



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

Sincelejo, veintisiete (27) de julio de dos mil diecisiete (2017)

REFERENCIA:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
ACCIÓN:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
PROCESO:	70-001-33-33-009-2014-000215-01
DEMANDANTE:	FRANKLIN ANTONIO MERCADO PEREZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES -

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el día 14 marzo de 2016 por el Juzgado Noveno 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 el señor **FRANKLIN ANTONIO MERCADO PEREZ** contra **COLPENSIONES**.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA¹

El señor **FRANKLIN ANTONIO MERCADO PEREZ** interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de que se declare la nulidad del acto ficto producto del silencio administrativo frente a la petición presentada el 17 de junio de 2013 ante la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a través de la cual se pretendía la reliquidación de la pensión de sobreviviente reconocida al demandante en calidad de cónyuge supérstite de la señora MINERVA BEATRIZ DIAZ DE MERCADO.

¹ (Folio 1-30).

En consecuencia, solicitó que se ordene a la entidad accionada reliquidar dicha pensión atendido las previsiones de la Ley 33 de 1985, esto es, que se liquide conforme el 75% del promedio de lo devengado por la señora MINERVA BEATRIZ DIAZ DE MERCADO en el último año de servicio, con la inclusión de todos los factores percibidos en el mismo.

Como **FUNDAMENTOS FÁCTICOS** expuso que:

El señor **FRANKLIN ANTONIO MERCADO PEREZ**, contrajo matrimonio con la señora Minerva Beatriz Díaz de Mercado, quien falleció el 22 de julio de 2011.

La señora Minerva Beatriz Díaz de Mercado prestó sus servicios como auxiliar de enfermería en el Hospital Regional de Sincelejo II Nivel, durante el periodo comprendido entre el 7 de julio de 1981 y el 1 de octubre de 2002.

Afirmó que la causante, se le reconoció la pensión de vejez a través de la Resolución No. 001299 del 26 de junio de 2002, conforme las previsiones señaladas en el Acuerdo 049 de 1990.

Con ocasión del fallecimiento de su conyugue MINERVA BEATRIZ DIAZ DE MERCADO, al accionante le fue reconocida la pensión de sobreviviente mediante Resolución No. 015439 de fecha 28 de noviembre 2011.

Manifestó que presentó derecho de petición el día 10 de junio de 2013 ante Colpensiones, a fin de que se liquidara su pensión de sobreviviente, tomando como ingreso base de liquidación el 75% de todo lo devengado en el último año de servicio y con la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el mismo, tal como lo dispone la ley 33 de 1985, por haber sido su cónyuge beneficiaria del régimen de transición.

En consecuencia de lo anterior la petición interpuesta por el accionante, no había sido resuelta hasta la fecha de la presentación de la demanda, configurándose así el silencio administrativo negativo.

Como **NORMAS VIOLADAS** señaló los siguientes: artículos 1, 2, 6, 13, 22, 25, 29, 48, 53, 209, 228 y 229 de la Constitución Política. Leyes 33 y 62 de 1985 y los Decretos 717 y 1045 de 1978, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969, Ley 712 de 2001, Decreto –Ley 1299 de 199.

Dentro del **CONCEPTO DE VIOLACIÓN** se señaló la señora MINERVA BEATRIZ DIAZ DE MERCADO al haber prestado 21 años, 2 meses y 23 días de servicios continuos como Auxiliar de Enfermería en el Hospital Regional hoy Universitario de Sincelejo, y al estar inmiscuida en los beneficios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el sistema pensional aplicable en su caso por desempeñar funciones de servidora pública en el sector salud, es el previsto en la Ley 33 de 1985, luego entonces, carece de asidero fáctico y jurídico de la apreciación de la demandada en disponer que el régimen anterior a la Ley 100 de 1993 aplicable a la causante es el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año. Por tal motivo, es procedente que COLPENSIONES reliquide el derecho pensional bajo la preceptiva que le aplica y les más favorable, que en este caso, es la Ley 33 de 1985.

1.2 ACTUACIÓN PROCESAL

- Presentación de la demanda: 28 de agosto de 2014 (Folio 1-30).
- Admisión de la demanda: 5 de diciembre de 2014 (Folio 118 a 120).
- Notificación a las partes: 9 de diciembre de 2014 (Folio 121 y 122)
- Contestación de la demanda: 28 de mayo de 2015 (Folio 134 a 142).
- Audiencia inicial: 28 enero 2016 (Folio 231 a 233).
- Recurso de apelación: parte demandante 31 de mayo de 2016 (Folio 266 a 267). Parte demandada: 7 de junio de 2016.
- Audiencia de conciliación: 8 de septiembre de 2016 (Folio 275).
- Auto que admite el recurso de apelación: 2 de febrero de 2017 (Folio 16 C. de Apelación).
- Auto que corre traslado para alegar en segunda instancia: 25 de abril de 2017 (Folio 25 C. de Apelación).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA².

COLPENSIONES contestó la demanda manifestando que no era procedente la reliquidación de la pensión del actor con base en el 75% de lo devengado en el último año de servicio, pues se realizaría con base en salarios no devengados realmente por el actor y sobre los cuales no se realizaron aportes al sistema general de pensiones.

²Folio 134 a 142.

Igualmente insistió que no se debe contabilizar de manera superficial el salario devengado por el trabajador, sino que ha de observarse cuál ha sido el ingreso base de cotización con el que se ha pagado los aportes al instituto, tal como lo señala el artículo 21 de la ley 100 de 1993. Finalmente, propuso como excepciones la falta de causa para demandar; cobro de lo no debido; buena fe; prescripción; inepta demanda; falta de competencia por la cuantía.

1.4. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³.

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo mediante sentencia del 14 de marzo de 2016 declaró la nulidad del acto administrativo ficto derivado del silencio administrativo de la petición de fecha 10 de junio de 2013; dispuso asimismo, el pago de las diferencias surgidas con la reliquidación en las mesadas pensionales causadas desde la fecha en que se concedió la pensión por sustitución, previo descuento de los valores que por concepto de factores salariales se dejaron de descontar.

Para el efecto, consideró que la señora MINERVA DIAZ, para la fecha en que le fue reconocida la pensión de vejez, era beneficiaria del régimen de transición pensional y que por haber laborado durante más de 20 años en el sector público como empleada del sector salud, la norma pensional aplicable para la pensión de jubilación era la Ley 33 de 1985 y por tanto, le asistía derecho conforme el precedente del Consejo de Estado a obtener un monto pensional que incluyera todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, esto es, desde 2001 a 2002 y no con la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 como lo tomó la entidad demandada. Como quiera que la pensión fue sustituida a su cónyuge por fallecimiento, este último le asistía derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que recibía por sustitución pensional.

1.4. EL RECURSO DE APELACIÓN⁴.

Ambas partes apelaron la sentencia en los siguientes términos y puntos:

Parte demandante. Muestra su desacuerdo con la sentencia, argumentando que el juez de primera instancia no adelantó un análisis ponderado y responsable al

³ Folio 239 -247

⁴ FOLIO. Folio 266 a 267

considerar como fecha de origen del derecho pensional reclamado por el demandante el 22 de junio de 2011, fecha en la cual falleció su cónyuge, y no a partir de la cual el entonces ISS, hoy COLPENSIONES, le reconoció erradamente la pensión de vejez a la hoy fallecida, es decir, desde el año 2002.

En tal sentido solicita que se modifique la sentencia apelada en los siguientes términos: primero ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – al reconocimiento y pago de la reliquidación pensional, efectiva a partir del 10 de julio de 2002, debidamente indexada, los ajustes anuales que haya lugar, los intereses moratorios correspondientes y demás emolumentos que le corresponda al actor.

Parte demandada. Presentó el recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia y se nieguen las pretensiones de la demanda, señalando que no se puede considerar para determinar el tiempo de servicios las certificaciones aportadas en la demanda, porque sobre ellos no hay cotización al ISS, y en tal sentido para determinar los requisitos de la pensión solo se puede tomar las semanas efectivamente cotizadas al sistema y las que eventualmente reposen en bonos pensionales.

De la misma forma, afirmó que no está de acuerdo en la determinación del ingreso base de liquidación pues el causante no era beneficiaria de transición pensional y porque el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 solo contempla como factores simplemente los efectuados efectivamente al régimen de prima media con prestación definida, razón por la cual no se pueden tener en cuenta la prima especial, la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios, máxime cuando el IBL, dice la parte recurrente, se determina bajo las reglas de la Ley 100 de 1993.

Por último, considero que el asunto debió ser estudiado por la jurisdicción ordinaria laboral en virtud del artículo 2 numeral 4 del C. P del T y de la SS., careciendo la jurisdicción contenciosa de “competencia” (sic) porque se trata de una pensión de sobrevivientes concebida bajo los artículos 46, 47 y 48 de la Ley 100 de 1993.

1.4 TRAMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Por auto del 28 de octubre de 2016 se acepta el impedimento de la Magistrada Silvia R. Escudero B. En auto del 2 de febrero de 2017 se admite el recurso de apelación y se dispuso posteriormente en decisión del 3 de abril de 2017 correr traslado para

alegatos de las partes y concepto del Ministerio Público por escrito de conformidad con el numeral 4 del artículo 247 de la Ley 1437 de 2011.

En la etapa procesal de alegatos, se pronuncia solo la **parte demandante** quien reitera los argumentos de su recurso de apelación relacionados con la fecha de partir de la cual se ordena el pago de las diferencias pensionales y pide adicionalmente en este momento la inclusión como factor salarial de la bonificación por recreación, que fue excluido por el Juzgado de Primera Instancia.

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto en esta oportunidad.

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 del Derecho, según lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011. 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 PROBLEMA JURÍDICO.

Con fundamento en los anteriores planteamientos de las partes, entra el Tribunal a dilucidar el siguiente problema jurídico: *¿el señor FLANKLIN ANTONIO MERCADO PÉREZ tiene derecho a que se reliquide y pague la pensión de sobreviviente adquirida en virtud del deceso de su conyugue MINERVA BEATRIZ DÍAZ DE MERCADO, conforme el régimen pensional del servidor público previsto en la Ley 33 de 1985?*

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 público⁵, 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.

De igual manera, para el caso de los empleados que hayan prestado sus servicios al Estado y también estuvieron vinculados al sector privado realizando los respectivos aportes a pensión al extinto Instituto de Seguros Sociales, existiendo de esta manera mixtura en las formas de cotizaciones, completando entre los dos los requisitos exigidos para obtener del derecho pensional, existe un régimen especial para estos casos que estuvo vigente antes de la Ley 100 de 1993, consignado en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 y el Decreto Reglamentario 2709 de 1994, que se denomina "*pensión de jubilación por aportes*" el cual es factible a aquellas personas siempre y cuando se beneficien del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

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.

Siendo así, ambos escenarios pensionales aplicados en virtud de la transición serán objeto de estudios a continuación.

2.2.2. RÉGIMEN PENSIONAL APLICABLE A LOS SERVIDORES PÚBLICOS⁶ BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.

La Ley 6ª de 1945, se concibe como la norma primigenia que estipula el beneficio de gozar una pensión vitalicia de jubilación, para los empleados y obreros del nivel nacional, prestación que de conformidad con el Decreto 2767 de 1945, fue extendida a los empleados departamentales y municipales⁷. Para acceder a este derecho prestacional, se requería dos requisitos, el primero, tener cincuenta (50) años de edad y el segundo, veinte (20) años de servicio continuos o discontinuos.

Consecutivamente se expidieron una serie de normas que regulaban la pensión de jubilación para los servidores del sector ejecutivo del orden nacional, como también del sector justicia, contraloría, procuraduría, entre otros.

Sin embargo, con la expedición de la Ley 33 de 1985 se estipuló un régimen pensional unificado, para todos los empleados públicos de todos los órdenes (nacionales y territoriales), salvo los expresamente señalados por dicha normativa, estipulando como requisitos para acceder a ella, tener la edad a cincuenta y cinco (55) años, indistintamente del sexo, y haber prestado veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, y contempla una tasa de remplazo de la mesada equivalente al 75% del ingreso base de liquidación.

Ahora bien, el párrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, preceptuó un régimen de transición, para que aquellos empleados del orden nacional y territorial, que a la entrada en vigencia de la ley en comento, tuviesen 15 años continuos o discontinuos de servicio, quienes continuarían cobijados con la edad de jubilación que regía hasta ese momento.

El legislador colombiano, bajo el apremio de la regulación del régimen pensional,

⁶ Exceptos de aquellos que tienen régimen especial como los servidores de la Rama Judicial, Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la República, entre otros.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de 27 de noviembre de 1997, radicación 15387. C. P. Dr. CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA. "El artículo 1º del decreto 2767 de 1945 hizo extensiva a los servidores públicos de las entidades territoriales, la totalidad de las prestaciones sociales establecidas en el artículo 17 de la ley 6ª de 1945 en favor de los empleados y obreros de la Nación, en los siguientes términos (...)"

expidió la Ley 100 de 1993, *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dicta otras disposiciones"*, previendo, que debido a las problemáticas temporales, que se suscitarían con la vigencia normativa, era menester consagrar un régimen de transición, consecuente con las garantías y derechos, de aquellas personas próximas a adquirir la prestación social, en comento.

Ahora bien, en lo que respecta a la norma de transición, para el caso de empleados públicos -con la advertencia de ciertas excepciones-, la disposición aplicable es la Ley 33 de 1985, que exige, para acceder la pensión de vejez, 55 años de edad y 20 años de servicios, estableciendo un monto pensional equivalente al 75%, del ingreso base de liquidación.

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

"Así pues, es inocultable que el Legislador encuentra un contexto objetivo en el instante de configurar el régimen de seguridad social, que determina la imposibilidad material para introducir cambios que no sean racionales y proporcionados; en esa dimensión, las Leyes que se ocupan de las pensiones y de la seguridad social, pierden capacidad reguladora si desconocen la protección que el mismo ordenamiento ha otorgado a quienes al momento de entrar en vigencia la nueva norma cumplían los requisitos para acceder a dicho régimen, pues sin duda, la transición es fruto del derecho de quienes estatuyeron una situación jurídica de acuerdo a los parámetros de la Ley vigente pero que no obstante por diversas razones (consolidación parcial del estatus, derecho a permanencia en el empleo, pensión de invalidez transitoria, entre otros), no alcanzan al disfrute efectivo del derecho pensional que imponga el retiro de la actividad laboral dentro del marco jurídico estipulado para la jubilación.

Es claro que en esta hipótesis resulta impropio hablar de expectativas, pues la transición es el efecto de la existencia de un derecho cuya oponibilidad encuentra su origen en supuestos de orden normativo y material, y desde luego en la previsión jurídica estipulada por el propio ordenamiento, tanto así que el Acto Legislativo 01 de 2005 estableció que el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993 y demás normas que lo desarrollan, no podría extenderse más allá del 31 de diciembre de 2010, para mostrar con claridad que incluyendo a las propias reformas constitucionales, el constituyente en su capacidad de reforma ha de preservar situaciones consolidadas.

No cabe ninguna duda para sostener entonces, que todas aquellas personas con vocación de ser cobijadas por los sistemas de transición en seguridad social por encontrarse dentro de los supuestos establecidos para tal efecto, pese a no disfrutar del derecho pleno de pensión, poseen derechos ciertos a que el decreto de su derecho pensional y el tratamiento de los demás elementos que se desligan de éste, respeten la oponibilidad de una situación jurídica consolidada.

Ahora, el principio de conservación de la norma más favorable y la condición más beneficiosa en el ámbito laboral, que hace parte de los principios fundamentales del derecho del trabajo (art. 53 C.P.), establece que una nueva norma de carácter laboral o pensional no puede disminuir las condiciones favorables existentes y concretadas al abrigo de un ordenamiento anterior, las que, en la medida en que benefician al trabajador, deben ser reconocidas y respetadas por las Leyes posteriores. Así, aquellas personas que cumplen las condiciones para eventualmente beneficiarse de un régimen de transición pueden confiar legítimamente en que dicho régimen sea conservado para regular los diversos aspectos de su situación particular, incluso si todavía no han cumplido las condiciones para acceder a la pensión misma, pues si en general es problemática constitucionalmente cualquier modificación regresiva de las regulaciones

pensionales por virtud del principio de progresividad, con mayor razón son cuestionables constitucionalmente las modificaciones abruptas a un status legalmente reconocido, en desmedro de las razones sustanciales que justifican la configuración de un régimen de transición.”⁸

De lo anotado, es factible señalar, que los elementos pensionales, aplicables por vía transicional, son el tiempo de servicio, la edad y el monto de la pensión, frente a este último, también se incluye la forma de liquidación atendiendo los factores devengados, postura que es ratificada en sentencia de unificación de 25 de febrero de 2016⁹ proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, temática que ostenta diferentes razonamientos que se detallan a continuación.

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

El H. Consejo de Estado¹⁰, 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 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 servicios¹¹.

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

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda. Sentencia del 4 de Agosto de 2010. Expediente 2533-07. C.P Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁹ Radicado 25000234200020130154101 (46832013), C. P. Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE.

¹⁰ 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)

¹¹ 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.

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 remunerativos 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 reliva 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^{12, 13}

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 recientes¹⁴.

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 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

¹² 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.

¹³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: VÍCTOR 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

¹⁴ 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.

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 acudir 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 fallos¹⁵, dicha interpretación ¹⁶.

¹⁵ 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 resolutive. 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.

...
¹⁶ "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

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 2005¹⁷.
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 H. Corte Constitucional¹⁸, 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.

administración de justicia, señala que la parte resolutive de las sentencias tiene carácter obligatorio y de efecto "erga omnes". CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1299 de 2005.

¹⁷ 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 -.

¹⁸ 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.

8. Suma a favor de la interpretación acá planteada, principio de la inescindibilidad del régimen o la normativa aplicable¹⁹, 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 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.

¹⁹ 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.

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 predicán 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."²⁰

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.

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 aún 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

²⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sala Plena de la Sección Segunda, sentencia del 25 de febrero de 2016, Exp. No. 25000234200020130154101 (4683-2013), M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

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 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 2010²¹ 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 2017²² esta Corporación reiteró la tesis sostenida especialmente en la

²¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 4 de agosto de 2010. Radicado. 2006-07509 (0112-2009), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

²² Radicado: 250002342000201301541 01 C.P. César Palomino Cortés-

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 todas 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 estatales, lo que no es nuevo, sino que remonta a los años ochenta.

Adicionalmente, esta Corporación en sentencia del 26 de noviembre de 2016²³, 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 Cierre²⁴

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.

2.3 CASO CONCRETO.

Inicialmente debe advertirse que como quiera que ambas partes apelaron la sentencia del 14 de marzo de 2016, este Tribunal no tiene limitaciones para resolver la alzada conforme el inciso 2º del artículo 328 del CGP. Siendo así, acatando las reflexiones esbozadas, contrastadas con el acervo que reposa en el expediente, la Sala estima que el fallo impugnado por los extremos procesales, debe ser confirmado con fundamento en lo siguiente:

En el sub examine está probado que el señor FRANKLIN MERCADO PÉREZ goza de una pensión de sobreviviente reconocida por el extinto Instituto de los Seguros

²³ 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.

²⁴ 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

Sociales, mediante Resolución No. 015439 del 28 de noviembre de 2011²⁵, con ocasión a la muerte de su conyugue MINERVA BEATRIZ DÍAZ DE MERCADO, a quien dicha entidad le reconoció pensión de vejez a través de la Resolución No. 001299 26 de junio de 2002, por un valor de \$452.456 efectiva a partir del 1° de agosto de 2002²⁶.

Que el extinto Instituto de los Seguros Sociales mediante Resolución No. 1820 de 11 de julio de 2003, negó la solicitud de reliquidación de pensión de vejez elevada por la causante MINERVA BEATRIZ DÍAZ DE MERCADO, atendiendo que si bien se encuentra amparada por el régimen de transición, la señora en cuestión solo tenía cotizado al ISS 876 semanas, sin que al momento de presentar la petición presentara documentación alguna que acreditara los aportes efectuados a Cajanal entre 1981 y 1983.

De lo argumentado en este acto administrativo, entiende el Tribunal que a la causante se le aplicó en su momento el régimen pensional previsto en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante Decreto 758 del mismo año, quien dispuso la posibilidad de acceder a esta pensión las personas que al cumplir 60 años (hombres) o 55 años (mujeres) tengan 500 semanas cotizadas en los últimos 20 años de servicios o 1000 semanas en cualquier tiempo.

Al efecto, en el acervo reposa certificado expedido por la Líder de Unidad de Talento Humano del Hospital Universitario de Sincelejo fechado el 12 de abril de 2010, según el cual indica que la señora MINERVA BEATRIZ DÍAZ DE MERCADO prestó sus servicios en ese ente hospitalario en el cargo de auxiliar de enfermería, **desde el 07 de julio de 1981 al 01 de octubre de 2002**, cotizando para pensión las siguientes entidades:

- Caja Nacional de Previsión Social de Sucre del 07 de julio de 1981 al 21 de junio de 1983.
- Instituto de Seguros Sociales desde el 22 de junio de 1983 al 01 de octubre de 2002.

Visto lo anterior, se colige sin realizar mayores consideraciones que la señora MINERVA BEATRIZ DÍAZ DE MERCADO, para la fecha de reconocimiento pensional,

²⁵ Folios 79 y 187 C. Ppal.

²⁶ Folio 40 y reverso 167 C. Ppal.

además de tener 55 años de edad tal como lo acredita la Resolución No. 001299 de 26 de junio de 2002, tenía más de 20 años de servicios continuos en el sector público como auxiliar de enfermería, por lo que le cobija en su integridad todas las previsiones de la Ley 33 de 1985, incluso la determinación del Índice Base de Liquidación tal como se dijo en el acápite anterior, esto es, conforme los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Pese a esta diáfana conclusión, la entidad demandada COLPENSIONES insiste que no se le aplica la Ley 33 de 1985 porque no cumple las 1000 semanas cotizadas en razón a que no se aportó documento que acredite los aportes a pensión en el interregno en que estuvo afiliado a la Caja de Previsión Social, postura que se derrumba en esta ocasión, dado que en términos de la Ley 33 de 1985, no se habla de semanas cotizadas (frase que se emplea con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993), sino de tiempo de servicios, el cual a todas luces se encuentra demostrado en esta oportunidad en virtud de la prestación continua del servicio por 20 años en el Hospital Universitario de Sincelejo.

En ese orden de ideas, a la señora MINERVA BEATRIZ DÍAZ DE MERCADO (q.e.p.d.) se le debió liquidar el derecho pensional conforme el régimen pensional de los servidores públicos vigente antes de la Ley 100 de 1993. Solo a manera de precisión, a la causante no le aplican los lineamientos de la pensión por aportes (ley 71 de 1988) como quiera que la prestación de sus servicios siempre se produjo en el sector público, sin que exista prueba que también haya efectuado aportes en virtud de una relación laboral privada y/o particular, luego entonces, como la totalidad del servicio fue prestado en escenario oficial, debe aplicarse en su totalidad la Ley 33 de 1985.

Ahora bien, el señor FRANKLIN MERCADO PÉREZ percibe a la fecha la pensión de sobreviviente, adquirida por el deceso de su conyugue MINERVA BEATRIZ DÍAZ DE MERCADO (q.e.p.d.), en los mismos términos legales que en su momento se le reconoció a la causante, por ende, se tiene que la sustitución pensional a favor del demandante se produjo bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990.

Así las cosas, el demandante tiene derecho a que su pensión de sobreviviente que recibe por sustitución sea reliquidada conforme los lineamientos de liquidación previstos en la Ley 33 de 1985, esto es, con una tasa de remplazo del 75% atendiendo como IBL todos los factores salariales devengados en vida por su esposa MINERVA BEATRIZ DÍAZ DE MERCADO (q.e.p.d.), en el último año de servicio.

En ese sentido, se advierte que la señora MINERVA BEATRIZ DÍAZ DE MERCADO (q.e.p.d.), devengó en el último año de servicios (2001-2002), además de la asignación básica, los siguientes factores: prima de servicios, prima de navidad, auxilio de alimentación, prima de vacaciones, bonificación de recreación, bonificación por servicios prestados, domingos y festivos²⁷.

En los términos planteados, COLPENSIONES debe reliquidar la pensión con la inclusión de todos los factores enunciados, exceptuando la bonificación especial de recreación al no ser considerada como salario tal como lo ha afirmado el H. Consejo de Estado en los siguientes términos:

"Por su parte, el artículo 15 del Decreto 2710 de 2001, reguló la bonificación por recreación en los siguientes términos:

"BONIFICACIÓN ESPECIAL DE RECREACIÓN. Los empleados públicos a que se refiere el presente decreto tendrán derecho a una bonificación especial de recreación, en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de iniciar el disfrute del respectivo período vacacional. Igualmente, habrá lugar a esta bonificación cuando las vacaciones se compensen en dinero. Esta bonificación no constituirá factor de salario para ningún efecto legal y se pagará por lo menos con cinco (5) días hábiles de antelación a la fecha de inicio en el evento que se disfrute del descanso remunerado."

Entonces, el ordenamiento jurídico prescribe que la bonificación por recreación no constituye factor salarial para efectos prestacionales, por lo cual no puede accederse en este aspecto a la petición del demandante.

Adicionalmente, tampoco puede perderse de vista que el objeto de dicho reconocimiento no es remunerar directamente la prestación del servicio del empleado, sino, por el contrario, contribuir en el adecuado desarrollo de uno de los aspectos de la vida del mismo, como lo es la recreación; **razón por la cual, es válido afirmar que esta es una prestación social y, en consecuencia, no puede ser incluida como factor para la liquidación de la pensión**, máxime si, como se anotó anteriormente, el legislador así lo estableció expresamente."²⁸

Ahora bien, se aclara que el reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de sobreviviente debe efectuarse desde la época aducida por el A quo, esto es, la fecha en que le reconoció tal derecho al demandante – 28 de noviembre de 2011, y no desde el momento en que se reconoció a la causante en el mes de junio de 2002, en la medida que el derecho en discusión nace al demandante a partir de su reconocimiento oficial y formal, y hacía atrás solo le asistía a su difunta esposa y por tanto las mesadas que no recibió hacen parte de la masa herencial y no del retroactivo generado por la sustitución pensional.

²⁷ Folio 33 C. Ppal.

²⁸ Sentencia de Unificación 4 de agosto de 2010, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Sala Plena, Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09, C. P. Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Así entonces, dando respuesta al problema jurídico el señor FLANKLIN ANTONIO MERCADO PÉREZ tiene derecho a que se reliquide y pague la pensión de sobreviviente adquirida en virtud del deceso de su conyugue MINERVA BEATRIZ DÍAZ DE MERCADO, conforme el régimen pensional del servidor público previsto en la Ley 33 de 1985, particularmente, con una tasa de reemplazo del 75% del promedio de todos los factores devengados por la difunta conyugue en el Hospital Universitario de Sincelejo, los cuales son: prima de servicios, prima de navidad, auxilio de alimentación, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, domingos y festivos, exceptuándose la bonificación de recreación por las razones expuestas.

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

2.4 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 de la demandante. En firme la presente providencia, realícese por él *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

3. DECISIÓN

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA 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 en audiencia inicial celebrada el día 14 de marzo de 2016 por el **JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO 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 de la 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 N° 126.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA
(Con Impedimento)