TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, veintinueve (29) de junio de dos mil diecisiete (2017)

SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

REFERENCIA:	**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**
M. DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**
RADICADO:	**70-001-33-33-005-2016-00002-01**
DEMANDANTE:	**JUAN MANUEL MENDOZA OSORIO**
DEMANDADO:	**COLPENSIONES.**

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2016 por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, la cual resolvió conceder las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA[1]

El señor Juan Manuel Mendoza Osorio por conducto de apoderado judicial formuló demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando que **se declare** la nulidad parcial de la Resolución No. 00000249 del 17 de enero de 2012 expedida por COLPENSIONES, por medio de la cual se reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación.

Asimismo, la Resolución Nº. GNR 74203 del 11 de marzo de 2015 expedida por COLPENSIONES, mediante la cual se negó una solicitud de reliquidación de la pensión de vejez al señor Juan Manuel Mendoza Osorio bajo las reglas de la ley 33

[1] Fol. 1-42 C. Primera Instancia.

de 1985 y considerado el salario promedio de lo devengado en el último año de servicios.

A título de restablecimiento del derecho, pretende**: i) s**e reconozca que el régimen aplicable al señor Juan Manuel Mendoza Osorio es el establecido en la Ley 33 de 1985, se condene al ente demandado a que se reconozca y pague el valor correspondiente a la reliquidación de la pensión de vejez, incluyendo los factores salariales más altos devengados en el último año de servicios, **(iii)** se condene al pago de las diferencias existentes entre el valor de la pensión reconocida y el valor real establecido en esta demanda o el que se establezca en el proceso, **(iv)** la condena se haga tomando como promedio los factores que tiene derecho el actor, aplicando el IPC correspondiente,**(v)** se reconozcan intereses moratorios.

Como **fundamentos fácticos** en la demanda se afirmó que:

Al señor Juan Manuel Mendoza Osorio, a través de la Resolución No. 00000249 del 17 de enero de 2012, COLPENSIONES –ISS, le reconoció pensión de vejez, a partir del 29 de julio de 2011, en cuantía mensual de $2.265.888.

El señor Juan Manuel Mendoza Osorio nació el día 28 de julio de 1946. Laboró un total de 30 años, 11 meses y 6 días de servicios prestados al sector público y el último salario fue de $2.852.327.

Los factores salariales que devengó durante el último año de servicios, son: bonificación por servicios prestados $998.314, prima de servicio $1.467.760, prima de vacaciones $ 1.528.917 y prima de navidad $ 3.185.243.

Elevó solicitud de reliquidación pensional con fundamento en la Ley 33 de 1985, a través de derecho de petición el 24 de octubre de 2014, la cual fue negada por medio de la Resolución GNR 74203 del 11 de marzo de 2015.

Al momento de reconocer la pensión la entidad demanda tomó el promedio de los salarios con los cuales aportó en los 10 años anteriores al reconocimiento, al cual se le aplicó el porcentaje del 75%, en aplicación del artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 el señor Juan Manuel Mendoza Osorio, contaba con más de 40 años de edad, siendo beneficiario del régimen de transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que se le debió

aplicar la Ley 33 de 1985, de igual forma, para la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 contaba con más de 750 semanas de cotización, por lo que en la liquidación de su pensión se debieron tomar como factores, la asignación básica mensual, la bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.

Como ***normas violadas***, señaló el artículo 1ª de la Ley 33 de 1985, articulo 36 de la Ley 100 de 1993 y articulo 53 de la Constitución Política. En el ***concepto de violación,*** trajo a colación la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, en el sentido que el Derecho a pedir una pensión de jubilación no prescribe, porque tratándose de un derecho vitalicio subsiste la acción correspondiente durante la vida del titular, lo que prescribe son las mesadas pensionales dentro del término establecido por la Ley. En ese orden de ideas si el derecho pensional no se extingue no puede aplicarse tampoco el fenómeno prescriptivo a los factores que se constituyen parte integrante del derecho y es aplicable al aforismo de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, el salario es factor esencial para el reconocimiento de la pensión, luego su tasación es imprescriptible como lo es el derecho mismo a la pensión y por lo tanto cualquier factor salarial que se hubiese omitido al determinar la liquidación de la prestación puede reclamarse en cualquier tiempo, en sentencia de 2 de marzo de 1979, expediente Nº 1965 con ponencia del Magistrado Dr. Samuel Buitrago Hurtado.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 13 de enero de 2016 (Folio 42 C. Principal).
- Admisión de la demanda: 29 de febrero 2016 (Folio 84 C. Principal).
- Notificación a las partes: 2 de marzo de 2016 (Folio 86 C. Principal).
- Contestación a la demanda: 01 de junio de 2016 (Folio 203 a 207 C. Principal).
- Acta de audiencia Inicial con Sentencia: 18 de noviembre de 2016 (Fol. 223 a 232 C. Principal).
- Recurso de apelación: 01 de diciembre de 2016 (Folio 244 a 246 C. Principal).
- Audiencia de conciliación y concesión del recurso de apelación: 20 de

enero de 2017 (Folio 255 C. Principal).

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[2]

La entidad accionada se opuso a todas las pretensiones de la demanda fundamentándose en que en el asunto no es procedente efectuar la reliquidación de la pensión, se refirió a la sentencia C- 258 de 2013, acogiendo que sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, realizó la Corte Constitucional, expone que de acuerdo a ésta se mantiene la tesis contenida en la Ley 33 de 1985, en el sentido que se tiene derecho al 75% del promedio de los salarios sobre los cuales cotizaron los últimos 10 años de servicios, en cuanto al ingreso base de liquidación se aplicará el art 36 de la Ley 100 de 1993. Aduce que en el caso del demandante la liquidación se hizo tomando en consideración a los 10 años anteriores al reconocimiento, por lo que no hay lugar a la reliquidación.

Propuso como excepciones de fondo: **(i) inexistencia de las obligaciones reclamadas,** basados en que se evidenció que mediante Resolución 249 del 17 de enero de 2012, el ISS deja sin efectos la Resolución 14809 del 18 de noviembre de 2011, ordenando el reconocimiento de la pensión de vejez bajo los parámetros del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con la Ley 33 de 1985 en cuantía de $2.265.888, con base en 1544 semanas de cotización; **(ii) Improcedencia para reliquidar la pensión de jubilación,** lo anterior partiendo de que el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición; **(iii) prescripción.**

1.4. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[3]

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, accedió a las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos:

Afirmó que teniendo en cuenta que el demandante se encuentra cobijado por el régimen de transición, resulta claro que la liquidación y pago de su pensión se debió realizar con base en lo preceptuado en las Leyes 33 y 62 de 1985 que limitó el valor de la pensión al 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios inmediatamente anterior a la fecha en que se causo esta prestación, especialmente cuando ello resulta más favorable para el demandante.

[2] Fol. 203 a 207 C. Ppal.
[3] Fols. 223 - 232 C. Ppal.

Se acreditó que el señor Juan Manuel Mendoza Osorio, prestó sus servicios hasta el 29 de julio de 2011, por lo que su último año corresponde al 29 de julio de 2010; además según certificación expedida por el Asesor de Recursos Humanos de la Gobernación del Departamento de Sucre, se evidencia que en dicho periodo el actor devengó además del sueldo básico, los siguientes factores: bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.

En ese orden de ideas, como la entidad demandada liquidó el derecho pensional del demandante de conformidad con la regla contenida en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 sin inclusión de la totalidad de los factores devengados durante el último año de servicios, tales como, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad, se estima que los actos demandados están viciados de nulidad ya que su exclusión se convierte en un desacierto jurídico que atropella los derechos del pensionado y desde luego vulnera el principio de favorabilidad laboral tan ampliamente decantado por la jurisprudencia.

En consecuencia, sostiene que al demandante le asiste el derecho de obtener la reliquidación y pago de jubilación con el monto del 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, esto es, desde el 29 de julio de 2010 al 29 de julio de 2011, incluyendo además de la asignación básica, la bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad. Asimismo, declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por el ente demandado.

En este sentido, declaró la nulidad parcial de la Resolución Nº. 00000249 del 17 de enero de 2012; la nulidad de la Resolución N. GNR 74203 del 11 de marzo de 2015; y a titulo de restablecimiento del derecho ordenó a COLPENSIONES reliquidar el derecho pensional del demandante, en cuantía equivalente al 75%, con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios estos son, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, y prima de navidad, debidamente actualizados anualmente desde la fecha en que se debió hacer el reconocimiento del derecho hasta la fecha en que éste sea materializado.

1.5. EL RECURSO DE APELACIÓN[4]

La parte demandada inconforme presentó recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, señalando que no había lugar a declarar la nulidad de la Resolución Nº.00000249 de 2012 ni de la Resolución GNR 74203 del 11 de marzo de 2015, así como tampoco hay lugar a reliquidar la pensión, toda vez que la prestación fue liquidada conforme a las normas favorables.

Afirmó que, no era viable reliquidar la pensión vejez previamente reconocida al demandante, en atención a que esta fue liquidada de acuerdo a la Ley 33 de 1985, aplicando una tasa de reemplazo del 75% y en base a 1544 semanas de cotización, resultando claro entonces que la liquidación se efectúo bajo preceptos legales, razón más que suficiente para no dar lugar al pago de una liquidación.

Así mismo, que 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 100/1993, 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.

El monto de la pensión de jubilación, no se debe entender como el valor de la pensión, sino que el monto equivale al porcentaje que se le debe aplicar al IBL, y que este, es decir el IBL se establece de conformidad con las reglas del Sistema General de Pensiones(Ley 100/93), es decir con base en el promedio de los salarios devengados por el trabajador durante los 10 últimos años (Articulo 36 Ley 100/93), o en el tiempo que hacía falta para adquirir el derecho a la pensión si este fuera menor, y no, teniendo en cuenta el promedio de los salarios devengados en el último año(Articulo 1º de la Ley 33 1985).

La Corte Constitucional en Sala Plena concluyo que el ingreso base de liquidación IBL, no es un aspecto de la transición y, por lo tanto, son las reglas contenidas en el Régimen General, los que deben aplicarse para establecer el monto pensional con independencia del Régimen Especial al que pertenezca.

De otro lado resalto que mediante Auto A- 326 de 2014, por el cual resolvió la solicitud de nulidad de la Sentencia T-078 del mismo año, la sala reafirmo la

[4] Fls. 244 a 246 C. Ppal.

interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establecida en el fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez la sala analizo el IBL, en el sentido en que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas cotizadas y excluye el promedio de liquidación. EXP. T-3558.256-SENTENCIA SU- 230 DE 2015- ABRIL 29 M. P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

1.6. TRAMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA – CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.[5]

El 15 de marzo de 2017 se admitió el recurso de apelación (Folio 4 C. Apelación). En auto del 28 de abril se ordena correr traslado para alegar y concepto del ministerio público (Folio 9 C. Apelación).

En esta etapa procesal, no se pronuncian las partes y el Delegado del Ministerio no emite concepto[6].

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. LA COMPETENCIA.

El Tribunal 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 de la Ley 1437 de 2011.

2.2 PROBLEMA JURÍDICO.

La reconstrucción de los antecedentes, la decisión de primera instancia y los reparos formulados por la parte demanda en el recurso de apelación, así como la fijación del litigio planteada en audiencia inicial, indican que el problema jurídico a resolver, estriba en determinar, *si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la reliquidación de pensión de jubilación, teniendo en cuenta el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, conforme a lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985.*

[5] Fol. 20 a 25 C. Apelación.
[6] Nota Secretarial a folio 14 del cuaderno de segunda instancia.

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)** El caso concreto.

2.2.1. 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[7], 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 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"[8]

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.

2.2.2. 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[9], refiriéndose 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 remplazo, 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

[7] 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.
[8] 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.
[9] 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)

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 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[10].

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, 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.

[10] 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.

Lo dicho, dado que no obstante la claridad de la norma estudiada de forma aislada, existen otras normas que consagran diferentes medios 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[11].[12]

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[13].

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; es importante tener en cuenta en este punto, lo referente a la posición jurisprudencial de la H. CORTE CONSTITUCIONAL, vertida en la sentencia SU-230 de 2015.

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

[11] 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.
[12] 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
[13] 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 píe 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.

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 H. 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[14], dicha interpretación [15].

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 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[16].

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

---

[14] 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.
…"

[15] *"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.

[16] 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 -.

consagra el C.P.A.C.A. y lo ha interpretado de forma unánime la H. Corte Constitucional[17], 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[18], pues el 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 H. 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

[17] 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.

[18] 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 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.

> 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.
>
> 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."[19]

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 H. CONSEJO DE ESTADO y desecha la de la H. 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.

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

De otra parte, debemos señalar que, no se acompasa con las cláusulas que fundan la Carta Política de 1991 -el Estado Social de Derecho- ni con el principio de confianza legítima, que se pretenda aplicar un cambio jurisprudencial abrupto, intempestivo, inesperado, repentino y trascendental para esta jurisdicción, a quien acudió a la vía judicial con la convicción legítimamente fundada de que sus pretensiones saldrían avantes, más aun si se considera que el petitum se vincula directamente con el derecho fundamental a la seguridad social, cuya importancia resulta evidente, como lo destaca la misma Corte Constitucional*:*

> "La Seguridad Social es reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional fundamental. De esta manera, los artículos 48 y 49 de la Carta Política establecen la seguridad social por un lado, como un derecho irrenunciable, y por otro lado, como un servicio público , de tal manera que, por la estructura de este derecho, es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución. La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social. Conforme a la jurisprudencia constitucional, el derecho a la seguridad social es un real derecho fundamental cuya efectividad se deriva "de (i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad". T-164/13 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Frente a la aplicación de la tesis expuesta por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 17 de marzo de 2017, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, se reitera en su precedente judicial frente al tema de factores salariales de pensiones que se reconocen con fundamento en la Ley 33 de 1985, señalando:

> "De lo relatado anteriormente, se vislumbra sin hesitación alguna que el ingreso (salario) base de liquidación en materia pensional se debe efectuar sobre lo realmente devengado, y también una de las obligaciones, es cotizar durante la vida laboral y hacer los correspondientes descuentos sobre todo lo que constituye salario o ingreso. Se reitera salario es: todas las sumas que **habitual y periódicamente** recibe el empleado como retribución por sus servicios, se debe cotizar sobre lo realmente percibo y liquidar las prestaciones sociales sobre todo lo devengado.
>
> Así, la omisión del empleador al efectuar los descuentos, no puede afectar el derecho pensional, de la parte más débil de la relación laboral, pues es su obligación hacerlo, sobre el salario realmente devengado, como ha quedado establecido; de esa manera contribuir no sólo con la efectividad de los derechos fundamentales del pensionado, en condiciones dignas, sino con el equilibrio de las finanzas públicas y el bienestar general.
>
> Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el fallo apelado es evidente que A-quo hizo una interpretación favorable y armoniosa de los fundamentos normativos y jurisprudenciales aplicables, habida cuenta que si bien ordenó incluir en el ingreso base de liquidación de la pensión del demandante, los valores correspondientes al

subsidio de alimentación, viáticos, prima de de servicios de junio, prima de servicios de diciembre, prima de navidad y prima de vacaciones, factores acreditados en el proceso como realmente devengados en el último año de servicios, por el titular del derecho, también ordenó efectuar los correspondientes descuentos sobre los mismos en caso de que se hubiere omitido. Lo anterior resulta coherente con la tesis dominante que sentó esta corporación y que plasmó en la sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010[20] y subsiguientes.

Por lo esbozado, la Sala no comparte el argumento del apelante en el sentido que la sentencia del A-quo, desconoce la sentencia C-258-13 de la Corte Constitucional, no solo por lo anotado en precedencia, sino también, porque si bien es cierto la sentencia en mención y otras como la SU-230-15 y T-615-16, pretende romper la tesis dominante en esta jurisdicción, no lo es menos que en la sentencia del 17 de febrero de 2017[21] esta Corporación reiteró la tesis sostenida especialmente en la sentencia de unificación de jurisprudencia del 4 de agosto de 2010 y concluyó que la tesis de la sentencia C-258-13 de la Corte Constitucional se originó en el contexto del control abstracto de constitucionalidad de un régimen especial y coyuntural, que extendió con la sentencia SU-530-15 y T-615-16, a todos las situaciones amparadas por el régimen de transición, pero que de aplicarse de tajo a todos los regímenes generales, es desfavorable, atentatorio del concepto de salario, de los principios de progresividad y compromete los derechos fundamentales del pensionado.

En esa oportunidad, esta Corporación, detectó, además, que en realidad de verdad el problema trasciende a la mera interpretación de los componente del régimen de transición, y de los régimen pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993; pues es estructural, radica en la noción de salario y la tendencia de adoptar como política pública una posición restrictiva del mismo con el argumento de la estabilidad de las finanzas estales, lo que no es nuevo, sino que remonta a los años ochenta.

Adicionalmente, esta Corporación en sentencia del 26 de noviembre de 2016[22], extendió, los efectos de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, en el proceso radicado 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-2009). En esa oportunidad, expresamente reafirmó de manera categórica que «cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad (principio de inescindibilidad), sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho». Igualmente, expuso las razones por las cuales, la particular interpretación de la sentencia C-230-15, no obliga a las demás Cortes de Cierre"[23]

La Sala considera que se seguirá aplicando el precedente jurisprudencial vertical, expuesto por el órgano de cierre de esta jurisdicción, al menos hasta tanto el mismo no sea modificado por el máximo tribunal en materia contenciosa administrativa, sobre aquellos asuntos que ya están en curso, pues está en juego el principio de la confianza legítima.

---

[20] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 4 de agosto de 2010. Radicado. 2006-07509 (0112-2009), *C.P.* Víctor Hernando Alvarado Ardila.
[21] *Radicado: 25000234200020130154101 C.P. César Palomino Cortés-*
[22] *Consejo de Estado. Sentencia del 26 de noviembre de 2016. Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13). C.P. Gabriel Valbuena Hernández.*
[23] CONSEJO DE ESTADO Sección Segunda Subsección B. Expediente No. 68001-23-31-000-2011-00949-01(2237-14) Actor: ARNULFO CHAPARRO MARCHÁN. C. P. César Palomino Cortés

2.6. CASO CONCRETO.

Recapitulando, la parte actora pretende la reliquidación de su pensión de jubilación con la última asignación básica mensual y la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, en aplicación de los beneficios de la transición pensional permitida por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

De conformidad con las pruebas incorporadas al plenario, está demostrado que el señor JUAN MANUEL MENDOZA OSORIO prestó sus servicios personales a la GOBERNACIÒN DE SUCRE por un total de 30 años, 11 meses y 6 días[24]. Igualmente está demostrado, que el señor JUAN MANUEL MENDOZA OSORIO nació el día 28 de julio de 1946[25].

De acuerdo a lo anterior, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, el demandante tenía más de 15 años de servicio y contaba con más de 40 años de edad, razón por la cual, le asiste derecho a la aplicación de las reglas de la transición pensional, conforme el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Los actos administrativos demandados luego de analizados, muestran que la entidad gestora de la seguridad social, reconoció el derecho pensional del actor, mediante Resolución Nº. 00000249 del 17 de enero de 2012 en cuantía de: $2.265.888, a partir del 29 de julio de 2011; aplicando para dicha liquidación lo señalado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Bajo las premisas sentadas en acápite anterior, al actor por haber prestado sus servicios al sector público y ser beneficiario de la transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se le debe aplicar para regular su derecho pensional de manera íntegra, las condiciones traídas por las Leyes 33 de 1985 y 62 de 1985, en consonancia a las sub reglas jurídicas creadas por el precedente judicial del órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa, que nos indican que, el régimen de transición no hace excepción respecto de los factores base de liquidación de la pensión ni de la forma de liquidar la misma, toda vez que como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión para sus beneficiarios es el establecido en las normas anteriores a su entrada en vigencia, entendiendo por monto no solo el porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje.

[24] Folio 4 c. Ppal.
[25] Ver anexos a la demanda y antecedentes administrativos del acto acusado.

En tal sentido, para determinar el monto de la pensión, asumió como reglas a aplicar lo contenido en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin inclusión de la totalidad de los factores devengados durante el último año de servicios, tales como, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad; factores de los cuales conforme el certificado de salarios traído en los antecedentes del acto administrativo demandado y expedido por el Asesor del Programa de Recursos Humanos de la Gobernación del Departamento de Sucre de fecha 4 de abril de 2011, el actor devengó en el último año de servicios (2010-2011)[26]; siendo esta exclusión una vulneración al principio de favorabilidad laboral.

En ese orden, la respuesta al problema jurídica es positiva y por tanto, le asiste derecho al actor a la reliquidación pensional pretendida, razón por la cual, la decisión del Juez de Primera Instancia debe ser confirmada, en lo que respecta a la reliquidación de la pensión de jubilación del actor con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados por este durante el último año de servicio, la cual se ajusta al precedente judicial sentado de forma uniforme por el H. Consejo de Estado y que fue detallado en líneas previas.

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, 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:

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE – SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: **CONFÍRMESE** la sentencia apelada, esto es la proferida el 18 de noviembre de 2016 por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, acorde con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

[26] Ver CD ROM contentivo de antecedentes administrativos a folio 208 del cuaderno de primera instancia.

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 109

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA