TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, veinticuatro (24) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

REFERENCIA:	**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.**
M. DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**
PROCESO:	**70-001-33-33-004-2015-00267-01**
DEMANDANTE:	**EREYDA ROSA SALAS FONTALVO**
DEMANDADO:	**COLPENSIONES**

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 12 de julio de 2016 por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Sincelejo, la cual resolvió conceder las súplicas de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora EREYDA ROSA SALAS FONTALVO contra COLPENSIONES.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda[1]

La señora EREYDA ROSA SALAS FONTALVO instauró medio control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, con el fin de que **(i)** se declare la nulidad de la Resolución No. 323051 del 28 de noviembre de 2013, **(ii)** se declare la nulidad del acto ficto o presunto, como consecuencia del derecho de petición de fecha 8 de agosto de 2014, radicado ante dicha entidad el día 15/08/2014, **(iii)** a título de restablecimiento del derecho se condene al ente convocado COLPENSIONES, a reconocer y pagar la RELIQUIDACIÓN de la pensión de jubilación vejez, en la cuantía de su mesada pensional incluyéndole todos los factores salariales devengados en el ultimo año de servicio a la adquisición de su status de pensionada en la suma de $1.365.418.96, a partir del día 18 de agosto del 2011, **(iv)** que se condene

[1] Fol. 1-10 C. Ppal.

a la entidad COLPENSIONES a pagar a la demandante la indexación sobre las sumas adeudadas; calculada desde la fecha de su exigibilidad, **(v)** que se condene a la entidad COLPENSIONES y a favor de la demandante, a los ajuste de los dineros que por concepto de reliquidación le sean reconocidas.

Como **FUNDAMENTOS FÁCTICOS** expuso que:

Se relató en la demanda que, la demandante, señora Ereyda Rosa Salas Fontalvo, prestó sus servicios al Estado colombiano en el cargo de Auxiliar de Enfermería Área de la Salud, en el Hospital Regional II Nivel Nuestra Señora de las Mercedes de Corozal-Sucre, en el período comprendido entre el 04/01/1983 al 30/03/2014.

Como consecuencia de lo anterior la demandante elevo solicitud de reconocimiento de pensión de vejez ante la entidad convocada el día 20/05/2013, la cual fue resuelta de forma favorable, pero sin la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición de su status de pensionada.

Señala la parte actora que inconforme con lo anterior interpuso recurso de reposición y apelación contra la resolución que le reconoció la pensión de vejez, los cuales no le han sido resueltos, configurándose el silencio administrativo negativo.

Indica así mismo que, elevó solicitud de reliquidación de su pensión de vejez a la entidad COLPENSIONES, mediante derecho de petición de fecha 08/08/2014 y radicada el día 15/08/2014.

Por otra parte manifiesta que al momento que la entidad demandada le reconoció su pensión de vejez solamente le tomaron como factores salariales la Asignación Básica, dejándole por fuera factores salariales como: Bonificaciones por Servicios Prestados- Prima Semestral- Prima de Navidad- Prima de Vacaciones- Subsidio de Alimentación- Dominicales Festivos.

La demandante señala que los factores salariales que se debió tener en cuenta para liquidar la pensión de vejez; son los siguientes:

FACTORES	**VALOR**
Sueldo Neto	$1.273.756.00
Prima Semestral	$1.057.220
Bonificación Por Servicios Prestados	$51.390.50
Prima Semestral	$515.393.00 1/12
Prima de Vacaciones	$672.252.00 1/12
Prima de Alimentación	$1.444.791.00 1/12
Dominicales y Festivos	$1.484.856.00 1/12

Como **NORMAS VIOLADAS** señaló Constitución política Art 1, 2, 6,23, 29; ley 1437 de 2011 artículos 138, 155, 156, 161, 162; ley 114 de 1913; ley 33 de 1985; ley 62 de 1985; Decreto 1045 de 1978; ley 4 de 1996; Decreto 1743 de 1966; ley 6ª de 1945; ley 100 de 1993 modificada por la ley 797/2003.

Como **CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN** indicó que la Ley aplicable para este caso es la normatividad regente antes de la ley 33 de 1985 y no la ley 100 de 1993 como la que le aplicaron al pensionado en mención, no solo porque el peticionario cumple con el requisito de tiempo de servicio estipulado por la primera de las leyes mencionadas, para encuadrar su caso en ese marco jurídico, sino porque es la mas favorable, principio de rango constitucional de obligatoriedad en materia laboral Art 21. Así mismo los funcionarios que actualmente se encuentren vinculados se regirán por la ley 100/93 articulo 36.

Por lo anterior la parte demandante se hace merecedora a la reliquidación de su pensión de jubilación.

1.2 ACTUACIÓN PROCESAL

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 29 de septiembre de 2015 (Folio 55C. Ppal.).

- Admisión de la demanda: 19 de noviembre de 2015 (Folio 58 C. Ppal.).
- Notificación a las partes: 20 de noviembre de 2015 (Folio 59 a 60 C. Ppal.).
- Contestación de la demanda Colpensiones: 13 de abril de 2016 (Folio 71 a 79 C. Ppal.).
- Audiencia inicial: 12 de julio de 2016 (Folio 97 a 109 C. Ppal.).
- Recurso de apelación Colpensiones: 01 de agosto de 2016 (Folio 197 a 198 C. Ppal.).
- Audiencia de conciliación y concesión de recurso: 12 de agosto de 2016 (Folio 120 a 123 C. Ppal.).
- Auto que admite el recurso de apelación: 23 de septiembre de 2016 (Folio 4 C. de Apelación).
- Auto que corre traslado para alegar en segunda instancia: 18 de noviembre de 2016 (Folio 24 C. de Apelación).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[2].

La entidad accionada se opuso a las pretensiones de la demanda fundamentándose en que estas carecen de asidero jurídico que les permita hacer procedentes, debido a que la pensión de vejez fue legal y debidamente reconocida, y por tal motivo no hay lugar a acceder a las pretensiones.

Propuso como excepciones de fondo: **(i) Inexistencia de las obligaciones reclamadas** basado en que siempre se liquidaran las pensiones con fundamento en lo dispuesto en el art.36 de la ley 100 de 1993, sin que puedan tomarse otros aspectos contenidas en normas anteriores, mas allá si se es o no beneficiario del régimen de transición;**(ii) Improcedencia para reliquidar la pensión de jubilación** fundado en que a la demandante le tuvieron en cuenta los requisitos del art 1º de la ley 3 de 1985,norma que exige para el derecho a la pensión, acreditar mínimo 20 años de servicio como funcionario público y 55 años de edad, reconociendo un 75% de IBL como monto de la pensión, por encontrarse

[2] Fol. 76 - 79 C. Ppal

arropada por el régimen de transición, y teniendo en cuenta la condición más beneficiosa la pensión otorgada fue de vejez, además se evidencia que mediante Resolución GNR 153832 del 26 de mayo de 2015, COLPENSIONES reliquido la prestación de la demandante como beneficiaria del régimen de transición realizando un estudio bajo los parámetros exigidos por la ley 33 de 1985 y la ley 797 de 2003 dando como resultado un balance favorable a la actora con lo establecido en los requisitos establecidos en la ley 797 de 2003.

1.4 LA PROVIDENCIA IMPUGNADA[3].

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo no encontró probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, partiendo de que en la ley 33 de 1985 se establece en su artículo 1º como criterios para pensionarse el haber laborado un mínimo de 20 años y tener una edad de 55 años, adquiriendo el derecho a una pensión equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes del último año de servicio; así mismo en el artículo 3º de la misma ley, se dictamina que la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, está constituida por la 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 realizado en hora nocturna o en día de descanso obligatorio.

Según la resolución Nº GNR 323051 del 28 de noviembre de 2013, le fue reconocida la pensión de vejez a la demandante y el régimen que se le aplico para efectos de la liquidación de la misma fue el consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por lo tanto la demandante tiene derecho a que la entidad le pague y reliquide la pensión mensual vitalicia de jubilación, establecidos en la ley 33 de 1985.

En la mencionada Resolución, no se evidencian cuales fueron los factores salariales que se tuvieron en cuenta como base para liquidar la pensión de

[3] Fols. 103-109 C. Ppal.

vejez otorgada a la actora; por lo anterior la mesada pensional a cancelar no era de NOVECIENTOS VEINTINUEVE MIL QUINIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE ($929.576.00), sino la suma de UN MILLON CUATROCIENTOS VEINTISIETE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA PESOS MONEDA CORRIENTE ($ 1.427.650.00), para la fecha del reconocimiento pensional que fue el 30 de marzo de 2014, fecha de retiro del servicio .

En cuanto a la prescripción del derecho de la demandante, en el sub judice se observa que el derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación surgió a partir de que se hizo exigible dicha prestación, es decir a partir del 30 de marzo de 2014, fecha en que fue retirada del servicio la actora. La demandante interrumpió el término prescriptivo el 15 de agosto de 2014, mediante escrito en donde solicitó la reliquidación de la pensión, por lo que no se configura el fenómeno de la prescripción. De lo anterior se determina que el acto acusado está viciado de nulidad al ser contrario a la ley, atendiendo a que no se liquidó correctamente la pensión de jubilación de la accionante.

En consecuencia, el despacho declaró no probadas las excepciones propuestas por el apoderado de la entidad demandante, al tiempo que declaró la nulidad parcial de la Resolución No. GNR -323051 del 28 de noviembre de 2013, expedida por la Administradora Colombiana de pensiones COLPENSIONES; y como consecuencia de lo anterior a titulo de restablecimiento del derecho, ordenó a la entidad demandada a reliquidar la pensión de jubilación de la demandante, en la suma de UN MILLÒN CUATROCIENTOS VEINTESIETE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA PESOS MONEDA CORRIENTE, a partir del 30 de abril de 2014, fecha de retiro del servicio de la actora.

1.4 LA IMPUGNACIÓN[4].

La entidad demandada presentó recurso de apelación dentro del término correspondiente, en donde solicitó la revocación de todas las partes del fallo proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Sincelejo, el día

[4] Fls. 103 - 109 C. Ppal.

12 de julio de 2016, por la razón de que no hay lugar a declarar la nulidad de la Resolución Nº 323051 de 28 de noviembre de 2013, ya que estas fueron reconocidas en lo establecido en la ley 33 de 1985.

Así mismo indica que no hay lugar a la declaratoria de nulidad del acto administrativo ficto o pre unto derivado del derecho de petición de fecha 15 de agosto de 2014, pues la entidad le dio respuesta a dicha solicitud mediante Resolución GNR 388721 del 6 de noviembre de 2014.

Posteriormente se evidencia que a través de Resolución GNR 153832 del 26 de mayo de 2015, COLPENSIONES reliquidó la prestación de la demandante como beneficiaria del Régimen de transición realizando un estudio bajo los parámetros exigidos por la ley 33 de 1985 y la ley 797 de 2003 dando como resultado un balance favorable a la actora.

De otro lado, no hay lugar a la reliquidación de la pensión por cuanto, en sala plena la Corte Constitucional encontró que la sentencia C-258 de 2013, fijo una interpretación en abstracto del artículo 36 de la ley 100/93, en el sentido de establecer que el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición, el monto de la pensión se determina con la regla del régimen general.

Finalmente se debe tener en cuenta que mediante Resolución VPB 11399 del 8 de marzo del 2016, se ordena la modificación de la Resolución GNR 153935 del 26 de mayo de 2015 la cual modificó la Resolución 323051 del 28 de noviembre de 2013, ordenando la reliquidación y la inclusión en nomina de la demandante.

Por lo expuesto COLPENSIONES solicita que se revoque la decisión de fecha 12 de julio de 2016.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

- **Parte demandante:** La parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

- Parte Demandada: La entidad demandada no presentó sus alegatos de conclusión.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1 LA COMPETENCIA.

Esta Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 del C.P.A.C.A., en Segunda Instancia.

Se advierte que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto.

2.2 PROBLEMAS JURÍDICOS.

Con fundamento en los anteriores planteamientos de las partes, entra el Tribunal a dilucidar:

¿La demandante tiene derecho a que COLPENSIONES le reliquide su pensión de jubilación incluyendo todos los factores devengados en el último año de servicios previo a la adquisición del status?

Para dar respuesta a los anteriores interrogantes, la Sala abordará los siguientes temas: **i)** La vigencia del sistema general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 y la aplicabilidad del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la misma, **ii)** Ingreso base de liquidación y factores salariales establecidos legalmente que conforman la base de liquidación pensional y su interpretación jurisprudencial, **iii)** Caso concreto.

2.3 LA VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES CONSAGRADO EN LA LEY 100 DE 1993 Y LA APLICABILIDAD DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 36 DE LA MISMA.

El sistema general de seguridad social, incluyendo el sistema general de pensiones, empieza a consolidarse en Colombia con la expedición y

vigencia de la Ley 100 de 1993 *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*.

En la mencionada normativa, y para el estudio de su aplicabilidad a fin de respetar, por una parte, los derechos adquiridos y, por otra, las expectativas legítimas de las personas que habían consolidado su derecho antes de la entrada en vigencia o hubieran empezado su régimen de pensión con anterioridad a su aplicabilidad, es necesario integrar los artículos 36 y 151 de la ley en comento.

El primero de ellos consagra como supuestos de hecho para la aplicación de la transición y por tanto de la normativa vigente con anterioridad, el tener 40 años o más para los varones, o 15 o más años de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema. La segunda de las normas establece la vigencia del sistema general de pensiones para los servidores públicos del nivel nacional, desde el 1 de abril de 1994.

Por lo anterior, para determinar la normativa aplicable para la liquidación de la pensión de vejez ha de establecerse en cada caso si el potencial pensionado goza del régimen anterior o del de transición.

El artículo citado permitió el efecto en el tiempo de normas anteriores a la entrada en vigencia de la nueva normatividad, que para el caso de los empleados del sector público[5], deviene fundamentalmente en la Ley 33 de 1985, que exige para acceder la pensión de vejez 55 años de edad, 20 años de servicios y contempla una tasa de remplazo de la mesada equivalente al 75% del ingreso base de liquidación.

El H. Consejo de Estado refiriéndose al régimen de transición para los empleados públicos, ha señalado:

> "Conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, quienes para el 1º de abril de 1994 - fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 - tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior al cual se

[5] Con alguna excepciones, como lo sería el caso de los miembros de la Rama Judicial y la ley 71 de 1988, que reguló la pensión de jubilación por aportes.

hallaban afiliados, esto es, en cuanto a la edad para acceder a la pensión de jubilación, al tiempo de servicio y al monto de la prestación. Para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante se hallaba dentro del régimen de transición, pues reunía los dos presupuestos exigidos en la norma legal y por tanto debió aplicársele el régimen anterior. Es claro entonces que el demandante tiene derecho a que se le aplique en su integridad el régimen consagrado en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, primero, por encontrarse dentro del régimen de transición y, segundo, por haber adquirido el status de pensionado el 13 de octubre de 1993. La aplicación del régimen anterior se hace en forma integral y no parcial, por lo cual no es aplicable en este asunto, y referente a la materia objeto de discusión, la Ley 100 de 1993"[6]

En tal sentido, los elementos que forman parte del régimen de transición pensional son: el tiempo de servicio, la edad y el monto de la pensión, las cuales como vimos deben ser tomados de la Ley 33 de 1985, lo que incluye la forma de determinar el salario base de liquidación, habida cuenta que es la norma jurídica vigente a la fecha de consolidación del derecho a la pensión.

2.4 INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN Y FACTORES SALARIALES ESTABLECIDOS LEGALMENTE QUE CONFORMAN LA BASE DE LIQUIDACIÓN PENSIONAL Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL.

El H. Consejo de Estado[7], refriéndose al ingreso base de liquidación, ha manifestado que este hace parte del monto de la pensión de vejez, de tal suerte que, el ente gestor al aplicar la tasa de reemplazo, no debe tomar la preceptiva del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sino la que disponga la norma que por vía transicional corresponda, por cuanto liquidar la pensión tomando el monto de una norma y la base de liquidación de otra, sería vulnerar el principio de Inescindibilidad.

Entonces, siendo el IBL parte integrante del monto de la pensión, la mesada pensional debe ser liquidada tanto en su monto como en su base

[6] Consejo de Estado. Sección Segunda, expediente 76001-23-31-000-2002-01420-01(5852-05). 7 de junio de 2007. CP. Alejandro Ordoñez Maldonado. Demandado: Cajanal. Argumento que ya había sido expuesto en Sentencia del 21 de septiembre de 2006, expediente No. 25000-23-25-000-2002-04260-01(872-05), señalándose que, para los empleados públicos de todos los órdenes, la norma aplicable por vía de transición es la Ley 33 de 1985.

[7] Ver entre otras las siguientes sentencias de la Sección Segunda: Sentencia del 16 de febrero de 2006, radicación número: 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04). Sentencia del 23 de 2006, radicación número: 25000-23-25-000-2001-07475-01(1406-04). Sentencia del 26 de enero de 2006, radicación número: 25000-23-25-000-2002-05558-01(2985-05)

salarial con fundamentos en la norma que por vía de transición se aplique, para el caso que nos ocupa, repetimos la Ley 33 de 1985 y la cual establece que corresponde al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios[8].

Las normas aplicables para efectos de determinar el salario de liquidación son las Leyes 33 y 62 de 1985, y es en esta misma normativa donde se señalan los factores salariales que se han de tener en cuenta para conformar la base de liquidación pensional.

Al respecto el artículo 3 de la norma referenciada, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, establece la forma cómo se liquidaría la pensión de jubilación señalando los siguientes factores:

- Asignación básica.
- Gastos de representación.
- Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación.
- Dominicales y feriados.
- Horas extras.
- Bonificación por servicios prestados.
- Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

No obstante lo anterior, se han expuesto varias interpretaciones por la jurisprudencia frente a cómo se debe efectuar la liquidación y los factores a tener en cuenta para ello, en primer lugar se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que solo 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.

Lo dicho, dado que no obstante la claridad de la norma estudiada de forma aislada, existen otras normas que consagran diferentes medios

[8] Consejo de Estado en la sentencia del 25 de marzo de 2010, Sección Segunda, Subsección A, expediente No. 66001-23-31-000-2006-00452-01(1415-07) C.P. Luís Rafael Vergara Quintero.

remunerativas del servicio que son salario por disposición expresa del legislador o su naturaleza, por lo que en aplicación de los principios generales del derecho laboral de primacía de la realidad sobre la forma y de favorabilidad, han de interpretarse de manera integral para así establecer qué factores constituyen en realidad salario y liquidar la pensión con los ingresos efectivamente percibidos por el trabajador en su vida laboral active.

Por otro lado, se relieva la interpretación que de la Ley 33 de 1985 ha realizado el CONSEJO DE ESTADO en especial al tema del salario base de liquidación de la pensión, posición que la Sala comparte, y para lo cual se permite transcribir en su aparte más importante:

> "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 cambiado su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.
>
> ...
>
> a) De los factores de salario para liquidar pensiones.
>
> Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, precisó el sentido y alcance de las expresiones salario y factor salarial, así:
> "(...) El salario (...) aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador (...)". En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) "constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones." En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que "además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios."
> (...)
> Según el artículo 42 ibídem son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador : la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos

por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.(...)."

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[9].[10]

Destaca la Sala que esta no es una posición aislada de la mencionada Alta Corporación, sino que es la línea que se consolida a partir de allí tal como se puede observar en decisiones más recientes[11].

Para esta Corporación, el salario base de liquidación de la pensión debe incluir todos aquellos pagos que conforme a su naturaleza o norma especial son salario, posición uniforme, reiterada y pacífica a la fecha en nuestra jurisdicción.

---

[9] Al respecto, ver el concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

[10] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Sentencia del 4 de agosto de 2010. Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). Actor: LUIS MARIO VELANDIA. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL

[11] Como decisión de este tipo, la Sala trae para soportar la siguiente: "Al examinar con detenimiento la anterior cita jurisprudencial (se refiere a la citada en el pie de página anterior), es claro que la entidad demandada debió efectuar los aportes que devengó el actor mientras estuvo prestando sus servicios sobre los factores salariales y que pretende se tengan en cuenta." (La nota entre paréntesis no es del texto original) CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. CONSEJERO PONENTE: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Sentencia del 20 de marzo de 2013. REF: EXPEDIENTE No. 76001233100020070021701. NÚMERO INTERNO: 03412012. ACTOR: JOSÉ OMAR GONZÁLEZ CRUZ. AUTORIDADES NACIONALES.

Es importante tener en cuenta en este punto, lo referente a la posición jurisprudencial de la CORTE CONSTITUCIONAL, vertida en la sentencia SU-230 de 2015, citada por el apelante y que constituye el argumento central del recurso de apelación.

En primer lugar, la Sala parte de la base, como ya se expresó, que la posición de esta jurisdicción y de su órgano de cierre, es la de aplicar todos los elementos del régimen anterior, a quienes gozan del régimen de transición (edad, monto, entendido este como tasa de reemplazo e IBL), lo anterior, atendiendo que de la interpretación sistemática de los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, así se infiere del texto mismo de la primera de ellas, pues define el IBL de las pensiones previstas en sistema general de seguridad social en pensiones, es decir, las del régimen de transición no se regulan por esta normativa sino por las anteriores.

Igualmente, para la Sala, es claro que la posición asumida por la CORTE CONSTITUCIONAL en las sentencias en cita (C-258 de 2013 y SU-230 de 2015), posee una clara aplicación restrictiva, por las siguientes razones:

1. La sentencia C-258 de 2013, estudia la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, es decir, el régimen pensional de Representantes a la Cámara y Senadores, extensivo a Magistrados de Altas Cortes (artículo 28 del Decreto 104 de 1994) y ciertos funcionarios de la Rama Judicial, el Ministerio Público y órganos de control, como el Procurador General de la Nación (artículo 25 del Decreto 65 de 1998), el Fiscal General de la Nación, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, y los Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (artículo 25 del Decreto 682 de 2002). La argumentación sobre cómo interpretar el ingreso base de liquidación de las personas que gozan de régimen de transición, se limita a estos funcionarios, por lo que en este aspecto esta sería la *ratio decidendi* de la sentencia, y frente a cualquier otra aplicación o argumentación que en ella se contiene en torno al artículo 36 de la

Ley 100 de 1993, la misma claramente sería *obiter dicta*, dado que este no es el fondo de la situación estudiada por la Corte.

2. El sustento evidente de la sentencia C – 258 de 2013, es la sostenibilidad del sistema pensional en Colombia, en tanto, las excesivas pensiones, percibidas por los funcionarios atrás mencionados, resultaron afectándolo y quebrando la balanza que lo debe regir (homeóstasis). Si esta es la consideración, en casos como el tratado, si de aplicación analógica se trata, debería acudirse a efectuar un análisis similar, esto es, establecerse si pensiones como las de la parte accionante, afectan la sostenibilidad del sistema pensional, para lo cual, es evidente que ello solo sería posible, si se determinara que el pago de esta pensión es desproporcionada, lo cual exige una carga probatoria, que en este proceso no existe, por ende, no es susceptible de consideración y valoración.

3. En este mismo sentido, al no estar la CORTE CONSTITUCIONAL estudiando la constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en la sentencia ya referida, la interpretación que de esta norma hace la Corte no es *ratio decidendi* y por ello carece de la fuerza vinculante obligatoria que poseen sus fallos[12], dicha interpretación [13].

4. En la SU-230 de 2015, se estudia una tutela en contra de la Sala Laboral de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, quien interpreta de tiempo atrás que el monto consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es lo referente al porcentaje o tasa de reemplazo y no al

[12] Consagra la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia: *"ARTICULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:*
1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutiva. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.
..."

[13] *"En cuanto a la existencia de cosa juzgada constitucional indica que según el artículo 243 superior "los fallos que dicte la Corte hacen tránsito a cosa juzgada"; que el artículo 6º del Decreto 2067 de 1991 ordena rechazar "las demandas que recaigan sobre normas amparadas por una sentencia que hubiera hecho tránsito a cosa juzgada" y que el artículo 21 del mismo Decreto se refiere al carácter obligatorio de esas decisiones tanto para las autoridades como para los particulares, así como el artículo 48 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, señala que la parte resolutiva de las sentencias tiene carácter obligatorio y de efecto "erga omnes"."* CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1299 de 2005.

Ingreso Base de Liquidación, y la CORTE CONSTITUCIONAL en la sentencia en estudio de forma clara establece que esta interpretación es acorde a la constitución, ello *per se* no excluye otro tipo de interpretaciones en torno a dicha norma, pues de lo contrario se borraría de un tajo la independencia como pilar de la función judicial.

5. El CONSEJO DE ESTADO, en sentencia de unificación, limitó de forma clara la aplicabilidad de la sentencia C-258 de 2013, a aquellas pensiones que sean adquiridas después de la vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005[14].

6. En caso de que la norma (el artículo 36 de la Ley 100 de 1993) genere duda en su interpretación, la misma debe solventarse a favor del trabajador, en aplicación del principio general del derecho laboral del *in dubio pro operario*, consagrado en el artículo 53 de la C.P.

7. Con fundamento en el mismo principio, toda interpretación que se haga de las fuentes formales del derecho, y la jurisprudencia lo es conforme lo consagra el C.P.A.C.A. y lo ha interpretado de forma unánime la Corte Constitucional[15], debe realizarse a favor del trabajador, por lo que existiendo posiciones jurisprudenciales que soportan las dos interpretaciones estudiadas (el monto no incluye el IBL por lo que este se encuentra regido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 – el monto incluye porcentaje e IBL por lo que este se encuentra regulado por la normativa anterior) debe aplicarse la que favorece el derecho en discusión del trabajador, es decir, para el caso concreto la segunda de las interpretaciones del alcance del IBL.

8. Suma a favor de la interpretación acá planteada, principio de la inescindibilidad del régimen o la normativa aplicable[16], pues el

[14] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN. CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN (E). Sentencia del 12 de septiembre de 2014. REF: Expediente No. 25000-23-42-000-2013-00632-01 (1434-2014). Actor: GLADYS AGUDELO ORDÓÑEZ. Demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES -.

[15] Ver, entre otras, sentencias C-836 de 2001 y relacionada con la obligatoriedad de las sentencias de unificación del CONSEJO DE ESTADO, la sentencia C-634 de 2011.

[16] Sobre este punto, ha dicho la doctrina: *"Ahora bien, como se trata de diferentes regímenes pensionales, debe tenerse presente que la selección de uno u otro comporta la aceptación de todas sus condiciones, sin que sea jurídicamente posible acoger solamente lo favorable de uno y de otro, en razón del principio de inescindibilidad que rige la interpretación de la ley. Código Civil. Art. 31. "Lo favorable u odioso de una*

planteamiento de las últimas providencias referenciadas de la Corte Constitucional, toma elementos del régimen anterior y los amalgama con los de la Ley 100 de 1993, sin aplicar íntegramente una de las normativas.

Finalmente, dada la división de criterios existente y la postura tomada por la Corte Constitucional en la sentencia antes citada, el CONSEJO DE ESTADO fijó su posición recientemente a través de sentencia de unificación de fecha 25 de febrero de 2016, proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda de dicha Corporación, en la que reiteró sus criterio respecto de que el monto de las pensiones sometidas al régimen de transición comprende la base y la tasa de remplazo. Sobre el particular consideró:

> "Quiere insistir el Consejo de Estado en las razones que sustentan su postura tradicional con respecto al ingreso base de las pensiones del régimen de transición, y que ahora reitera:
>
> 1) La complejidad de los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición, hace altamente razonable la interpretación que tradicionalmente ha tenido esta Corporación respecto de la expresión "monto" contenida como criterio general en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
>
> 2) Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencia de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica. La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional. El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como lo son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico, que en todo caso ya se asumió para la generalidad de los pensionados, quedando muy pocos pendientes de esa decisión. Debe recordarse que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, además de introducir el concepto de sostenibilidad financiera al sistema pensional, dispuso que el Estado "asumirá la deuda pensional que esté a su cargo".
>
> 3) Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas.

disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes"." CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. Concepto del 9 de marzo de 2006. Radicación 1718.

4) La Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa, en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le sería aplicable, dado que como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a defender su posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos aquí expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema.

5) Los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que la misma Corte Constitucional ha estimado incorporados a la Constitución Política colombiana en virtud del llamado "bloque de constitucionalidad", no se predican exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales. Si la interpretación tradicional del Consejo de Estado sobre el concepto de "monto" en las pensiones del régimen de transición del sector público se ha aplicado a la generalidad de los pensionados de dicho sector, tanto en sede administrativa como en las decisiones judiciales, y esa interpretación ha sido compartida por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y de tutela, no parece acorde con los referidos principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que se pretende introducir con la sentencia SU-230 de 2015.

En efecto, si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional y queda pendiente, en consecuencia, un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el asunto conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera que imponga el cambio jurisprudencial que plantea la sentencia SU-230 de 2015, y en cambio sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los principios de igualdad y de progresividad."[17]

Por lo tanto, para este operador judicial, en ejercicio de su independencia y autonomía, atendiendo los anteriores argumentos, se inclina a aplicar en este caso, la posición del CONSEJO DE ESTADO y desecha la de la CORTE CONSTITUCIONAL planteada en sus decisiones ya referidas (C-258 de 2013 y SU-230 de 2015), concluyendo que el monto incluye el Ingreso Base de Liquidación de la pensión, el que se encuentra regido por las normas anteriores, para nuestro caso, las Leyes 33 y 62 de 1985.

2.5 CASO EN CONCRETO

En el sub examine está probado que la señora EREYDA ROSA SALAS FONTALVO le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución Nº.GNR- 323051 de fecha 28 de noviembre de 2013, dándosele aplicación al régimen de transición.

[17] CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de la Sección Segunda, sentencia del 25 de febrero de 2016, Exp. No. 25000234200020130154101 (4683-2013), M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

Ello encuentra respaldo en el hecho que la actora nació el 18 de agosto de 1956, y que para la fecha en que entró en vigencia la ley 100 de 1993, 1º de abril de 1994 esta contaba con 38 años de edad, lo que permite determinar que se encontraba en el régimen de transición del artículo 36 de la citada ley.

Por otro lado, se observa que no se tuvo en cuenta lo dispuesto por la ley 33 de 1985, dado que la pensión debió ser liquidada en cuantía del 75% del promedio de los factores salariales y demás sumas de dinero que reciba el trabajador, como contraprestación directa de sus servicios, percibidos durante el último año de servicios y que sirvieron de base para realizar los aportes.

Teniendo en cuenta su condición de empleado público y beneficiaria del régimen de transición, la pensión de la señora EREYDA ROSA SALAS FONTALVO debe ser reliquidada en cuantía equivalente al 75% del promedio de todos los factores devengados durante el último año de servicio, puesto que no se liquidó correctamente la pensión de jubilación vejez, teniendo presente que en la Resolución Nº 323051 del 28 de noviembre de 2013, no se evidenciaron cuáles fueron los factores salariales que se tuvieron en cuenta como base para realizar la respectiva liquidación.

Vertiendo lo dicho al sub judice, tenemos que la entidad demandada dejó de incluir factores salariales en el IBL, los cuales se detallan en el certificado visible a folio 15 del expediente, no obstante que la norma que regula por transición la pensión de la parte demandante era la Ley 33 de 1985, tal como lo advirtió el *A-quo*. Así mismo, para determinar el IBL se aplicó el párrafo 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que para determinar el monto de la pensión se tuvo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 10 años.

En tal sentido, concluye la Sala, que la decisión del Juez de Primera Instancia al ordenar la reliquidación de la pensión de vejez de la actora, quien es beneficiaria de la transición pensional, se ajusta al precedente

judicial sentado de forma uniforme por el H. Consejo de Estado, el cual comparte esta Sala, razones por las cuales se procederá a su confirmación.

En consecuencia, la pensión de la demandante debe ser reliquidada teniendo en cuenta para su liquidación el 75% del promedio de lo devengado por esta en el último año de servicios, esto es, entre el 30 de marzo de 2013 y el 30 de marzo de 2014.

Finalmente, en lo que hace relación a la condena en costas decretada por el *A quo*, en consideración a que no se tuvo en cuenta lo reflejado en el trascurso del proceso, es necesario recordar que, como se explicó en apartes anteriores, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo a través de la Ley 1437 de 2011 adoptó un criterio objetivo de imposición de costas, por lo que no es necesario auscultar la conducta de las partes para ello.

En consecuencia sin ahondar en mayores disquisiciones, dispondrá esta Judicatura **CONFIRMAR** la sentencia objeto de alzada.

2.6 CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. y por la no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada apelante, y a favor del demandante. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

3. DECISIÓN

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SINCELEJO, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida del 12 de julio de 2016 por el **JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO**, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la parte demandada apelante y a favor del demandante. En firme la presente providencia, por el *A quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta Nº 032.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA