aplicable al caso, en tanto que éste constituye el sentido e interpretación que los diferentes operadores jurídicos deben darle a la ley⁵. De lo contrario, el precedente no tendrá ningún valor como mecanismo de realización del principio de igualdad y como referente de solución de decisiones futuras que no deben ser judicializadas innecesariamente.

- c. Así mismo, es importante resaltar que el precedente establecido por los órganos de cierre de cada una de las jurisdicciones (ordinaria o contenciosa) es relevante al interior de cada una de ellas y respecto de los asuntos que son objeto de su conocimiento; dicho de otro modo, el precedente fijado por la jurisdicción ordinaria o por la contencioso administrativa, no se vuelve vinculante para la otra, pues cada una, dentro de su propia autonomía, puede establecer las reglas de interpretación de los asuntos sometidos a su conocimiento. Esto es especialmente importante en el tema consultado, pues respecto de los factores salariales que deben tomarse en cuenta para liquidar la pensión, la jurisprudencia del Consejo de Estado es diferente a la fijada por la Corte Suprema de Justicia en los asuntos de su competencia, de forma que lo dicho en cada jurisdicción no es trasladable necesariamente a la otra.

⁴ Artículo 271 ley 1437 de 2011.

⁵ “5.2.8 En cuanto al margen de libertad interpretativa de las autoridades administrativas, al momento de aplicar una norma a un caso en particular, ha señalado esta Corte que éstas se enfrentan a una gama de posibles interpretaciones, frente a las cuales deben aplicar la interpretación que se ajuste a la Constitución y a la ley, y que tal interpretación autorizada, última y unificada viene dada en materia legal por el máximo tribunal de casación en la jurisdicción ordinaria o Corte Suprema de Justicia, en el derecho administrativo por el Consejo de Estado y en materia constitucional por la Corte Constitucional. De esta manera, una vez establecida la interpretación de la ley y de la Constitución por los máximos Tribunales con competencias constitucionales y legales para ello, el operador administrativo se encuentra en la obligación de seguir y aplicar el precedente judicial (...) (Sentencia C-539 de 2011)

Lo anterior sin perjuicio, claro está, de que dentro de su propia autonomía, las jurisdicciones ordinaria y contenciosa puedan tener en cuenta lo dicho por la otra al resolver casos iguales o semejantes y que para tal fin los interesados puedan invocar los precedentes que mejor respondan a sus intereses dentro del proceso⁶.

- d. También es importante resaltar que los cambios de precedente no afectan las decisiones judiciales adoptadas con anterioridad, pues las mismas hacen tránsito a cosa juzgada.

Hechas estas aclaraciones, la Sala revisará lo que respecto del asunto consultado han señalado tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado en los asuntos sometidos a su conocimiento; ello constituirá, según el caso, precedente vinculante para el Instituto de Seguros Sociales (dependiendo en cada caso situación particular cuál sería la jurisdicción competente frente a un eventual conflicto).

Cabe advertir en todo caso, que a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo el próximo 2 de julio de 2012 (ley 1437 de 2011), todos los asuntos relacionados con la seguridad social de los empleados públicos cuyo régimen esté administrado por una entidad de derecho público, será competencia exclusiva de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículo 104-4), lo cual unificará nuevamente el conocimiento de estos asuntos y permitirá salvar la existencia de jurisprudencia diferenciada sobre el particular. En consecuencia, en tales casos el precedente vinculante será el que haya fijado el Consejo de Estado.

B. LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LA MATERIA

1. Unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con los factores para calcular la pensión de las personas cobijadas por el régimen de transición de la ley 100 de 1993.

⁶ Por ejemplo, en Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 28 de marzo de 2006 (exp.27020), que tuvo en cuenta lo que en ese momento decía la jurisprudencia del Consejo de Estado (tesis restrictiva) sobre los factores salariales para liquidar la pensión de personas en régimen de transición y cobijadas por la Ley 33 de 1985.

Como lo anota la entidad consultante, a partir de la **sentencia del 4 de agosto de 2010**⁷, la sección segunda del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia sobre los factores de liquidación de las pensiones de jubilación de las personas a quienes en virtud del régimen de transición de la ley 100 de 1993 (art.36⁸) se les aplica la ley 33 de 1985.

Una vez reiterado que a las personas en régimen de transición les es aplicable en su integridad el régimen pensional anterior⁹, esto es el previsto en la ley 33 de 1985¹⁰, advierte la sentencia que antes de la unificación jurisprudencia existían diversas posiciones al interior del Consejo de Estado respecto de los factores salariales para liquidar la pensión de quienes estuvieran en dicha situación: en algunos casos había considerado que sólo podían tenerse en cuenta los factores expresamente señalados en el artículo 3 de la ley 33 de 1985¹¹; en otros casos se había restringido la liquidación de

⁷ M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, exp. 2006-7509. Salvamento de voto M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

⁸ "Artículo 36. Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

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

⁹ "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 demanda". Ver también Sentencia del 18 de febrero de 2010, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Igualmente Sentencia del 17 de marzo de 2011, M.P. Bertha Lucía Ramírez, en la que se recuerda que a las personas cobijadas por el régimen de transición no les es aplicable el Decreto 691 de 1994, modificado por el Decreto 1158 del mismo año, en el cual se establecen los factores de cotización de las personas sujetas en su integridad al sistema de seguridad social de la Ley 100 de 1993: "No es aplicable al sub lite lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994, para efectos de determinar el ingreso base de liquidación pues la pensión del demandante fue reconocida con base en la Ley 33 de 1985 (...)". Esta interpretación sobre la aplicación en su integridad de la legislación anterior a quienes se encuentran en régimen de transición también es prohijada por la Corte Constitucional (ver entre otras, Sentencia T-022 de 2010, T-180 de 2008, T-158 de 2006 y T-631 de 2002).

¹⁰ La aplicación integral del régimen anterior de la Ley 33 de 1985, debe entenderse en todo caso sin perjuicio de que el interesado pueda estar a su vez en el régimen de transición de dicha ley (evento en el cual se sujetaría al régimen anterior a ella); o se encuentre cobijado por un régimen especial, en cuyo caso tampoco se aplicaría esa normatividad.

¹¹ **ARTICULO 3°.- modificado por el artículo 1 de 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

la pensión a los factores salariales respecto de los cuales *efectivamente* se hubieran practicado cotizaciones al sistema de seguridad social; y en otras oportunidades se había aceptado incluir cualquier factor salarial devengado por el trabajador con independencia de estar o no enlistado en la ley (al considerarse meramente enunciativa y no taxativa) o de haber sido objeto de cotizaciones (en caso no haberse cotizado sobre un determinado factor, la sentencia ordenaba retener los aportes correspondientes al mismo). Esa divergencia jurisprudencial fue resumida de la siguiente manera:

"Sin embargo, respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3° de la Ley 33 de 1985, pues mientras en algunas ocasiones se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y, finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.

Así, en la primera hipótesis se previó que la entidad pública que reconociera el derecho prestacional tendría que efectuar las deducciones de ley a que hubiere lugar por los conceptos cuya inclusión se ordenaba y que no hubieren sido objeto de aportes, pese a que no se encontraran dentro del listado previsto por el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, pues tal determinación se ajustaba a lo dispuesto por el inciso tercero de dicha norma, según el cual *"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"*. Esta tesis fue expuesta en la sentencia de 29 de mayo de 2003¹², concluyendo que *"en la liquidación de la pensión de jubilación deberán incluirse todas aquellas sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley."*

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."

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla, sentencia de 29 de mayo de 2003, Radicación No.: 25000-23-25-000-2000-2990-01(4471 - 02), Actor: Jaime Florez Anibal.

(...)

Bajo la segunda hipótesis se consideró que debían incluirse todos los factores que hubieren sido objeto de aportes y así se encontrare certificado (...)

En la tercera hipótesis se indicó que las pensiones únicamente podían liquidarse teniendo en cuenta los factores salariales enlistados taxativamente por la Ley 33 de 1985 y en caso de haberse realizado deducciones sobre otros conceptos no comprendidos en ella debían devolverse las sumas a que hubiere lugar. Esta decisión se encuentra sustentada en la siguiente forma¹³:

“En relación con el argumento del actor, según el cual, los factores de las Leyes 33 y 62 de 1985 no son taxativos y es posible aplicar los consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en razón de que dichas normas contemplaron 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”, la Sala desestima tal proposición, porque 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.

(...)

Admitir que todos los factores salariales pueden constituirse como base de liquidación pensional, es quitarle el efecto útil del listado que dedicadamente estableció el Legislador para la liquidación de pensiones de los empleados oficiales. Va contra el sentido común pensar que el Congreso de la República enfiló esfuerzos para seleccionar un listado e incluir ciertos factores de liquidación, para llegar a la conclusión de que todos pueden incluirse”.

Ahora bien, frente a esta pluralidad de enfoques, la sentencia analizada resuelve unificar su jurisprudencia, adoptando la tesis menos restrictiva de los derechos de las personas en régimen de transición; se apoya para ello en los principios de igualdad material, favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas. Así, considera que la lista de factores salariales del artículo 3 de ley 33 de 1985 no es taxativa sino meramente enunciativa, de manera que para el cálculo de la pensión de las personas en régimen de transición a quienes se les aplica dicha ley, deberán tenerse en cuenta todos los

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 6 de agosto de 2008, Radicación No. 25000-23-25-000-2002-12846-01(0640-08), Actor: Emilio Páez Cristancho.



factores que materialmente constituyen salario, independientemente de que se encuentren relacionados en esa disposición legal o de que hubieren sido objeto de cotización. Se explicó así esta unificación jurisprudencial:

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

(...)

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

De ahí que, interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella 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 de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

(...)

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

(..)

En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del

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

Con base en lo anterior, la sentencia concluyó entonces que para liquidar las pensiones de las personas en régimen de transición a quienes se les aplica la ley 33 de 1985, deben tenerse en cuenta **todos los factores constitutivos de salario**, inclusive, las primas de servicios, navidad y vacaciones a que alude la consulta:

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

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

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." (Negrilla fuera del texto)

2. Reiteración de la sentencia de unificación de la sección segunda del Consejo de Estado.

A partir de la unificación de jurisprudencia hecha en la sentencia del 4 de agosto de 2010 revisada anteriormente, la sección segunda del Consejo de Estado ha venido reiterando que para la liquidación de la pensión de jubilación de las personas en régimen de transición de la ley 100 de 1993 a quienes se aplica la ley 33 de 1985, deben tenerse en cuenta todos los factores constitutivos de salario y no solamente los enunciados en el artículo 3 de esta última, inclusive, entre otras, las primas de servicios, de navidad y de vacaciones.

Así por ejemplo, en sentencia del 26 de agosto de 2010¹⁴ se replica lo dicho en la sentencia de unificación y con base en ello se ordena incluir las primas de vacaciones, alimentación y navidad en la liquidación de una pensión; luego, en sentencia del 25 de noviembre de 2010¹⁵, se dispone reliquidar la pensión con base en la bonificación semestral y las primas de productividad, navidad y de vacaciones que no habían sido tenidas en cuenta ni por la autoridad administrativa ni por el tribunal de primera instancia. En esta última sentencia se señaló:

“Que respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional esta corporación en Sentencia de Unificación, en un caso muy similar al que ahora es objeto de estudio, precisó que la Ley 33 de 1985 no establece 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 en el último año de servicios.”

Posteriormente en un caso en que es demandado el Instituto de Seguros Sociales, nuevamente se advierte sobre la unificación de jurisprudencia en relación con los factores de liquidación pensional de las personas amparadas por el régimen de transición y con base en ello se confirma la sentencia de instancia que ordenó la reliquidación con base en las primas de navidad, servicios y vacaciones:

“Entonces, ante las diversas interpretaciones esbozadas en la materia, la Sala Plena de esta Sección, mediante Sentencia de 4 de agosto de 2010, con

¹⁴ M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, exp. 2055-2159.

¹⁵ M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, exp.2007-00146.

114

ponencia del suscrito¹⁶, retomó el análisis del ingreso base de liquidación pensional cuando se trata de aplicar el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de la misma anualidad, para lo cual realizó exhaustivos debates apoyándose en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, arribando a la conclusión que con el fin de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la referida norma 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.

(...)

Siendo ello así, el accionante tiene derecho a que su prestación se liquide con inclusión de la asignación básica mensual, prima técnica, bonificación por servicios, **prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones**, tal como lo ordenó el *A quo*.

Es pertinente aclarar que la precitada sentencia de 4 de agosto de 2010 **precisó que las primas de vacaciones y navidad podían incluirse dentro del ingreso base de liquidación pensional en la medida en que el legislador, mediante el Decreto 1045 de 1978, norma orientadora en la materia *sub lite*, les otorgó carácter salarial para tales efectos**.¹⁷ (Negrilla fuera del texto).

En este mismo sentido, pueden revisarse además las sentencias del 27 de enero de 2011¹⁸, del 10 de febrero de 2011¹⁹, del 10 de marzo de 2011²⁰, del 17 de marzo de 2011²¹, entre otras.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Sentencia de 4 de agosto de 2010, Expediente No. 250002325000200607509 01 (0112-2009), Actor: Luis Mario Velandia.

¹⁷ Sentencia del 3 de febrero de 2011, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, exp. 2007-1044.

¹⁸ M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, exp.2007-00112.

¹⁹ M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, exp. 2002-2629: "Teniendo en cuenta la normatividad aplicable al caso, el alcance que Jurisprudencialmente se le ha dado y las directrices trazadas por los jueces de la República en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido que para tales efectos se tengan en cuenta **todos los factores que constituyen salario**, entendido como tal 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, vr.gr., 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. En suma, aquellos acrecimientos que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios (...) Así las cosas, en el caso concreto el actor tendría derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido **incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación, a saber: viáticos, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de antigüedad**". (Negrilla fuera del texto)

115

Adicionalmente, en **sentencia del 31 de marzo de 2011** el Consejo de Estado amparó **por vía de tutela** los derechos al debido proceso y la igualdad vulnerados por un tribunal en sentencia de segunda instancia, al desconocer el precedente jurisprudencial fijado por la Sección Segunda en su Sentencia del 4 de agosto de 2010 y negar la reliquidación pensional de un trabajador en régimen de transición, a quien no se le tuvieron en cuenta las primas de navidad, de vacaciones y semestral²².

En síntesis, en los asuntos de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, las primas de servicios, navidad y vacaciones de las personas a quienes se les aplique la ley 33 de 1985 deben ser tenidas en cuenta para la liquidación de sus pensiones.

Cabe señalar finalmente, que en la jurisprudencia revisada anteriormente, la aplicación del régimen de transición no depende del tipo o naturaleza jurídica de la entidad de previsión encargada de reconocer el derecho pensional (CAJANAL, ISS u otra cualquiera), sino del hecho de que el interesado reúna las condiciones objetivas establecidas en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 para acceder al mismo²³. En ese sentido, con independencia de que en el caso concreto de esta sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 la entidad demandada hubiera sido Cajanal, la regla allí establecida para la

²⁰ M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, exp. 2006-2553: "En relación con la inclusión de los factores para efectos de establecer el ingreso base de liquidación, es del caso aplicar la tesis fijada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 4 de agosto de 2010, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la que se concluyó que los factores enlistados en la Ley 62 de 1985, son un principio general y no puede considerarse de manera taxativa, por tal razón deben incluirse todos los factores efectivamente devengados realizando los aportes que correspondan:"

²¹ M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, exp.2006-00577 y de la misma fecha M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, exp. 2007-00064.

²² la sentencia de tutela resaltó la importancia del precedente fijado en la Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010 y su carácter vinculante para la Administración y demás operadores jurídicos: "En efecto, el precedente fijado por esta Corporación en la sentencia del 4 de agosto de 2010, representa un efecto de trascendencia superior en el funcionamiento del orden jurídico, por lo que aún en el plano mismo del análisis objetivo del ordenamiento, no es posible negar que existe en estas **sentencias un especial poder vinculante**, que desde luego no puede ser desconocido por la Administración Pública o por la sociedad civil y mucho menos por los **operadores jurídicos**. Si una sentencia unificada es ignorada por esos tres agentes de la vida colectiva, produce inequívocamente el evento de una violación constitucional."

²³ Cabe recordar que conforme se ha reiterado en diversos pronunciamientos, la jurisdicción contenciosa es competente para conocer en general los conflictos pensionales de los empleados públicos sujetos al régimen de transición: "Bajo estos supuestos, se excluyen del conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral los regimenes exceptuados por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y los conflictos surgidos del régimen de transición de las pensiones de jubilación de los empleados públicos en razón a la aplicación de normas anteriores." (Sección Segunda, Auto del 10 de septiembre de 2009, exp. 2006-1750).

jurisdicción contencioso administrativa, debe orientar el reconocimiento de las pensiones de las personas sujetas a la ley 33 de 1985 en virtud del régimen de transición de la ley 100 de 1993.

C. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Respecto del asunto consultado, la Corte Suprema de Justicia ha mantenido de manera constante un criterio restringido sobre los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de las pensiones de las personas en régimen de transición a quienes se les aplica la ley 33 de 1985. En particular, ha señalado que sólo se pueden incluirse los factores de liquidación previstos expresamente en dicha ley (lista taxativa), con exclusión, por tanto, de las primas de servicios, navidad o vacaciones. Al respecto se indicó lo siguiente en sentencia del 25 de octubre de 2005 (Rad.26659):

“El objeto de la controversia entonces, gira en torno a la determinación de la normatividad que regula el monto de la pensión y los factores salariales a tener en cuenta para su cálculo. Si bien es cierto el actor se encontraba amparado por el régimen de transición previsto en la Ley 33 citada, es de advertir que éste 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 y que dentro de los factores que conforman la base de liquidación de la pensión, incluía de manera expresa 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, dejando por fuera otras prestaciones como las primas de carestía, servicios y vacaciones, tenidas en cuenta por la Universidad para la liquidación de la pensión de jubilación en el sub lite.”²⁴

²⁴ En sentencia del 19 de octubre de 2005 ya había indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia: “Basta leer el artículo 1 del decreto 1158 de 1994 para concluir que dentro de los factores que conforman la base de liquidación de la pensión, se incluyeron de manera expresa las primas técnica, de antigüedad, ascensional y de capacitación, pero no aparecen las primas de servicios, navidad y vacaciones, de modo que no asiste razón al recurrente al considerar que se

Este criterio aparece reiterado seguidamente en la sentencia del 9 de noviembre 2005, expediente 24305, en el cual se señala:

"Por tanto, incurrió el Tribunal en el desacierto de considerar que para el caso de Toro Arias no había normatividad expresa aplicable, por lo que concluyó que debía acudirse a las normas anteriores a la Ley 33 de 1985 que regulaban *"lo que normalmente se consideraba factor salarial"* (folio 175), es decir, *"el Decreto 1848 de 1969, artículo 73, y el mismo Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 127"* (ibídem), sin considerar que el primero ya no podía producir efectos por ser contrario a la citada Ley 33 de 1985, y el segundo no era propiamente una norma aplicable a la naturaleza jurídica de la relación laboral que ató a las partes, así como que el artículo 1º de la mentada Ley 62 de 1965 paladinamente disponía los factores salariales concurrentes a la base salarial de la pensión oficial.

(...)

Conforme a lo anotado se casará el fallo del Tribunal y, en instancia, sin que sea necesario apuntillar otras razones, se revocará el del juzgado debiendo, en su lugar, declarar que la pensión de GABRIEL TORO ARIAS, para el momento en que se le reconoció por la UNIVERSIDAD DEL QUINDIO, debió fijarse en la suma de \$286.740,00, conforme a la colación de factores salariales de que trata el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 y la mentada Resolución 2423 de 29 de diciembre de 1990 –folios 16 a 19--, quedando excluidos como tales las primas de servicios, carestía y de vacaciones."

En adelante pueden encontrarse reiteraciones de esta jurisprudencia, entre otras, en sentencias del 28 de marzo de 2006, exp. 26085; 23 de junio de 2006, exp.26429; 1 de abril de 2008, exp. 32693; 25 de agosto de 2009, exp.35231, etc.

Por tanto, en lo que corresponda a asuntos de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, el precedente reiterado, mientras no sea objeto de modificación, no tiene en cuenta las primas de navidad, servicios y vacaciones como factores de cálculo de las pensiones sujetas al régimen de la ley 33 de 1985.

D. CONCLUSIÓN

Visto lo anterior, recuerda una vez más la Sala lo que al efecto dispone el artículo 114 de la ley 1395 de 2010 sobre la observancia por parte de las

deben tener en cuenta todos los factores salariales percibidos por el empleado en su actividad laboral. Y el Tribunal no hizo otra cosa que ajustarse de manera fiel a su contenido."

autoridades administrativas de las sentencias proferidas por los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones cuando han sido reiteradas en 5 o más casos análogos:

“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.”

Conforme a lo anterior, los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado a que se ha hecho referencia son vinculantes para el Instituto de Seguros Sociales, según se trate en cada situación particular, de asuntos que en caso de controversia corresponderían a la jurisdicción ordinaria o a la jurisdicción contencioso administrativa, respectivamente.

Por lo mismo, el precedente fijado por el Consejo de Estado en la Sentencia del 4 de agosto de 2010 estará circunscrito a los asuntos que pudieran ser de conocimiento de la jurisdicción contenciosa y, en consecuencia, únicamente se extenderá a las relaciones de la Universidad de Antioquia con el ISS y con sus docentes, si la competencia en tales casos corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa.

Finalmente, es importante reiterar que si bien los cambios de precedente orientan las decisiones futuras de los operadores jurídicos, no afectan los casos fallados con anterioridad por las autoridades judiciales, pues éstos se sujetan a lo resuelto en el respectivo proceso judicial, dado el carácter vinculante de la sentencia y sus efectos de cosa juzgada. De lo contrario, la jurisprudencia, que por naturaleza debe evolucionar de acuerdo con los cambios jurídicos y sociales, correría el riesgo de petrificarse por el temor de los efectos del cambio de precedente.

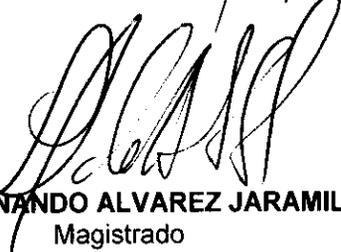
De esta manera, la seguridad jurídica y el valor de cosa juzgada de las sentencias, la cual es vinculante para las partes que han intervenido en el proceso, constituye un valor constitucional protegible que no resulta afectado con cambios posteriores en la jurisprudencia.

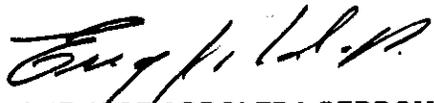
Conforme a lo expuesto, **SE RESPONDE:**

“¿Se encuentra el Seguro Social en la obligación de incluir todos los factores que tenía en cuenta la Universidad de Antioquia (primas de servicios, prima de navidad y vacaciones) en la liquidación de las pensiones de los empleados que están en el supuesto jurídico establecido en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o es esta una decisión que sólo obliga a CAJANAL?”.

Respuesta: Conforme a lo señalado en la parte motiva de este concepto, el Instituto de Seguros Sociales en aplicación del artículo 114 de la ley 1395 de 2010 debe incluir las primas de servicios, de navidad y vacaciones en la liquidación de las pensiones de los servidores de la Universidad de Antioquia en régimen de transición a quienes se les aplique la ley 33 de 1985, si el asunto, en caso de conflicto, corresponde juzgarlo a la jurisdicción contencioso administrativa.


AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA
Presidente de la Sala


LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO
Magistrado


ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO
Magistrado


WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Magistrado


JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaría de la Sala