



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE  
SALA TERCERA DE DECISIÓN**

**Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS**

Sincelejo, catorce (14) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

**REFERENCIA: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**  
**ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.**  
**PROCESO: 70-001-23-33—000-2016-00153-00**  
**DEMANDANTE: LUZ STELLA DEL SOCORRO ROCA BETANCUR**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES.**

**ASUNTO A DECIDIR**

Procede el Tribunal a dictar sentencia de primera instancia, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, inició la señora LUZ STELLA DEL SOCORRO ROCA BETANCUR en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES en adelante COLPENSIONES.

**1. ANTECEDENTES**

**1.1. LA DEMANDA<sup>1</sup>**

La señora LUZ STELLA DEL SOCORRO ROCA BETANCUR mediante apoderado judicial, ejerciendo el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, **solicita** que se declare la nulidad parcial de las Resoluciones No. GNR 297559 del 26 de agosto de 2014, No. GNR 64454 del 05 de marzo de 2015 y No. VPB 61220 del 14 de septiembre de 2015, mediante los cuales se concede la pensión de vejez a la demandante y se reliquida la misma, emitidas por COLPENSIONES.

A título de restablecimiento del derecho, pretende la reliquidación de su pensión de vejez, incluyendo en el IBL del último año de servicios, todos los factores salariales devengados por aquella, en cuantía equivalente a \$22.218.955.

---

<sup>1</sup> Fol. 2-13 C. Ppal.

Asimismo, pide se ordene a la entidad demanda a pagar a la señora LUZ STELLA DEL SOCORRO ROCA BETANCUR el reajuste pensional de manera retroactiva a partir del 16 de marzo de 2015 hasta el momento del pago efectivo, debidamente indexado. Asimismo, se ordene a la demandada el cumplimiento de la sentencia en los términos establecidos en los artículos 189 y 192 del CPACA.

En sustento de las pretensiones en la demanda se afirmó que:

La señora LUZ STELLA DEL SOCORRO ROCA BETANCUR nació el 24 de agosto de 1957, teniendo más de 35 años de edad al 01 de abril de 1994. Laboró por más de 20 años al servicio del Estado en diferentes entidades públicas, siendo el último cargo el de Magistrada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, al servicio de la Rama Judicial.

COLPENSIONES mediante Resolución GNR 297559 de agosto 26 de 2014, concede a la demandante pensión de vejez en cuantía mensual de \$7.866.738 para el año 2004, en la medida que para el cálculo tuvo en cuenta el IBL de los últimos diez años, equivalente a \$13.563.341 con una tasa de reemplazo del 58%.

Contra esa decisión se interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, siendo resuelto el primero a través de la Resolución GNR 64454 del 5 de marzo de 2015, según la cual modifica al acto recurrido y en su lugar concede la pensión de vejez dando aplicación a la Ley 33 de 1985 como beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aplicando en la determinación del IBL las cotizaciones realizadas en el último año de servicios, equivalente a la suma de \$15.518.125 y una tasa de reemplazo del 75%, derecho que quedó supeditado hasta que demostrara el retiro definitivo del servicio, hecho que se produjo el 15 de marzo de 2015.

Posteriormente, COLPENSIONES resolvió el recurso de apelación mediante Resolución VPB 61220 del 14 de septiembre de 2015, procediendo a modificar la Resolución GNR 297559 de agosto 26 de 2014 únicamente en el sentido de reconocer la pensión a la señora LUZ STELLA DEL SOCORRO ROCA BETANCUR a partir del 16 de marzo de 2015 en cuantía de \$11.638.594

Se aduce que pese a que la señora LUZ STELLA DEL SOCORRO ROCA BETANCUR se le aplicó la Ley 33 de 1985 en su reconocimiento pensional, no se tuvo en cuenta al momento de liquidarle el IBL todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Como normas violadas, se invocaron en la demanda el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, y los artículos 36 y 288 de la Ley 100 de 1993; y la Ley 33 de 1985 artículo 1º.

En el concepto de violación, se menciona que la entidad demandada aplica parcialmente en el reconocimiento de la pensión de vejez, bajo los parámetros del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, los postulados del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, pues el IBL fue calculado sin tener en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, teniendo únicamente presente las cotizaciones reportadas por el empleador al sistema de pensiones en el último año.

Por tanto, COLPENSIONES reconoce el derecho pensional de la señora LUZ STELLA DEL SOCORRO ROCA BETANCUR de manera errada ya que no dio aplicación integral a norma que régimen de transición le gobierna su prestación, pues solo tuvo en cuenta para efectos de reconocimiento la edad, tiempo de servicio y el monto (tasa de reemplazo) dejando a un lado el cálculo del IBL conforme todos los salarios devengados en el último año de servicio, cuando dicho elemento también hace parte del monto que habla la ley pensional.

Se expresó que, si bien COLPENSIONES al conceder la pensión de vejez a la señora LUZ STELLA DEL SOCORRO ROCA BETANCUR en aplicación de la Ley 33 de 1985, calculó el IBL con las cotizaciones del último año de servicios, la liquidación del mismo no se compadece con todos los factores salariales devengados por la señora LUZ STELLA DEL SOCORRO ROCA BETANCUR en aquel interregno.

## **1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>2</sup>.**

La entidad demandada – COLPENSIONES-, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones. En cuanto a los hechos que sustentan las pretensiones, no les constan los referidos en los numerales 1, 2, 3, 4, niega el numeral 6, y admite los numerales 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13.

En las razones de defensa, sostuvo que la pensión de vejez reconocida a la demandante está amparada bajo las pautas de la Ley 33 de 1985 por ser beneficiaria del régimen de transición, esto es, la edad, tiempo de servicio el monto equivalente al 75% del IBL. No obstante, indicó que atendiendo el precedente constitucional trazado en sentencia C – 258 de 2013, el cálculo del IBL de pensiones amparadas por normas anteriores a la Ley

---

<sup>2</sup> Fols. 70-75.

100 de 1993, no es un aspecto que haga parte de los beneficios del régimen de transición, por lo que determina bajo las reglas del régimen general.

Manifestó que el monto de la pensión de jubilación no debe entenderse como el valor de las mesadas, sino que equivale al porcentaje que se le debe aplicar al IBL (tasa de reemplazo), siendo que el IBL se establece conforme la Ley 100 de 1993, esto es, con base en el promedio de los salarios devengados por el trabajador durante los últimos 10 años o en el tiempo que hacía falta para adquirir el derecho a la pensión si éste fuera menor, y no teniendo en cuenta el promedio de los salarios devengados en el último año.

Propuso las siguientes excepciones:

**.- inexistencia de las obligaciones reclamadas.** Sustentó este medio exceptivo afirmando que los cálculos para determinar la pensión de jubilación de la señora LUZ STELLA DEL SOCORRO ROCA BETANCUR se ajustan a las exigencias de la Ley 33 de 1985, por lo que no se evidencia obligación alguna a cargo de la entidad.

**.- Improcedencia para reliquidar la pensión de jubilación.** Se argumentó que al estar liquidada la pensión bajo todos los parámetros de la Ley 33 de 1985, no hay lugar a reliquidar tal derecho máxime si se tiene en cuenta que la determinación del IBL conforme las reglas de cuantificación tipificadas en las leyes pensionales aplicables por transición, no hace parte del régimen de transición siendo entonces procedente calcular el IBL con base en las reglas generales previstas en la Ley 100 de 1993.

**.- Prescripción.** Esgrimió COLPENSIONES que en el eventual caso de que se accedan a las pretensiones se decrete la prescripción de las mesadas pensionales, incrementos, intereses, etc, que se hubieren causados.

### **1.3 ACTUACIÓN PROCESAL.**

La demanda fue presentada el 26 abril de 2016, cuyo reparto correspondió inicialmente en el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Sincelejo, quien mediante providencia de 12 de mayo ordenó la remisión del expediente a esta Corporación (folios 52-53). En ese orden, correspondió el conocimiento del caso al Magistrado Sustanciador (folio 58), el cual mediante auto de 12 de julio de 2016 se determinó admitir la demanda (folio 60).

La parte demandante certificó el pago de los gastos procesales (folios 63-64), por lo que se procedió a la notificación personal de la admisión de la demanda tanto a la

entidad demandada como los intervinientes Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, el cual se dio el 23 de septiembre de 2016 (folios 65-68).

La entidad demandada COLPENSIONES presentó escrito de contestación de demanda el 17 de noviembre de 2016 (folios 70-75).

Mediante auto de 4 de mayo de 2017 se convocó a las partes para llevar a cabo audiencia inicial, la cual se surtió el 20 de junio de 2017 (folios 89, 99, 108-110). La audiencia de pruebas se efectuó el 11 de julio del año en curso, en la cual se practicaron las pruebas documentales decretadas, se declaró terminada la etapa probatorio y se procedió traslado a las partes para que por escrito presentaran sus alegatos de conclusión, al igual al Ministerio Público para presentar concepto de fondo (folios 125-126). Tanto la parte demandante como demandada radicarón las alegaciones finales, así como también el Ministerio Público conceptuó de fondo.

#### **1.4 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

- **Parte demandante**<sup>3</sup>: En esta etapa procesal la accionante presentó las alegaciones finales insistiendo en los argumentos esbozados en la demanda. A eso suma que en el caso de marras debe aplicarse la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado en torno a la inclusión del IBL en los beneficios del régimen de transición, y descartar a la asumida por el H. Corte Constitucional en la misma temática.

- **Parte Demandada**<sup>4</sup>: La entidad COLPENSIONES también presentó sus alegatos de conclusión reafirmando su postura a que la determinación y cálculo del IBL para obtener el monto pensional, no hace parte del régimen de transición, por lo tanto, se aplica las reglas generales de pensión previstas en la Ley 100 de 1993.

#### **1.5 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**<sup>5</sup>.

El Agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación conceptuó de fondo dentro del proceso de la referencia. Luego de hacer un recuento de los hechos y pretensiones de la demanda, y de las actuaciones procesales surtidas en esta instancia judicial, refirió que la actora tiene derecho a que la pensión que le asiste sea reliquidada en aplicación de la Ley 33 de 1985 y conforme todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, conforme el precedente del H. Consejo de Estado.

---

<sup>3</sup> Folios 129-132

<sup>4</sup> Folios 132-133

<sup>5</sup> Folios 134-137

## 2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

### 2.1 LA COMPETENCIA.

Este Tribunal es competente para decidir de fondo la controversia de la referencia en virtud del artículo 125 y artículo 152 numeral 2º de la Ley 1437 de 2011. De igual manera, se advierte que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto.

### 2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

Se demanda la nulidad parcial de las Resoluciones No. **GNR 297559** del 26 de agosto de 2014, **GNR 644545** del 5 de marzo de 2015 y **VPB 61220** del 14 de septiembre de 2015, mediante las cuales se reconoce una pensión de vejez a la señora LUZ STELLA DEL SOCORRO ROCA BETANCUR y se reliquida la misma, expedida por COLPENSIONES, pero sin incluir todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

### 2.2 PROBLEMA JURÍDICO.

Con fundamento en los planteamientos de las partes, debe entrar el Tribunal a dilucidar, si *¿La señora LUZ STELLA DEL SOCORRO ROCA BETANCUR tiene derecho a que se reliquide la pensión de vejez que le fue reconocida por COLPENSIONES, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios en aplicación de la transición pensional traída por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993?*

Para dar respuesta al interrogante propuesto, la Sala abordará los siguientes ejes temáticos, teniendo en cuenta el planteamiento presentado en el problema jurídico y las particularidades del caso bajo estudio: **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<sup>6</sup>, 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,*

---

<sup>6</sup> 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.

*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”*

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.

La tesis anterior que, se extrae de los pronunciamientos efectuados por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, ha encontrado eco en la jurisprudencia que por vía de tutela ha construido la Corte Constitucional, quien acerca del IBL del régimen de transición en sentencia T- 631 del 8 de agosto de 2002<sup>8</sup>, expuso:

“El monto de la pensión se calcula sobre una base y de allí se saca un porcentaje. No se puede entender el uno sin el otro. Esa base, en la teoría de la seguridad social, se denomina indistintamente como base reguladora, haber regulador, salario jubilatorio o haber jubilatorio. La ley puede fijar el promedio para la base regulatoria de maneras diferentes. Lo fundamental es que cuando el promedio corresponda a un promedio reducido se suele tomar lo ingresado, y, si la base regulatoria es amplia, se actualiza según cómo evolucionen los precios o los salarios.

La ley 100 de 1993 estableció la base regulatoria para el régimen ordinario de las pensiones, bajo la denominación de Ingreso Base de Liquidación. Señaló que se liquidará teniendo en cuenta “el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante diez años anteriores al reconocimiento de la pensión...” (Artículo 21). Pero, tratándose de regímenes especiales, se tendrá en cuenta la base reguladora y el porcentaje que señalen específicamente tales regímenes”.

## **2.2.2. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN Y FACTORES SALARIALES ESTABLECIDOS LEGALMENTE QUE CONFORMAN LA BASE DE LIQUIDACIÓN PENSIONAL Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE MANERA ARMONICA E INTEGRAL.**

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> Criterio que reiteró en la sentencia T-180 de 2008, donde se expone que la fórmula de cálculo del ingreso base de liquidación prevista en el inciso tercero del Art. 36 de la ley 100 de 1993, tiene un carácter supletorio, la cual solo puede ser aplicada cuando el régimen especial no contempla una técnica específica para liquidar la mesada pensional.

El H. Consejo de Estado<sup>9</sup>, 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 de la seguridad social, 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, como se pasara a ver, corresponde a la Ley 33 de 1985 y la cual establece que este equivale al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios<sup>10</sup>.

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

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

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

No obstante lo anterior, se han expuesto varias interpretaciones por la jurisprudencia frente a cómo se debe efectuar la liquidación y los factores a tener en cuenta para ello, en primer lugar se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse

---

<sup>9</sup> 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)

<sup>10</sup> 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.

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 relievaa 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<sup>11,12</sup>.*

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<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> 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

<sup>13</sup> 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.

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 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 fallos<sup>14</sup>, dicha interpretación <sup>15</sup>.
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<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> 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.*

..."

<sup>15</sup> "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 resolutive de las sentencias tiene carácter obligatorio y de efecto "erga omnes". "CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1299 de 2005.

<sup>16</sup> 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 -.

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 Constitucional<sup>17</sup>, 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<sup>18</sup>, 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:*

---

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> 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.

*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 sentencias 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.*

*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.*<sup>19</sup>

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, 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 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*

Tesis esta, que igualmente encuentra sustento en providencia de extensión jurisprudencial del 24 de noviembre de 2016, la Sección Segunda del Consejo de Estado, sobre el mismo tópico consideró que<sup>20</sup>:

*"Las tesis plasmadas en las sentencias de unificación proferidas el 4 de agosto de 2010 y del 25 de febrero de 2016 por la Sección Segunda de esta Corporación, se inscriben dentro del sistema de fuentes del derecho y tienen carácter prevalente y vinculante, a*

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A. Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13) Actor: LUIS EDUARDO DELGADO Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP). Se resuelve solicitud de extensión jurisprudencial.

*la luz de lo dispuesto en los artículo 10, 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011. (...) (vi).- El régimen salarial y prestacional de los servidores públicos no es intangible, se puede modificar; sin embargo, para no vulnerar derechos adquiridos ni expectativas legítimas y ciertas, el ordenamiento jurídico prevé regímenes de transición. El régimen de transición pensional de todos los servidores públicos y privados es inescindible, contempla beneficios que no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad y no se puede aplicar por partes sino en toda su extensión, so pena de crear un régimen híbrido y atípico. De conformidad con las nítidas voces del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el régimen de transición allí contenido comprende edad, tiempo de servicio y monto de la prestación y, en lo que toca con este último punto, ha considerado la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado que abarca factores salariales, porcentaje y tiempo a tomar en cuenta para su liquidación. El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no contempla el concepto de «tasa de reemplazo», contenido en la sentencia SU 427 de 2016, pero si contempla el de «monto» como elemento constitutivo del régimen de transición. (...) (x).- Aplicar el criterio de la Sección Segunda del Consejo de Estado no violenta el principio de la razonabilidad en la prestación, pues, en suma lo que aquel señala es que los derechos salariales y prestacionales conforman una base integral, siendo la pensión de jubilación el reflejo de esa realidad laboral o como lo ha dicho la propia Corte Constitucional el salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo, compuesto por todos los factores que retribuyen sus servicios.*

*EXTENSION DE JURISPRUDENCIA – Reliquidación pensión de jubilación / RELIQUIDACION PENSION DE JUBILACION – Inclusión de todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicio / SENTENCIA DE UNIFICACION JURISPRUDENCIAL – Cambio de postura / REGIMEN DE TRANSICION – Aplicación de la normatividad correspondiente en su integridad / PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD – Aplicación en el régimen de transición*

*Esta Sala de Decisión había adoptado como postura jurisprudencial que « [el] problema jurídico [de la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010] se centró únicamente en determinar los factores [salariales] que debían componer el ingreso base de liquidación, más no el promedio del tiempo para el cálculo del mismo», y que por ende, este último representaba «un nuevo problema jurídico que no [podía] ser resuelto dentro de la solicitud de extensión de jurisprudencia ya que excede su alcance», en esta oportunidad, en aras de dar efectiva aplicación a los principios de igualdad, favorabilidad, progresividad (o no regresividad) en materia laboral, se considera procedente cambiar dicha tesis, y reafirmar 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». Con todo, conviene precisar que el establecimiento de los regímenes de transición obedece al propósito de garantizar la intangibilidad de las expectativas legítimas de quienes se encuentran emplazados en una situación jurídica determinada, con lo cual se quiere evitar que el cambio abrupto del régimen que les era aplicable, acabe defraudando tales expectativas. En ese orden de ideas, quienes se encontraban cobijados por las normas de la Ley 33 de 1985 tenían la expectativa de pensionarse con arreglo a las mismas, en tanto y en cuanto, cumplieran a cabalidad los requisitos en ella previstos, dentro de los cuales no estaba propiamente el de que su prestación (pensión) fuese liquidada tomando en cuenta el promedio de ingresos percibidos en los diez últimos años, sino por el contrario, el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios. Dicho de otra manera, los regímenes de transición exceptúan de la aplicación, en todo o en parte, del nuevo régimen consagrado en la ley 100 de 1993, más aún, cuando la norma que establece el índice base de liquidación, es una norma a todas*

*luces desfavorable cuya aplicación retroactiva desconocería principios fundantes del derecho laboral"*

La aplicación de la tesis expuesta por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, se reitera en sentencia del 17 de marzo de 2017, cuando sobre el tema de factores salariales de pensiones que se reconocen con fundamento en la Ley 33 de 1985, se expresa:

*"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<sup>21</sup> 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<sup>22</sup> esta Corporación reiteró la tesis sostenida especialmente en*

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

<sup>22</sup> Radicado: 250002342000201301541 01 C.P. César Palomino Cortés-.

En esta esta providencia, que es nota de cita, a Sección Segunda del H. Consejo de Estado, arribó a las siguientes conclusiones: "**5. Conclusiones:**

*5.1. El Consejo de Estado, reitera la tesis que el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993, debe interpretarse de manera armónica, integral y en aplicación del principio de inescindibilidad normativa, ateniendo su finalidad; pues la interpretación que ha venido aplicando esta Corporación resulta razonable y favorable tanto de los derechos laborales como de las finanzas pública y en materia pensional se encuentran de por medio derechos constitucionales fundamentales que no pueden desconocerse. Igualmente, debe interpretarse la noción de salario en sentido amplio y no restrictivo.*

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 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 2016<sup>23</sup>, 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<sup>24</sup>

---

5.2. No se hace evidente que el reconocimiento pensional, bajo el criterio del Consejo de Estado afecte las finanzas públicas, menos cuando el impacto fiscal no pueden limitar el acceso a las prestaciones sociales y pensionales. Además, ha sido línea jurisprudencial de esta Corporación ordenar los descuentos para efectos de cotización, sobre los factores salariales que no se hubieren hecho, pues se repite, en Colombia, no hay pensiones gratuitas, salvo, la especialísima del personal docente.

5.3. La mayoría de las normas pensionales anteriores a la ley 100 de 1993, contienen todos los componente de la pensión como derecho, entre estos, los lineamientos para establecer el ingreso base de liquidación y el monto de la pensión, pues son de la esencia del régimen de transición: la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, este último comprende tanto el porcentaje de la misma, como la base reguladora e integran una unidad inescindible. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconocen dichos beneficios, en la medida que se distorsiona el sistema.

5.4. En el ordenamiento jurídico colombiano, se encuentra consagrado el principio de favorabilidad y conexo a éste, el principio de inescindibilidad, en la medida que la norma que se adopte debe aplicarse en integridad y se prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales. Al escindir la norma se compromete el derecho a la igualdad en materia laboral, el principio de favorabilidad de raigambre constitucional, los derechos prestacionales ciertos e indiscutibles que contiene el mínimo de beneficios en favor de la parte más débil de la relación laboral y su efectividad.

5.5. La regla de interpretación ínsita en 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, y cobijadas tanto leyes generales como especiales anteriores a la ley 100 de 1993, no contiene todos los elementos necesarios para resolver cada uno de los casos particulares del régimen de transición que ocupan la atención de esta Corporación como órgano de cierre y que constituyen el precedente en la jurisdicción Contenciosa Administrativo.

5.6 Aplicarse de tajo la línea jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente en las pensiones amparadas por regímenes generales, es desfavorable, atentatorio del concepto de salario, de los principios de progresividad, y favorabilidad, compromete los derechos fundamentales del pensionado. También compromete la autonomía del juez contencioso administrativo, que es el único competente constitucionalmente, para el control de legalidad de los actos administrativos particulares y concretos a la luz de los principios constitucionales y legales.

<sup>23</sup>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.

<sup>24</sup> 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

La Sala considera que 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.

### **2.2.3. ANALISIS DEL CASO CONCRETO.**

Recapitulando, la parte actora pretende la reliquidación de su pensión de jubilación con 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.

Por su parte la entidad demandada sostiene que no tiene derecho a la reliquidación por dos razones principales: (i) el Ingreso Base de Liquidación no se encuentra cobijado por el régimen de transición, por lo que su determinación se ciñe a las reglas de la Ley 100 de 1993, artículo 36 inciso 3º; (ii) La liquidación de la pensión de la actora se efectuó conforme en lo cotizado al sistema de seguridad social en pensión en el último de servicio, aplicándosele a la misma la tasa de reemplazo del 75% tal como lo prevé la Ley 33 de 1985.

Siendo así, la discusión del asunto se centra exclusivamente en si la demandante tiene derecho o no a la reliquidación de la pensión conforme lo devengado en el último de servicio, es decir se acepta los beneficios de la transición a favor de la accionante pero de forma parcial en la medida que queda excluido de ella el cálculo del IBL. Por ello el debate a dilucidar en este acápite gravita en si el IBL a liquidar debe hacerse o no bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985, ante la cual la respuesta desde este instante, es en sentido afirmativo por las razones jurídicas anotadas en el acápite anterior, y que se sustenta a continuación:

Se encuentran probados los siguientes hechos, los cuales fueron aceptados por las partes en la respectiva audiencia inicial, a saber:

Que la señora LUZ STELLA DEL SOCORRO ROCA BETANCUR, identificada con cédula de ciudadanía No. 48.896.840, es beneficiaria de una pensión mensual de vejez reconocida por la ADMINISTRACIÓN COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante las siguientes resoluciones:

- GNR 297559 de 28 de agosto de 2014 (fls. 19-23).
- GNR 64454 de 5 de marzo de 2015 (fls. 28-39).

- VPB 61220 de 14 de septiembre de 2015 (fls. 40-48).

Que conforme las anteriores resoluciones, la demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que el derecho pensional que le asiste y cobija es el consagrado en la Ley 33 de 1985. (fl. 31)

Que según la resolución GNR 64454 de 5 de marzo de 2015, la reliquidación pensional se llevó a cabo tomando el IBC reportando por el empleador en el último año de servicio. (fl. 34).

Que la última entidad donde la accionante prestó sus servicios fue la Rama Judicial en el cargo de MAGISTRADA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SINCELEJO (SUCRE) del 30 de agosto de 2013 al 15 de marzo de 2015. (fls. 15-18).

Conforme las premisas sentadas en acápite anterior, la actora por haber prestado sus servicios al sector público y ser beneficiaria de la transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tiene derecho a que le apliquen las reglas contenidas en las Leyes 33 de 1985 y 62 de 1985 en su integridad, pues, en consonancia a las sub reglas jurídicas creadas por el precedente judicial del órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa, **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, entendiéndose por monto no solo el porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje, aplicando e interpretando de forma armónica e integral los verdaderos beneficios de la transición pensional.

Así las cosas, se avista que la señora LUZ STELLA DEL SOCORRO ROCA BETANCUR durante el último año de los servicios prestados en la RAMA JUDICIAL en calidad de Magistrada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo (marzo de 2014 a marzo de 2015), devengó los siguientes factores salariales<sup>25</sup>:

- Sueldo Básico Mensual.
- Prima Especial de Servicios.
- Bonificación por Compensación.
- Bonificación por Servicios Prestados.
- Prima de Servicios.
- Prima de Vacaciones.

---

<sup>25</sup> Folios 15-17 y 119-121.

- Prima de Navidad.

Ahora bien, observa la Sala que el jefe de asuntos laborales de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial Sincelejo - Sucre, en Oficio DESAJCIO17-1211 de julio 11 de 2017, manifiesta<sup>26</sup>:

*"(...) esta Dirección Seccional realizó descuento del 4% por concepto de salud y pensión a la Doctora LUZ STELLA DEL SOCORRO ROCA BETANCUR, de conformidad con lo establecido en el artículo 5º de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Decreto 510 de 2003 en su artículo 3, (...).*

*(...)*

*Como quiera que la Doctora devengaba más de 25 SMLMV, esta Dirección Seccional, realizaba aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión, sobre la base establecida en la norma anteriormente descrita, del total devengado."*

Así pues, como quiera que la señora LUZ STELLA DEL SOCORRO ROCA BETANCUR como magistrada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, durante el período del mes de marzo de 2014 al mes de marzo de 2015 (último año de servicio previo al retiro del mismo), devengaba por concepto de salarios más de 25 SMLMV, la empleadora Rama Judicial efectuaba los aportes del 4% para salud y pensión, conforme a ese valor, que para el año 2004<sup>27</sup> correspondía a la suma de \$15.400.000, y el 2015<sup>28</sup> \$16.108.750.

Lo anterior - para efectos de pensión - se denota en el reporte de semanas cotizadas en pensiones, allegado por COLPENSIONES mediante Oficio BZ: 2017\_6615553 de 31 de julio de 2017, el cual se observa para el año 2014 el Ingreso Base de Cotización reportado es de \$15.400.000, y para el año 2015 el mismo Ingreso Reportado fue de \$16.108.750<sup>29</sup>.

En ese orden, se observa que la Resolución GNR 64454 de marzo 5 de 2015 expedida por COLPENSIONES, determina como Ingreso Base de Liquidación – IBL para el monto pensional, la suma de \$15.518.125 que corresponde al promedio de los aportes efectuados en el último año de servicio (2014-2015), tal como se desprende del reporte de semanas cotizadas, aplicándole una tasa de reemplazo el 75%, arrojando la suma de \$11.638.594.

---

<sup>26</sup> Folio 122.

<sup>27</sup> SMLMV \$616.000

<sup>28</sup> SMLMV \$644.350

<sup>29</sup> Ver folio 146.

Se infiere así que COLPENSIONES tomó para el cálculo del IBL de la pensión de la señora LUZ STELLA DEL SOCORRO ROCA BETANCUR, el promedio del Ingreso Base de Cotización reportado por la Rama Judicial, en el período comprendido desde el mes de marzo de 2014 al mes de marzo de 2015.

Sin embargo, tal como se advirtió en antecedencia, la señora LUZ STELLA DEL SOCORRO ROCA BETANCUR tiene derecho a que su pensión sea reliquidada conforme un IBL compuesto por todos los factores salariales devengados en el último año de servicio y al cual se le aplica una tasa de reemplazo del 75%, y no con base en el Ingreso Base de Cotización – IBC, reportado por la Rama Judicial en el mismo interregno.

Por tanto, COLPENSIONES debe tomar para efectos del cálculo del IBL, el promedio de la asignación básica (100%), la prima especial de servicios (100%)<sup>30</sup>, bonificación por compensación (100%)<sup>31</sup>, Bonificación por Servicios Prestados (1/12 parte), Prima de Servicios (1/12 parte), Prima de Vacaciones (1/12 parte), y Prima de Navidad (1/12 parte) cuyo resultado debe aplicarse la tasa de reemplazo del 75%.

Se advierte que aquellos emolumentos devengados por la demandante que no fueron objeto de aportes, COLPENSIONES deberá realizar los respectivos descuentos conforme los lineamientos del precedente atrás descrito.

Es necesario precisar que en todo caso, si la nueva liquidación de pensión de jubilación de la señora LUZ STELLA DEL SOCORRO ROCA BETANCUR, con base en los parámetros atrás descritos, excede lo equivale a 25 SMLMV, deberá COLPENSIONES ajustar la pensión a esa suma, en virtud de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en sentencias C – 258 de 2013 y SU – 230 de 2015, donde ratifica que ningún pensionado en Colombia, pese a gozar de los beneficios propios de normas pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993 y aplicables en virtud del régimen de transición, puede devengar por concepto de pensión de vejez un valor superior al equivalente a 25 SMLMV.

---

<sup>30</sup> La prima especial de servicios, en virtud de sendos fallos del Consejo de Estado, se erige como factor para liquidar las prestaciones de los Magistrados de Tribunales y Altas Cortes. Ver Sentencia 2010-00055/2365-2012 de agosto 5 de 2015, Sala de Conjueces.

De esta manera, cuanto más que esta prima también sirva de factor para liquidar la pensión de personas que ocupaban tal dignidad y sean beneficiarios de la transición.

<sup>31</sup> Se advierte que se toma la prima especial de servicio y la bonificación por compensación, en la medida que son emolumentos que habitual y periódicamente percibía la demandante en calidad de Magistrada, encajando los mismos en el concepto de salario: 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.

En resumen, dando respuesta al problema jurídico, se tiene que la señora LUZ STELLA DEL SOCORRO ROCA BETANCUR tiene derecho a que su pensión de jubilación sea reliquidada con base en todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, haciendo la salvedad que sí la nueva liquidación excede el equivalente a 25 SMLMV, COLPENSIONES debe ajustar el valor de la nueva liquidación a esa suma de dinero. En consecuencia, debe declararse la nulidad parcial de los actos acusados.

Por consiguiente, atendiendo las razones fácticas y jurídicas descritas por esta Colegiatura, se tiene que no están llamadas a prosperar las excepciones de INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS e IMPROCEDENCIA PARA RELIQUIDAR LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN, propuestas por COLPENSIONES en el escrito demandatorio.

En cuanto a la PRESCRIPCIÓN DE LAS MESADAS PENSIONALES el Tribunal entiende que no se encuentra configurada esa excepción, por cuanto la reclamación administrativa fue elevada el 7 de abril de 2014, y desde esa época hasta la presentación de la demanda – 26 de abril de 2016, no han superado los tres años que se requiere para su causación, como lo exige el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

Por último, se advierte y aclara que el régimen pensional aplicable a la actora es la Ley 33 de 1985, el cual no cobija a los Magistrados que componen esta Sala de Decisión y que suscriben la presente providencia, siendo aplicables a los miembros de la Sala las normas generales de pensión establecida en la Ley 100 de 1993.

### **2.3. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA:**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P., se condenará en costas de primera instancia a la parte demandada, a favor de la parte accionante, en un porcentaje equivalente al uno (1%) de las pretensiones. En firme la presente providencia, realícese por la Secretaría de este Tribunal, 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: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS e IMPROCEDENCIA PARA RELIQUIDAR LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN, propuestas por COLPENSIONES, por las razones expuestas.

**SEGUNDO: DECLARSE LA NULIDAD PARCIAL** la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos, en razón a lo expuesto en la parte motiva: (I) Resolución No. GNR 297559 de agosto 26 de 2014; (II) Resolución No. GNR 64454 de marzo 5 de 2015; y (III) Resolución VPB 61220 de septiembre 14 de 2015, todas proferidas por COLPENSIONES.

**TERCERO:** Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento, **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reliquidar la pensión de Vejez de la señora LUZ STELLA DEL SOCORRO ROCA BETANCUR, de conformidad con la Ley 33 de 1985, esto es, en cuantía del 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

En la reliquidación pensional, como factor pensional, se incluirá, la bonificación por compensación establecida en el Decreto 610 de 1998, bonificación que para su liquidación, tendrá en cuenta, que sumada a la prima especial de servicios y a los demás ingresos laborales de la actora, igualará para el año 2015, el ochenta por ciento (80%), de los ingresos laborales que por todo concepto perciben los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura, en los términos del decreto mencionado.

En caso que el monto pensional, producto de la reliquidación, excede el equivalente a 25 SMLMV, COLPENSIONES debe ajustar el valor de la nueva liquidación a esa suma de dinero.

La diferencia porcentual reconocida, será indexada tomando como base la variación porcentual de los índices de precios al consumidor, certificada por el DANE, en los términos del artículo 187 del CPACA, y la siguiente fórmula, utilizada para estos eventos por el Honorable Consejo de Estado.

$$\text{Fórmula:} \quad R = R.H. \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

**CUARTO: DECLÁRESE NO PROBADA** la excepción de prescripción de las mesadas pensionales, por las razones descritas.

**QUINTO: DÉSE** cumplimiento a esta sentencia, con observancia de lo dispuesto en los artículos 192 a 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Expídanse las copias del caso, para el cumplimiento de la misma.

**SEXTO: CONDENAR** en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del C.G.P.

**SÉPTIMO:** Ejecutoriada la presente providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

**OCTAVO: DEVUÉLVASE** el saldo de los gastos del proceso a la parte demandante, en caso de existir.

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° 130.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS**

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA**