

**VARIACIÓN DEL CRITERIO JURISPRUDENCIAL EN RELACIÓN A LOS
FACTORES SALARIALES PARA LIQUIDAR PENSIONES DE JUBILACIÓN DE
SERVIDORES PÚBLICOS DE ORDEN NACIONAL**

AUTOR

DAYRIS ARGOTE BAYONA
Código 2108340

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÁ
2017

VARIACIÓN DEL CRITERIO JURISPRUDENCIAL EN RELACIÓN A LOS FACTORES SALARIALES PARA LIQUIDAR PENSIONES DE JUBILACIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS DE ORDEN NACIONAL ii

AUTOR

DAYRIS ARGOTE BAYONA
Código 2108340

**Trabajo de grado para optar al título de
Abogada**

Director
Doctor Luis Fernando Vallecilla Baena

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÁ
2017



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

El derecho a obtener una pensión de vejez en Colombia se convirtió en un privilegio de pocos, debido a la complejidad de cumplir los requisitos legales que se exigen actualmente para acceder a esa prestación económica. El régimen pensional de los servidores del públicos se ha visto afectado por una inestabilidad y variación en los criterios de interpretación judicial del Consejo de Estado sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para calcular o liquidar la pensión de jubilación de los empleados estatales, a raíz de ello se puede decir que se han construido en diferentes momentos histórico tesis judiciales divergentes y contradictorias sobre los factores salariales mencionados en las leyes 33 y 62 de 1985 que se deban aplicar para reconocer y liquidar la pensión de jubilación de los servidores públicos. No obstante, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo unificó su criterio mediante una sentencia de unificación jurisprudencial en el año 2010, en atención a los principios constitucionales de progresividad y primacía de la realidad sobre las formalidades.

Palabras claves

Jurisprudencia – Ley – Pensión - Salario - Servidor público.

Abstract

The right to obtain an old-age pension in Colombia became a privilege of few because of the complexity of complying with the legal requirements that are currently required to access that economic benefit. The pension system of public servants has been affected by an instability and variation in the criteria of judicial interpretation of the State Council on the wage factors that must be taken into account to calculate or liquidate the retirement pension of state employees, As a result of this it can be said that different historical and divergent judicial theses have been constructed in different moments on the salary factors mentioned in the laws 33 and 62 of 1985

that must be applied to recognize and to liquidate the pension of retirement of the civil servants. However, the highest court of administrative litigation unified its criteria through a judgment of unification jurisprudential in 2010, in accordance with the constitutional principles of progressiveness and primacy of reality over formalities.

Key Words

Jurisprudence - law - Pension Public Servant – Salary..

Introducción	
Metodología.....	2
1. Derecho pensional de servidores públicos.....	3
1.1 Requisitos actuales para adquirir el status de pensionados como servidor público.....	8
1.2 Factores salariales de la ley 33 y ley 62 de 1985.....	10
1.3 Factores salariales del Decreto 1045 de 1978.....	13
2. Criterio de interpretación intermedio del Consejo de Estado sobre los factores Salariales de servidores públicos de orden nacional.....	14
3. Criterio de interpretación restringido del Consejo de Estado sobre los factores Salariales de servidores públicos de orden nacional.....	16
3.1. Taxatividad de los factores salariales de los servidores públicos.....	17
3.2 Principio de protección al erario público.....	18
4. Criterio de interpretación amplio del Consejo de Estado sobre los factores Salariales de servidores públicos de orden nacional.....	20
4.1 Regla única de interpretación y unificación jurisprudencial.....	21
4.2. Principio de progresividad en seguridad social.....	24
4.3 Protección al principio de la igualdad.....	26
4.4 Protección al principio de la realidad sobre las formalidades.....	27
Conclusiones.....	29
Referencias.....	31

La pensión de jubilación, es una garantía que les permite a los trabajadores gozar de una vejez digna, contando con un ingreso mensual que satisfaga sus necesidades esenciales, la cual queda cubierta al momento que son retirados del campo laboral, por razones de su edad. A los servidores públicos del país, también se les reconoce unos derechos en materia de seguridad social en pensiones, es así, que tienen derecho a una pensión de jubilación al momento de cumplir una determinada edad y que la misma se liquide sobre el 75% del salario devengado en el año anterior al de adquirir el status de pensionado.

En ese orden de ideas, la presente investigación plantea la incertidumbre jurídica, que ha afrontado los servidores públicos con status de pensionados, al momento de solicitar la pensión de jubilación, por cumplir los requisitos legales para acceder a ella. En efecto, han surgido dificultades al momento de liquidar la pensión de jubilación de los empleados estatales, puesto que por muchos años no se tenía certeza sobre qué factores salariales se debía liquidar o calcular la mesada pensional, ocasionando se resolvieran casos similares de formas diferentes, infligiendo de esta forma derechos fundamentales como la igualdad ante la ley.

Dentro de este trabajo se pretende delimitar los criterios jurisprudenciales en sentido amplio y restringido que demarcaron las divergentes posturas judiciales del Consejo de Estado, con la expedición de la ley 33 del 1985 y con la reforma que se hizo a su artículo tercero, con la ley 62 de ese mismo año, ya que surgieron diferentes tipos de interpretaciones en sede administrativa y judicial, sobre los factores salariales que se debían tener en cuenta para liquidar las pensiones de los servidores públicos, dando lugar a diversas posturas o precedentes judiciales del Consejo de Estado, los cuales a lo largo del tiempo se tornaron contradictorios, ambiguos y problemáticos, en su aplicación a los casos en particular de los servidores públicos que solicitaban su pensión de

jubilación y en su mayoría de caso debían acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del² derecho para lograr una correcta liquidación de sus mesadas pensionales.

En vista a esa situación, el Consejo de Estado, como órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa, mediante un fallo de unificación jurisprudencial, fijó un criterio de interpretación único, que debe ser aplicado obligatoriamente para liquidar las pensiones de jubilación de los servidores públicos, para ello, se respaldó en su tesis jurisprudencial en explicar principios y derechos que forman parte de los pilares constitucionales del Estado colombiano.

METODOLOGÍA

La presente investigación, responde a una metodología jurídica que se adapta perfectamente a la revisión de textos legales y jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional. Se hace un reconocimiento o análisis jurídico sobre las diferentes tesis sostenidas para liquidar la pensión de jubilación de los servidores públicos.

La metodología jurídica, permite identificar las tesis judiciales que en determinado momento histórico estuvieron vigentes. Asimismo, posibilita conocer la doctrina jurídica que esté en vigor y debe ser observada por el órgano judicial o entidad administrativa a quien le corresponda interpretarla y aplicarla.

El derecho a obtener una pensión de jubilación, por parte de los servidores públicos del Estado, resulta ser un derecho fundamental conexo a la vida, igualdad, salud, mínimo vital entre otros; para aquellos empleados públicos que han logrado reunir los requisitos que exige la ley para adquirir el status de pensionado. “Un derecho fundamental es un todo, es decir, un conjunto de normas y posiciones de derecho fundamental, que se adscriben interpretativamente a una disposición de derecho fundamental” (Bernal, 2008, pág. 1571). Por ello, resulta imprescindible la interpretación que efectuó la autoridad judicial o administrativa sobre tales derechos.

Por ser los pensionados personas consideradas adultos mayores, son sujetos de especial protección del Estado, a razón de la edad. Por tanto, es vital “la coexistencia de los derechos subjetivos y los derechos de reconocimiento discrecional, en función de las disponibilidades presupuestales, que deben constituirse como expresión del derecho de igualdad (no de igualitarismo) en un Estado Social de Derecho, en su dimensión cuantitativa (Estado Bienestar)” (Dueñas, 2003, pág. 25) Se debe buscar una armonización de derechos subjetivos.

Así las cosas, se debe afirmar que la pensión de jubilación, desarrolla aspectos sumamente importantes en la órbita constitucional, ya que proporciona los medios de subsistencia, para aquellos trabajadores que en el caso puntual de los servidores públicos, que han prestado sus mejores años vida, al servicio de la comunidad y merecen llegar a una vejez, con los ingresos económicos suficientes; que les garantice una vida digna para ellos y sus familias. Sobre este punto (Arenas, 2007) manifiesta:

Es importante, por lo menos mencionar, que desde la sociología, la economía y la política;⁴ se han planteado construcciones teóricas, que tratan de “fundamentalizar”; los derechos sociales a través de la utilización de conceptos, como el de “las necesidades”; que tienen los individuos y que deben ser satisfechas por el Estado, o la “igualdad y justicia social” para todos los ciudadanos” (Arenas, 2007, pág. 73)

De lo anterior, se denota el carácter transcendental, que implica el derecho pensional para los servidores públicos; ya que será esa prestación económica, la que les permitirá cubrir las necesidades inherentes al ser humano, durante la vejez.

Sin lugar a dudas, la pensión de jubilación de los servidores públicos, tiene como objetivo, cubrir la contingencia de vejez; igualmente tiene una naturaleza y finalidad, que, en palabras de la Corte Constitucional (2013) se traduce en que:

La pensión de vejez se constituye como una prestación económica, resultado final de largos años de trabajo, ahorro forzoso, en las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud y cuando la disminución de la capacidad laboral es evidente. Su finalidad directa, es garantizar la concreción de los derechos fundamentales de las personas, traducidos en la dignidad humana, el mínimo vital, la seguridad social y la vida digna. El derecho a la pensión, tiene conexidad directa con el derecho fundamental al trabajo; en virtud de la amplia protección, que de acuerdo con los postulados constitucionales y del Estado Social de Derecho, se debe brindar al trabajo humano en todas sus formas. (p.32).

Realizando un resumen histórico legislativo, sobre las normas que en su momento han regulado el aspecto pensional de los servidores públicos, se identifica, que en primer lugar, en el siglo XIX se encuentra la Ley 50 de 1886, que brindó una protección para los empleados civiles del Estado y para los que trabajaban en los centros de instrucción pública, el requisito

era contar con 20 años de servicio y se pagaba con recursos del Estado. Posteriormente, se⁵ promulgó la Ley 39 de 1903, que otorgó el derecho pensional para los maestros, profesores e inspectores de instrucción pública.

En el año 1905 se expidió la ley 29, en donde estableció la cuantía de las pensiones oficiales; asimismo, la edad de 60 años y 30 años de servicio, siendo requisitos, no tener medios de subsistencia, observar buena conducta y no tener deudas con el Estado. En el año 1945 con la ley 6ta, se dispuso el pago de la pensión de jubilación, para los servidores públicos que acreditaran 50 años de edad y 20 de servicio al Estado. Dicho tiempo de servicio, puede ser continuos o discontinuos y determinó que el monto de la pensión, correspondía a las 2/3 partes del promedio de lo devengado en el último año de servicio.

Así quedó previsto en el literal b del artículo 17 de la ley 6ta de 1945, que además dispuso que esa pensión vitalicia no podía ser inferior a treinta pesos, ni exceder de doscientos pesos en cada mes, es decir, fijó unos topes de las mesadas pensionales de los servidores públicos, beneficiados por este régimen, pero nada manifestó la norma sobre los factores salariales, sobre los cuales se debía liquidar la pensión vitalicia.

En este orden de ideas, mediante el Decreto 1600 de 1945, se creó la Caja Nacional de Previsión Social, para cubrir los riesgos de los servidores del Estado, a partir del primero de enero de 1946, lo cual indica, que se le dio a las cajas de previsión social, la facultad de reconocer y pagar las prestaciones oficiales indicadas en el artículo 17 de la Ley 6ta de 1945 y de las adicionales a que tengan derecho los empleados y obreros nacionales que a ella estén afiliados forzosamente y los demás empleados y obreros oficiales que se hayan afiliado voluntariamente.

Ahora bien, los requisitos mínimos generales, para que la Caja Nacional de Previsión⁶ Social, pagara la pensión vitalicia o de jubilación, eran básicamente dos; el primero, referente a que se le debía deducir al empleado público una cuota inicial de afiliación, equivalente a la tercera parte del primer sueldo, salario o emolumento que el empleado haya devengado o empiece a devengar, en un mes, con posterioridad al 1º de enero de 1945. Siendo el segundo requisito, pagar unas cuotas periódicas, correspondientes a un lapso de seis meses. Cada una de estas cuotas, era el equivalente a un tres por ciento de la remuneración del empleado, y un dos por ciento de la del obrero, en relación, con el periodo que regula los pagos de sus sueldos o salarios.

Posteriormente en 1946 con la ley 90 se dio vía libre para la creación del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, en esta entidad, debían ser afiliados, todos los trabajadores del sector privado de forma obligatoria y los servidores públicos podían si bien lo querían afiliarse o trasladarse a este instituto.

Consiguientemente, con la la Ley 4ta de 1966, se reformó lo determinado por la ley 6ta de 1945, sobre el monto de la pensión de jubilación, ya que en adelante, esa prestación económica para los servidores públicos, se liquidaría con el 75%, del promedio de los ingresos del último año de servicio, anterior al de adquirir el status de pensionado. En este orden y dirección, con la expedición del decreto ley 3135 de 1968, se cambió la edad de jubilación para los servidores públicos, ya que se delimitó una diferenciación entre hombres y mujeres, precisando que la edad para pensionarse de los hombres sería de 55 años y las mujeres de 50 años.

Sin embargo, posteriormente con la implementación de la ley 33 de 1985, nuevamente se modifica la edad pensonal para los servidores públicos, debido a que la unificó a la edad de

55 años; tanto para hombres como para mujeres. Es importante resaltar, que el Congreso de⁷ la República, expidió estatutos pensionales especiales para ciertas entidades y órganos del Estado, como para los servidores públicos pertenecientes al Ministerio de Defensa, a las Fuerzas Militares, al personal del Instituto Nacional Penitenciario INPEC, entre otros; pero en esencia, los requisitos generales, para acceder a la pensión de jubilación se encuentran estipulados, en la ley 33 de 1985, para aquellos servidores públicos que fueron acobijados con el régimen de transición de la ley 100 de 1993 y por ende, no se les aplica esta última, tal como se verá a continuación.

En el régimen de la ley 4ta de 1992, se estableció en su artículo 17, los requisitos para que los representantes y senadores del Congreso de la República, accedieran a la pensión, condicionando al Gobierno Nacional, a establecer un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones, cuyas mesadas pensionales, no podía ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio, que durante el último año, y por todo concepto, perciba el congresista, y se aumentarán en el mismo porcentaje, en que se reajuste el salario mínimo legal.

No obstante, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-258 de 2013, declaró inexecutable, la condición de la norma, referente a que para liquidar las pensiones de los congresistas, se debía tener en cuenta para su cálculo, todo concepto percibido, sin importar de que se tratara de factor de salario o no. La Corte Constitucional (2013) resolvió:

Para la liquidación de las pensiones, sólo se tendrán en cuenta, los factores sobre los cuales cada persona, hubiere efectuado las cotizaciones; la Sala considera necesario, además condicionar la asequibilidad del resto del precepto censurado, en el entendido que como factores de liquidación de la pensión, sólo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, que tengan carácter remunerativo del servicio y

sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas, al sistema de pensiones.⁸
(p. 22)

Por lo anterior, la condición que la mesada pensional, se liquidará sobre el 75% del ingreso mensual promedio, que durante el último año, y por todo concepto, perciba el congresista, y se aumentarán en el mismo porcentaje, en que se reajuste el salario mínimo legal; fue declarado inexecutable, quedando vigente la regla de la mesada pensional de los congresistas, que no podrá ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio y dichas mesadas no podrán superar el tope de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, en virtud a la reforma constitucional del Acto Legislativo 01 de 2005.

1.1 Requisitos actuales para adquirir el status de pensionados como servidor público

En la actualidad, para poder identificar los requisitos que debe cumplir un servidor público, para acceder a una pensión de jubilación, se debe determinar, antes que nada, cuál de las leyes enunciadas con anterioridad, aplica al caso concreto. No obstante, hoy por hoy, los servidores públicos, que fueron acobijados por el régimen de transición, según Afanador (1999).

Estableció unos beneficios para las personas que, a primero de abril de 1994, tenían una edad, 35 años o más si son mujeres, o 40 o más si son hombres o 15 años de servicio a una entidad, o cotizados. Un Régimen de Transición, comporta una garantía de favorabilidad, consistente en la prevalencia ultra activa de un régimen anterior, frente al posterior que lo deroga, por tener abolidas ventajas comparativas, que se conservan por virtud del tránsito normativo (Afanador, 1999, pág. 163)

Así las cosas, corresponde diferenciar si al servidor público se le aplica o no la ley 100 de 1993, puesto que de estar amparado por los requisitos que definió el artículo 36 de dicha norma, se pensionan a cumplir los requisitos de 50 años de edad, si se es mujer o 55 años de edad, si es

hombre y contar con 20 años de servicio, en caso de aplicarse la ley 4ta de 1966 y el Decreto⁹ ley 3135 de 1968, pero en caso de aplicarse la ley 33 de 1985, los requisitos serán de 55 años, sin importar el sexo del servidor público y contar con 20 años de servicio al Estado.

Por el contrario, si se aplica al servidor público la ley 100 de 1993, los requisitos para adquirir el status de pensionado varían según este afiliado al régimen de prima media con prestación definida o en el régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que en el primer régimen tendría que acreditar si es hombre, la edad de 62 años y si es mujer, la edad de 57 años; al igual que tener cotizadas 1300 semanas. Por su parte, en el segundo régimen, que corresponde al de los fondos privados, el servidor público deberá tener el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, que le permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, es decir, en el régimen de ahorro individual con solidaridad, no es requisito fundamental la edad o tiempo de servicio.

No obstante, el año 2005 se llevó a cabo una reforma constitucional al artículo 48 de la Carta Política. Con esta reforma, se introdujo un requisito adicional, para respetar el régimen de transición de los trabajadores colombianos, incluyendo los servidores públicos; dicho requisito, es de haber cotizado al menos 750 semanas a pensión a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

Es de resaltar, que “el Acto Legislativo respeta las expectativas de las personas próximas a pensionarse” (Cristancho, 2006, pág. 27). Es decir, asegura que no serán desconocidos los derechos adquiridos en materia pensional.

Precisado lo anterior, es pertinente indicar que la presente investigación recae sobre los servidores públicos acobijados por el régimen de transición y que adicional a ello, adquieren el status de pensionado bajo la normatividad de la ley 33 y 62 de 1985, pues son estas normas, en la

que se encuentran enlistados los factores salariales, que sirven de base para calcular la mesada¹⁰ pensional del servidor público. Pues las ventajas de pensionarse en régimen de transición, es que “es la opción de pensionarse con más beneficios y con montos de pensión más altas a las permitidas actualmente en la ley”. (Ferro, 2009, pág. 21). De allí la importancia de conocer que normatividad aplica al servidor público.

También es oportuno resaltar, que a los docentes de instituciones educativas de carácter oficial de los niveles de transición, primaria y secundaria, se les aplica “el régimen jurídico de las mesadas de la pensión de jubilación establecida en la Ley 91 de 1989” (Almanza, 2014, pág. 12). Esto por cuanto el magisterio se le considera un régimen pensional excepcional, pero le es natural la aplicación de los factores salariales, enlistados en la ley 33 y 62 de 1985.

1.2. Factores salariales de la ley 33 y ley 62 de 1985

Antes de avanzar con el estudio de los factores salariales de las leyes 33 y 62 de 1985, es importante especificar, qué se entiende por factor salarial. Como primera medida, es de anotar, que el término factor salarial, deriva o deviene del concepto de salario, ahora la pregunta es, qué es salario. Para el ilustre economista Ricardo (1817) considera que:

Los salarios dependen del precio de los alimentos, que a su vez se determina por los costos de producción, los cuales guardan relación directa con la cantidad de trabajo necesario para producir los alimentos; en otras palabras, el trabajo es el principal determinante del valor de los bienes producidos. Bajo esta teoría de la subsistencia; el trabajador tan sólo tendrá derecho a ganar por su trabajo, aquello que es natural y estrictamente necesite para subsistir, ya que si gana menos perecería de hambre y si gana más vendría un crecimiento de las familias y de la población trabajadora, trayendo como consecuencia un incremento de la mano de obra, lo cual se traduce en un decrecimiento de los salarios (valor del trabajo). (Ricardo, 1817, pág. 23).

Son múltiples los conceptos que se pueden dar para definir lo que es el salario, se puede¹¹ decir que salario, es un elemento esencial de la relación laboral y por ende reglamentaria a las que se encuentran sujetos los servidores públicos, por ello se puede definir como “la retribución que debe percibir el trabajador por su trabajo, a fin de que pueda conducir una existencia que corresponda a la dignidad de la persona humana, o bien una retribución, que asegure al trabajador y a su familia una existencia decorosa” (De la Cueva, 2003, pág. 29).

Por otro lado, existe una definición axiológica de lo que significa salario al describir que es “la remuneración independiente (en principio y en lo principal), del aporte productivo del trabajador y del éxito de la empresa dentro de la cual se desempeña, lo cual representa para él sin duda, una ventaja constituida por una cierta seguridad” (Vázquez, 1983, pág. 551).

En este orden y dirección, surge el verdadero concepto de salario, mezcla de los conceptos anteriormente descritos, siendo definido por Cabanellas (1982) como:

(...) el conjunto de ventajas materiales que el trabajador obtiene como remuneración del trabajo que presta en una relación subordinada laboral. Constituye el salario una contraprestación jurídica, y es una obligación de carácter patrimonial a cargo del empresario; el cual se encuentra obligado a satisfacerla en tanto que el trabajador ponga su actividad profesional a disposición de aquel”. (Cabanellas, 1982, pág. 94)

Ahora bien, el código sustantivo de trabajo, indica qué constituye el salario “no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y

comisiones”. Así las cosas, es salario es una contraprestación que recibe el trabajador a¹² cambio del trabajo realizado para el empleador.

En este mismo sentido, se ha expresado que “los factores salariales del trabajador declarado invalido o que fallezca, deben ser tenidos en cuenta para liquidar las pensiones de invalidez o sobreviviente” (Bilbao, 1980, pág. 32). Según esto, no importa el tipo de prestación económica pensional, pues en todo caso se debe calcular con base a los factores salariales del trabajador.

La Corte Constitucional de Colombia (1995) ha delimitado que en el caso de los servidores públicos le corresponde al Congreso de la República determinar que es salario y que esta corporación legislativa puede delegar esa facultad al presidente de la república, como máxima autoridad administrativa que es, así lo expresó el máximo tribunal constitucional al decir que:

Es competencia del Legislador, dentro de la libertad que tiene como conformador de la norma jurídica, determinar los elementos de la retribución directa del servicio dentro de la relación laboral subordinada, esto es, lo que constituye salario, con arreglo a los criterios y principios ya mencionados, lo cual le impide desconocer la primacía de la realidad sobre la forma y mudar arbitrariamente la naturaleza de las cosas, como sería quitarle la naturaleza de salario a lo que realmente tiene este carácter. (p.55)

El texto original de la ley 33 de 1985, enumeró unos factores salariales en su artículo tercero que servirían de base para liquidar la pensión de jubilación de los servidores públicos, dentro de los factores de salario que enunció se encuentran: 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. También esta norma indicó que, en todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de

cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base¹³ para calcular los aportes.

Por su parte con la reforma introducida mediante la ley 62 de 1985 al artículo 3 de la ley 33 de ese mismo año, se señalaron los siguientes factores salariales: “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” (Álvarez, 1980, pág. 45). Asimismo, se mantuvo lo expresado sobre 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”.

Se observa, que en relación a los factores salariales, enunciados de forma taxativa, con la reforma de la ley 62 de 1985, sólo se agregó a la lista la prima ascensional, de allí surgió el debate judicial relativo a que si los factores salariales enlistados en el artículo 3 de las leyes 33 y 65 de 1985, son taxativos o si por el contrario son ilustrativos o reverenciadores.

Se generó la controversia judicial, en torno a posiciones divergentes, sobre un criterio amplio y otro restringido sobre los factores salariales mencionados en esas leyes, ya que en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se enlistan o enumeran factores salariales que no fueron señalados en las leyes 33 y 62 de 1985.

1.3 Factores salariales del Decreto 1045 de 1978

En el artículo 45 del decreto 1045 de 1978, se enlistaron los factores de salario, para la liquidación de cesantía y pensiones que en definitiva son más extensos o numerosos a los que fueron indicados posteriormente en las leyes 33 y 62 de 1985.

El Decreto 1045 de 1978, señaló que para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de¹⁴ cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación, se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario: la asignación básica mensual; los gastos de representación y la prima técnica; los dominicales y feriados; las horas extras; los auxilios de alimentación y transporte; la prima de navidad; la bonificación por servicios prestados; la prima de servicios; los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días, en el último año de servicio; Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978; la prima de vacaciones; el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.

Así las cosas, se abrió el debate judicial sobre qué factores salariales se debían liquidar las pensiones de los servidores públicos, teniendo en cuenta que el Decreto 1045 de 1978 enunciaba o enlistaba factores de salarios mayores a los indicados en las leyes 33 y 62 de 1985, por ende el interrogante era si tales factores salariales eran meramente ilustrativos o si por el contrario el legislador había detallado de forma clara los factores de salario para calcular las pensiones de jubilación de los servidores estatales.

2. Criterio de interpretación intermedio del Consejo de Estado sobre los factores salariales de servidores públicos de orden nacional

En primer lugar, corresponde aclarar que es competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa conocer de las acciones judiciales tendentes a impugnar actos administrativos que reconozcan o nieguen pensiones de jubilación de los servidores públicos. Por tal motivo el

órgano de cierre de esta jurisdicción tiene a su cargo la responsabilidad de fijar los criterios¹⁵ jurisprudenciales o precedentes judiciales que sirvan a los magistrados y jueces de menor jerarquía como sustento y guía para resolver los casos puestos a su conocimiento.

La posición del Consejo del Estado, los factores salariales sobre los cuales se debe liquidar la pensión de jubilación de los servidores públicos, no ha sido uniforme en una línea histórica, por el contrario ha sufrido variaciones o alteraciones que han generado inseguridad jurídica al momento de decidir casos análogos, repercutiendo en criterios judiciales, discrepantes que ha ocasionado que los servidores públicos vean frustradas sus esperanzas, en la resolución de los casos por reajuste o reliquidación de las mesadas pensionales.

El primer criterio judicial expuesto por el Consejo de Estado en la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección en la sentencia de 29 de mayo de 2003, Radicación No.: 25000-23-25-000-2000-2990-01(4471 - 02), se determinó que la entidad pública responsable de reconocer y liquidar la prestación económica de pensión de jubilación tendría que efectuar las deducciones de ley a que hubiere lugar por los conceptos de factores salariales que cuya inclusión se ordenaba y que no hubieren sido objeto de aportes, es decir, por ejemplo si un servidor público, estaba percibiendo una prima técnica sobre la cual durante su relación laboral con el Estado no fue tomada en cuenta para liquidar la cotización a pensión, la entidad pública o caja de previsión social, debía deducir los aportes a pensión que no se hicieron en su momento.

A la tesis que en su momento arribó al alto tribunal contencioso administrativo, se le debe categorizar como un criterio amplio intermedio, puesto que acepta incluir todos los factores salariales devengados por el servidor público, que figuren expresamente en la lista que expidió el

legislador, pero que de igual forma se pueden incluir otros que no figuren en la lista, pero se¹⁶ autorizaba el descuento de la cotización correspondiente.

En efecto, con esta primera hipótesis el Consejo de Estado (2010), expreso que históricamente:

Se previó que la entidad pública que reconociera el derecho prestaciones 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 2003, 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. (...)”. (p.12)

Se observa, como el Consejo de Estado adopta una postura intermedia ya que no acepta del todo que la lista de los factores salariales, sea meramente ilustrativa, sino que condiciona a que se puede tener en cuenta uno u otro factor salarial que no haya sido objeto de cálculo de cotización a pensión, siempre y cuando la entidad pública o caja de previsión social procediera a descontar el monto del respectivo aporte pensional.

3. Criterio de interpretación restringido del Consejo de Estado sobre los factores salariales de servidores públicos de orden nacional

A partir de un criterio jurisprudencial restringido el Consejo de Estado, edificó otra postura completamente diferente y radicalmente opuesta al criterio intermedio y al criterio amplio que

será expuesto más adelante. El máximo tribunal de lo contencioso administrativo, reformuló¹⁷ su postura sobre el cálculo de la mesada pensional de los servidores públicos de orden nacional, conllevando a que se generara un choque o enfrentamiento jurisprudencial al existir dos criterios jurisprudenciales válidos.

Lo anterior, ocasionó que jueces administrativos, entidades públicas y cajas de previsión social resolvieran casos similares en todo el territorio nacional de forma desigual y diversa, esto quiere decir, que por ejemplo un servidor público con status de pensionado en el departamento del atlántico, el juez administrativo decidió ordenar la liquidación de su pensión de jubilación sobre todos los factores salariales devengados por el servidor durante el año anterior, solicitando a la entidad pública que se efectuó el descuento de los aportes sobre el factor salarial, que no fue objeto de cotización pensional, pero por el contrario otro juez administrativo de otro departamento del país podía negarle la misma pretensión al servidor público y re-liquidar la pensión de jubilación, puesto que ese juez acataba el precedente o criterio jurisprudencial restringido del Consejo de Estado.

Ahora bien, en qué consiste el criterio restringido sobre los factores salariales para liquidar la pensión de jubilación de los servidores estatales. Este criterio se puede resumir en una palabra o concepto que es la taxatividad. El Consejo de Estado mediante fallo de la 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), elaboró el criterio restringido o estricto de los factores salariales bajo el argumento que son taxativos, así como se verá a continuación en el siguiente punto.

3.1. Taxatividad de los factores salariales de los servidores públicos

18

Con esta postura jurisprudencial, que se puede denominar como el criterio restringido, el cual indica 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 (Consejo de Estado, 2008, p.56).

Esta decisión del órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa se encuentra sustentada de la siguiente forma:

Admitir que todos los factores salariales pueden constituirse como base de liquidación pensional, es quitarle el efecto útil del listado que delicadamente 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, si la entidad de previsión social realizó descuentos sobre factores que no se encuentran en la lista taxativa de las Leyes 33 y 62 de 1985, como ocurre en el presente asunto con los viáticos (folio 13), para la Sala es coherente que dichos valores sean reembolsados al pensionado, pues aceptar lo contrario sería consentir un enriquecimiento sin justa causa por parte de la Administración; situación que contraría los principios de justicia y proporcionalidad que sostienen el Sistema General de Pensiones (Consejo de Estado, 2008, p.57).

Se extrae de lo citado tres aspectos vitales para entender el criterio restringido del Consejo de Estado sobre los factores salariales de las leyes 33 y 62 de 1985, el primero se refiere a que son taxativos, es decir, que solamente los enlistados por el legislador son los que deben ser tenidos en cuenta para calcular la mesada pensional de jubilación, segundo solamente la entidad pública y

caja de previsión puede hacer cotizaciones a pensión con base en los factores salariales¹⁹ enlistados en las leyes 33 y 62 de 1985, y tercero en caso de que la entidad pública o caja de previsión haya deducido aportes pensional sobre factores salariales, no enlistados en las leyes 33 y 62 de 1985, deberá reembolsar al servidor público el valor de todo lo deducido por esas cotizaciones.

3.2 Principio de protección al erario público

Esta tesis jurisprudencial fue sustentada en el principio de protección al erario público que se traduce en la guarda del patrimonio público mediante acciones que minimicen un detrimento a la economía del Estado, puesto que el reconocer y liquidar las pensiones de jubilación de los servidores públicos con base en todos los factores salariales estén o no enlistados en las leyes 33 y 62 de 1985 significa un mayor gasto público que puede generar un vacío fiscal en las finanzas públicas.

No obstante, en el fallo de unificación jurisprudencial que será objeto de estudio en el punto siguiente del criterio de interpretación amplio, el Consejo de Estado (2010) manifestó que:

Si el querer del legislador consiste, en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social, no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar. En este orden de ideas, la protección al erario público es un principio que debe armonizarse con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial importancia, de esta manera se logra efectivizar ambos mandatos sin necesidad de restringir excesivamente ninguno de ellos, toda vez que, como ha quedado expuesto ambos deben coexistir dentro del Estado Social de Derecho (p.24).

Se observa claramente como el Consejo de Estado, crea una coexistencia y equilibrio entre²⁰ ambos principios constitucionales, mediante una interpretación jurisprudencial que respete los intereses de los servidores públicos y que garantice una protección al erario público.

Esto guarda relación con la esencia misma del Estado social del derecho, que según Rodríguez (2003) se traduce en: La protección de aquellas personas más vulnerables en relación con sus derechos, y por tanto es deber del Estado garantizar el derecho a la pensión. Así se encuentra consagrado en el artículo 13 de la ley 100 de 1993. Es conveniente, también, hacer referencia a la tesis del canciller alemán Otto Von Bismarck cuando dijo “Que del trabajador importa no solamente su presente, sino también y acaso más aún su futuro; porque en el presente le salva su esfuerzo, en tanto que el futuro es lo imprevisto y desconocido, y por ello debe asegurarse (Rodríguez, 2003, pág. 25)

La crítica principal que se le hace al Consejo de Estado desde el sector de la doctrina jurídica especializada que defiende el criterio restringido, es con fundamento en la sostenibilidad financiera del sistema pensional, ya que posiblemente “las decisiones del Consejo de Estado han ocasionado un enorme gasto pensional, que puede poner en peligro la sostenibilidad del sistema y viola el principio constitucional de estabilidad fiscal” (Franco, 2012, pág. 21). Sin lugar a dudas, este es el argumento principal y de fondo que invocan las cajas o fondos de pensiones públicas, para negar solicitudes de reliquidación de pensiones de empleados públicos.

4. Criterio de interpretación amplio del Consejo de Estado sobre los factores salariales de servidores públicos de orden nacional

Este criterio jurisprudencial tiene su origen en el fallo del Consejo de Estado de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Alejandro

Ordóñez Maldonado, sentencia de 16 de febrero de 2006, Radicación No.: 25000-23-25-000-21 2001-01579-01(1579-04), ya que en esta providencia se destacó que:

La ley 33 de 1985 en el artículo 1º dispone que la pensión se liquida con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (...). En consecuencia, la Sala confirmará el fallo de primera instancia, en cuanto declaró la nulidad del acto acusado, precisando que a título de restablecimiento del derecho, la entidad demandada, deberá re-liquidar la pensión de jubilación, 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, tomando para el efecto, lo certificado, según documento visible a folios 11 y 12 del cuaderno principal del expediente (Consejo de Estado, 2006, p. 62).

Este fallo abrió la puerta de entrada para considerar que las pensiones de jubilación de los servidores públicos, se deben liquidar, con base en los factores salariales que efectivamente devengó o percibió el servidor estatal, sin importar que estén enlistados en las leyes 33 y 62 de 1985. Para tal efecto, el servidor público accionante, debía aportar prueba documental como lo es el certificado de salarios, para demostrar cuáles son los factores de su salario devengando durante el año anterior de adquirir el status de pensionado. De demostrarse que no fue tenido en cuenta alguno de los factores salariales que figuren en el certificado de salarios se ordena la reliquidación pensional.

Sin lugar a dudas, esta tesis del Consejo de Estado; le permite probar al servidor público, que un determinado factor salarial, que no figure expresamente enlistado en las leyes 33 y 62 de 1985, si es percibido como factor del salario. En gracia de la discusión, se trae como reseña histórica lo dicho por la Corte Suprema de Justicia (1993), en donde se refirió de vocación probatoria del trabajador, que pretenda demostrar que factor es salario:

La determinación en cada caso concreto, de cuáles primas son o no salario, solamente puede²² hacerse previo examen de los hechos que motivan el litigio, por los que siempre será necesario, enfrentar el problema principalmente desde el punto de vista fáctico y remitirse a los que establezcan las pruebas del proceso, pues si se enfocara exclusivamente desde el ángulo jurídico o de puro derecho aparecerían contradictorias las disposiciones legales (p.31).

De esta manera se evidencia, como fue girando el criterio jurisprudencial del Consejo de Estado, al variar su postura intermedia a una restringida, para posteriormente realizar una reflexión jurídica y fijar un solo criterio jurisprudencial, para liquidar las pensiones de jubilación de los servidores públicos, tal como se analiza en el punto siguiente.

4.1 Regla única de interpretación y unificación jurisprudencial

El Consejo de Estado como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, decidió que se debía unificar los criterios de interpretación jurisprudencial, sobre los factores salariales que sirven de base para calcular las mesadas pensionales de los servidores públicos, para tal fin en el mes de agosto de 2010 expidió la sentencia de unificación jurisprudencial No. 0112-09, por la cual afianza una postura interpretativa uniforme, única y obligatoria para todos los jueces y magistrados de la jurisdicción contenciosa administrativa, al igual que resulta obligatoria en la resolución de las peticiones de pensiones de jubilación que eleven los servidores públicos a la administración.

Ahora bien, antes de continuar con el análisis de la regla única de interpretación jurisprudencial denominado criterio amplio, es primordial conocer así sea de forma general, que es una sentencia de unificación jurisprudencial. Se puede decir que este tipo de providencia judicial busca la unidad jurídica nacional, es decir, que se aplique el derecho de forma uniforme e igual en los casos análogos.

La Corte Constitucional (1993) planteó el siguiente interrogante, dando la respuesta de²³ forma inmediata y clara:

Pues bien, ¿cómo se logra entonces la unidad de un ordenamiento jurídico? La respuesta es clara. Mediante la unificación de la jurisprudencia. En efecto, si cada juez, al momento de interpretar la Ley, le confiere en sus sentencias un sentido diferente a una misma norma, sin que el propio ordenamiento consagre mecanismos orientados a tal unificación, habrá caos, inestabilidad e inseguridad jurídica. Las personas no podrían saber, en un momento dado, cuál es el derecho que rige en un país. Luego es indispensable para el normal funcionamiento del sistema jurídico jerárquico y único, el establecimiento de mecanismos que permitan conferirle uniformidad a la jurisprudencia. (p.45)

Así las cosas, el “Artículo 270 de la Ley 1437 de 2011 o mejor conocida como el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que las sentencias de unificación jurisprudencial, son las que “profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.”

En este orden de ideas, el Consejo de Estado profirió una sentencia de unificación jurisprudencial por la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia en torno a los factores salariales, que se deben tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación de los servidores públicos.

Dicho lo anterior, es menester conocer la regla jurisprudencial fijada por el Consejo de Estado (2010) en su sentencia de unificación jurisprudencial:

De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de²⁴ 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. (p.16)

En esos términos quedo por sentado el criterio jurisprudencial amplio y garantista adoptado finalmente por el Consejo de Estado, al señalar de forma diáfana que el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 modificado por el artículo 1 de la ley 62 de 1985 no indica de forma restringida los factores del salario para liquidar la pensión de jubilación de los servidores públicos, sino que enuncia algunos sin impedir la inclusión de otros que no figuren expresamente en la lista pero que hayan sido percibidos como salario del servidor durante el año anterior de prestar los servicios personales al Estado.

Adicional a ello, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo; determinó que en los casos que la administración haya omitido efectuar las cotizaciones, con base en los factores salariales que perciba el servidor público como elemento de su salario, preciso que es posible el descuento de los aportes correspondientes, a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal. El consejo de Estado (2010) ratifica que:

Esta tesis ha sido sostenida en otras oportunidades por esta Corporación, y se ha reiterado en las consideraciones de la presente sentencia, en el sentido que la referida omisión por parte de la

administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales,²⁵ toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional. (p.27)

De esta forma, queda revelado el criterio de interpretación amplio sobre los factores del salario, que deben ser observados por las entidades públicas, cajas de previsión y jueces administrativos al momento de liquidar o re-liquidar el derecho a pensión de jubilación de los servidores públicos de orden nacional.

4.2. Principio de progresividad en seguridad social

En materia de seguridad social, existe un principio esencial de grado constitucional e inclusive supranacional, denominado el principio de progresividad, que se traduce en la prohibición de no retroceder o recortar beneficios o derechos reconocidos a favor de los ciudadanos que guarden relación con la seguridad social.

Efectivamente, El artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales–PIDESC– de 16 de diciembre de 1966, establece:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, 1996. (p.5)

En este orden, se debe entender que la seguridad social tiene por objeto garantizar los derechos de las personas con el fin de obtener una vida que vaya acorde con la dignidad humana y por ende el Estado está obligado a prestar una seguridad social, a sus habitantes que mejore de

forma continua la calidad de vida de cada uno de ellos. Por tal motivo, le “corresponde a las 26 leyes de la República asistirlos, en toda medida requerida por las necesidades de la naturaleza humana” (Hobbes, 1651, p.369)

Precisado lo anterior, el Consejo de Estado al momento de adoptar el criterio amplio sobre los factores salariales que sirven de base para el cálculo de la pensión de jubilación de los servidores públicos, aceptó que en materia de seguridad social el Estado no puede ser regresivo al restringir derechos o beneficios, y por ende determinó que la interpretación taxativa sobre los factores salariales vulnera el principio de progresividad en la seguridad social.

Así las cosas, el Consejo de Estado (2010) concluyó que:

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 .(p.20)

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

4.3 Protección al principio de la igualdad

27

El criterio jurisprudencial amplio sentado por el Consejo de Estado desarrolla de mejor forma el principio de igualdad contenido en el artículo 13 de la Constitución Nacional, en efecto el fallo de unificación jurisprudencial trae como consecuencia inmediata que deba ser aplicado a todos los casos similares que reúnan los mismo supuestos de hecho y jurídico al caso analizado por el Consejo de Estado y que conllevo a que profiriera el fallo de unificación jurisprudencial.

En esa medida, se puede decir que un persona se encuentra en los mismos supuestos de hecho y jurídicos al del accionante que dio lugar al criterio amplio sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación cuando: (i) es un servidor público de orden nacional, (ii) la pensión de jubilación a la que tenga derecho se rige por las leyes 33 y 62 de 1985, (iii) que se encuentra en régimen de transición, es decir, que no se le aplique la ley 100 de 1993 y (iv) que en la liquidación de su mesada pensional no se hayan incluido todos los factores salariales que percibió durante su último año de servicio al Estado.

Al momento que la administración o en su defecto el juez administrativo compruebe que el servidor público peticionario de la pensión de jubilación reúna las cuatro características mencionadas anteriormente, deberá aplicar el criterio jurisprudencial amplio e incluir todos los factores salariales que haya devengado durante el año anterior de adquirir el status de pensionado.

4.4 Protección al principio de la realidad sobre las formalidades

Este principio acogido por la Carta Política de 1991 consiste fundamentalmente en que “prima de la verdad de los hechos sobre la apariencia de los acuerdos; valen los hechos y no la verdad formal; los documentos no cuentan frente a los datos de la realidad y la verdad vence a la apariencia” (Vásquez, 1982, p. 271). En otras palabras “la relación de trabajo reposa

esencialmente en la realidad de los hechos que la preceden, y no de lo pactado entre el²⁸ empleador y el trabajador” (De La Cueba, 2003, p. 381). Y al momento “de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos” (Figueroa, 1999, p. 94).

Para el tratadista Jairo Villegas Arbeláez, quien también identifica este principio como un mínimo fundamental en materia laboral, hace alusión a que el mencionado “consigna que la realidad es prevalente y determinante frente a las formas o el papel, y no a la inversa, como es la creencia generalizada y deformada por el procedimiento” (Villegas, 2008, pág. 179).

El máximo órgano de casación en la jurisdicción ordinaria laboral, La Corte Suprema de Justicia (1957) de tiempo atrás ha sostenido que:

Dada la multiplicidad de los aspectos y de las formas con que se realiza el contrato de trabajo, es criterio generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que no se debe estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas a la relación jurídica, sino observar la naturaleza de la misma respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para definir lo esencial del contrato. (p.43)

Se evidencia en palabras de la Corte Suprema de Justicia que es vital observar la naturaleza misma de las prestaciones de trabajo, es decir, evidenciar la realidad de los hechos que se originan en torno de la relación contractual de índole laboral del trabajador con su empleador.

Es importante señalar que en la legislación laboral colombiana está prevista la presunción de que todo trabajo humano se encuentra regido por un contrato de trabajo, en ese sentido todo servicio personal que se le presente al Estado se presume está regido por una relación legal y reglamentaria, ya que lo esencial de la prestación del servicio o “la actividad laboral no es

gratuita, es decir que basta demostrar la existencia de una relación de trabajo, para que se²⁹ suponga ejecutada mediante un contrato” (Avendaño, 2009, pág. 72).

Precisado y aclarado la dimensión del alcance del principio laboral de la primacía de la realidad sobre las formas, el Consejo de Estado (2010) dentro del fallo de unificación que sentó el criterio de interpretación amplio sobre los factores salariales manifestó lo siguiente:

La Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiado su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos. (p.18)

De lo expresado por el Consejo de Estado queda exhibido que el criterio restringido sobre los factores salariales no asegura ni desarrolla los principios constitucionales de protección laboral, por ende, le correspondió al Consejo de Estado sentar un criterio jurisprudencial amplio que desplegué de mejor manera los postulados constitucionales consignados a favor de los trabajadores y servidores públicos en Colombia.

A lo largo de este artículo científico se trataron aspectos vitales que desarrollan derechos fundamentales de los servidores públicos, en efecto el derecho pensional se encuentra íntimamente ligado con otros derechos esenciales como la vida, la dignidad humana, igualdad, debido proceso, seguridad social entre otros que permiten proporcionar una vejez tranquila y con calidad de vida al servidor público pensionado.

Dentro de la discusión judicial quedó evidenciado que en el escenario judicial se pueden presentar variadas, disímiles y divergentes posturas sobre un tema jurídico determinado; una de esas posturas fue el criterio de interpretación jurisdiccional sobre los factores salariales que sirven de base para liquidar la pensión de jubilación de los servidores públicos.

En primer lugar, se contempló que el Consejo de Estado, adoptó un criterio intermedio en declarar que las pensiones de jubilación de los servidores públicos se deben liquidar sobre los mismos factores que estuvo cotizando el servidor, y que en caso de que existiera algún factor del salario que no fue objeto de aporte a pensión, la entidad pública o caja de previsión social debía efectuar la deducción correspondiente. Con este primer criterio el máximo tribunal de lo contencioso administrativo admite incluir de forma tímida otros factores salariales no enlistados en las leyes 33 y 62 de 1985.

Seguidamente el Consejo de Estado da un giro radical en su interpretación judicial, al considerar que los factores salariales enunciados en las Leyes 33 y 62 de 1985 son taxativos. Esta postura dio lugar al denominado criterio jurisdiccional de interpretación restringida, ya que ese órgano judicial admitió la tesis de que las pensiones de jubilación solamente podían ser liquidadas en base a los factores salariales señalados en la Ley y que en caso de que se hubieran hecho aporte por concepto de otros factores del salario que no figuren expresamente en la normal

legal, la entidad pública o caja de previsión social debían regresar el valor de esas deducciones³¹ al servidor público. Este criterio fue respaldado por el principio de protección al erario público y de sostenibilidad fiscal del sistema de seguridad social.

Ahora bien, por tercera oportunidad el Consejo de Estado modificó su criterio de interpretación mediante una sentencia de unificación jurisprudencial por la necesidad de sentar una postura jurídica única y obligatoria a todos los jueces de la jurisdicción contenciosa administrativa. Por tal razón edificó el criterio de interpretación amplio sobre los factores salariales, que como quedó visto, consiste en que para liquidar la pensión de jubilación de los servidores públicos se deben tomar todos los factores del salario sobre los cuales efectivamente el servidor público haya efectuado cotizaciones a pensión durante su último año de servicio al Estado. Este criterio antagónico a los anteriores, reprochó que los factores salariales de las Leyes 33 y 62 de 1985 así como los enlistados en el artículo 45 del decreto 1045 de 1978 fueran taxativos. El supremo tribunal de lo contencioso administrativo sustentó su postura amplia y garantista de los derechos fundamentales de los servidores estatales en los principios de la primacía de la realidad sobre las formas y en el principio de progresividad de la seguridad social.

Asimismo, el Consejo de Estado con su pronunciamiento de fondo en el fallo de unificación jurisprudencial proporcionó seguridad jurídica a los usuarios de la administración de justicia y a la misma administración la dotó de un criterio único de decisión para tramitar las peticiones pensionales de servidores públicos referente a liquidación o reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados por el servidor público durante el año anterior del servicio o de adquirir el status de pensionado.

Por último, la sentencia de unificación jurisprudencial aseguró igualdad formal y material a los pensionados del sector públicos, debido a que los casos análogos en donde se demuestre que son

un servidor público de orden nacional, que la pensión de jubilación a la que tienen derecho se³² rige por las Leyes 33 y 62 de 1985, que se encuentran en régimen de transición del artículo 32 de la Ley 100 de 1993 y que en la liquidación de su mesada pensional no se hayan incluido todos los factores salariales que percibió durante su último año de servicio al Estado, podrá solicitar a la administración y en su defecto al juez administrativo que proceda aplicar el criterio amplio de interpretación fijado por el Consejo de Estado en el fallo de unificación jurisprudencial.

- Arenas, Gerardo (2007). *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social*, Bogotá: Legis.
- Almanza, Javier. (2014). *Régimen jurídico de las mesadas pensionales: un estudio al descuento a la mesada adicional de la pensión de jubilación del magisterio*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Afanador, Fernando. (1999). *El Sistema Pensional Colombiano*. Bogotá: Legis.
- Álvarez, Gilberto. (1980). *La pensión de jubilación en el derecho laboral colombiano*. Bogotá: Universidad Católica.
- Avendaño, Germán. (2009). *La Constitucionalización de los derechos laborales*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Bernal, Carlos. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Porrúa.
- Bilbao, Aura. (1980). *Pensión de invalidez, vejez, jubilación, y muerte*. Bogotá: Universidad Católica.
- Cabanellas, Guillermo. (1982). *Tratado de Política Laboral y Social*. Buenos Aires: Editorial Helista.
- Cristancho, Juan. (2006). *Nueva reforma pensional*. Bogotá: Ediciones del profesional.
- Corte Constitucional. (7 de mayo de 2013). Sentencia C-258. MP Jorge Pretelt.
- Corte Constitucional. (2 de junio 2013). Sentencia T- 398. MP Jorge Pretelt.
- Corte Constitucional. (16 de noviembre 1995). Sentencia C-521. MP Antonio Barrera.
- Corte Constitucional. (30 de marzo 2011). Sentencia C-228. MP Juan Henao.
- Consejo de Estado. (4 de agosto de 2010). Sentencia de unificación jurisprudencial No. 0112-09. CP Víctor Alvarado.
- Consejo de Estado. (01 de septiembre de 2014). Sentencia No. 25000 23 25 000 2012 01532 01 (1998-2013). CP: Gustavo Gómez.

Consejo de Estado. (29 de mayo de 2003). Sentencia No.: 25000-23-25-000-2000-2990-0134-4471-02. CP Alberto Arango.

Consejo de Estado. (14 de mayo 2008). Sentencia No.: 25000-23-25-000-2002-12846-01(0640-08). CP Gerardo Arenas Monsalve.

Consejo de Estado (16 de febrero de 2006). Sentencia No.: 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04). CP Alejandro Ordóñez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (12 de febrero de 1993). Sentencia SP 5481. MP Hugo Suescún.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (27 noviembre de 1957). Sentencia SP 5386. MP Fernando Luque.

De la Cueva, Mario. (2003). El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. México: Porrúa.

Dueñas, Oscar. (2003). Las Pensiones. Teoría, normas y Jurisprudencia. Bogotá: Ediciones del Profesional

Figuroa, Guillermo. (1999). Principios fundamentales del derecho al trabajo. Bogotá: Leyer.

Franco, Javier. (2012). Aplicación del régimen de transición de la Ley 100: ¿Interpretación o creación? Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

Ferro, Malky y Montero Álvaro. (2009). Y de mi pensión ¿qué? Bogotá: Intermedio editores.

Hobbes, Thomas (2003). El Leviatán, versión actualizada. Buenos Aires: Losada

Pacto Internacional De Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1996). San José de Costa Rica. Organización de Naciones Unidas.

Ricardo, David. (1817). Principles of Political Economy and Taxation. Paris: Imprente.

Rodríguez, Rafael. (2003). La reforma a la seguridad social en Colombia. Barranquilla: Universidad del Norte.

Vázquez, vialard. (1983). Tratado de Derecho del Trabajo. Buenos Aires: Astrea.

35

Villegas, Jairo. (2008). Derecho Administrativo Laboral: Principios, estructura y relaciones individuales. Bogotá: Legis.