



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE Sala Primera de Decisión Oral

Sincelejo, nueve (9) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-003-2014-00199-01
DEMANDANTE: SABAS IRENE ARRIETA ARRIETA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES - COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia datada 12 de agosto de 2016, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1. Pretensiones¹:

La señora **SABAS IRENE ARRIETA ARRIETA**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el fin que se declare la nulidad del acto ficto o presunto ocasionado por el silencio de la administración, como consecuencia del derecho de petición de fecha 10 de marzo de 2014 y radicado en la entidad bajo el No. 2014-1985297.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene a **COLPENSIONES**, reconocerle y pagarle la

¹ Folios 1 - 2 del cuaderno de primera instancia.

reliquidación de su pensión, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, anterior a la adquisición de su status de pensionada, en la suma de \$902.276.89, efectiva a partir del 1° de diciembre de 2003.

1.2. Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

La señora SABAS IRENE ARRIETA ARRIETA, laboró en el Hospital Regional II Nivel de Sincelejo, hoy Hospital Universitario de Sincelejo, en el período comprendido entre el 1° de octubre de 1970 hasta el 2 de febrero de 2014, en el cargo de auxiliar de enfermería.

Mediante Resolución No. 003586 de diciembre de 2003, COLPENSIONES reconoció a favor de la actora pensión de vejez.

Posteriormente, la demandante mediante petición de fecha 10 de marzo de 2014, radicada ante COLPENSIONES con el No. 2014-1985297, solicitó la reliquidación de su pensión, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, anterior a la adquisición de su status de pensionada.

Manifiesta la accionante, que hasta la fecha de presentación de la demanda, la entidad no había dado respuesta a la petición, configurándose el silencio administrativo negativo.

Señala, que previo a adquirir su status de pensionada, devengó los siguientes factores: *asignación básica, prima de servicio, prima de navidad, auxilio de alimentación, bonificación por recreación, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, dominicales y festivos*; los cuales, de haber sido tenidos en cuenta por la entidad al momento de liquidarle su pensión, su mesada hubiese ascendido al valor de \$902.276.89.

² Folios 2 – 3, cuaderno de primera instancia

1.3. Contestación de la demanda.

Mediante auto del 26 de junio de 2015³, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la **Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES”**.

1.4. Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia datada 12 de agosto de 2016, declaró la nulidad de del acto administrativo ficto o presunto originado con la petición de fecha 10 de marzo de 2014 y a título de restablecimiento del derecho, ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES–, reliquidar la pensión de jubilación de la señora SABAS IRENE ARRIETA ARRIETA, en cuantía del 75% del promedio de las asignaciones percibidas durante el último año de servicios, tales como: asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, domingos y festivos.

Como fundamento de su decisión, el A-quo señaló, que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la demandante contaba con más de 20 años de servicios y más de 35 años de edad, razón por la cual, su pensión se encontraba regulada por las leyes 33 y 62 de 1985, aplicables en virtud del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993.

Indicó, que a la actora le fue reconocida la pensión de vejez a partir de 1º de diciembre de 2003, teniendo en cuenta para su reconocimiento y pago, el contenido del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, liquidándose la misma con un IBL de \$667.209.00, al cual se le aplicó una tasa de reemplazo equivalente al 85%, teniendo como fundamento la asignación básica.

Anotó, que se encontraba demostrado que en el último año de servicios, la demandante devengó además de la asignación básica, una asignación

³ Folio 80, cuaderno de primera instancia.

⁴ Folios 105 - 116, cuaderno de primera instancia.

por prima de servicios, prima de navidad, auxilio de alimentación, bonificación por recreación, prima de vacaciones, bonificación de servicios y domingos y festivos.

De acuerdo con lo anterior, señaló, que la entidad demandada a través de la Resolución No. 003586 de diciembre 16 de 2003, que reconoció la pensión de vejez a la demandante, transgredió las directrices establecidas en la norma, pues, no tuvo en cuenta algunos factores salariales devengados por ella en el último año de servicio.

Concluyó, que la liquidación de la pensión de la señora Sabas Arrieta, debía incluir todos los factores salariales percibidos en su último año de servicio, excluyéndose los siguientes: *i)* la bonificación por servicios prestados, toda vez, que al momento de retirarse del servicio los empleados territoriales no tenían derecho a dicha prestación; *ii)* la prima de servicio, ya que fue creada mediante Ordenanza No. 08 de 1999, la cual fue declarada nula por este Tribunal, mediante sentencia de mayo 22 de 2008; y *iii)* la bonificación especial por recreación, por cuanto no tiene la condición de factor salarial.

1.5. El recurso⁵.

Inconforme con la decisión de primer grado, la entidad demandada la apeló, a fin de que sea revocada en esta instancia.

Argumentó, que no había lugar a declarar la nulidad del acto acusado, toda vez que a la demandante le fue reconocida la pensión conforme a lo estipulado en la Ley 797 de 2003, en cuantía de \$567.128.00, efectiva a partir del 1º de diciembre de 2003, aplicando una tasa de reemplazo de 85%, con un total de 1454 semanas de cotización.

Así mismo, sostuvo, que no había lugar a la reliquidación de la pensión, reiterando la posición de la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de

⁵ Folios 120 – 121, cuaderno de primera instancia.

2013 y en el Auto A-326 de 2014, frente al cálculo del IBL de conformidad con las reglas del sistema general de pensiones.

1.5.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 24 de noviembre de 2016, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia de 12 de agosto de 2016⁶.

- Mediante auto de 17 de enero de 2017, se ordenó el traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo⁷. Durante dicho término, ni las partes, ni el Ministerio Público hicieron manifestación alguna.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Problema Jurídico.

Vistos los extremos de la litis, para esta Sala, el problema jurídico se centra en determinar: ¿Hay lugar a la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios?

Para soportar la anterior decisión, esta Sala considera prudente abordar el siguiente hilo conductor: i) El régimen de Transición del artículo 36 de la ley

⁶ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folio 12, cuaderno de segunda instancia.

100 de 1993, sus beneficios y su aplicación integral, ii) El Ingreso base de Liquidación de la Pensión de jubilación de los empleados del sector público beneficiarios del Régimen de Transición - factores salariales de liquidación, y iii) Caso en concreto.

2.3. El régimen de Transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, sus beneficios y su aplicación integral.

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

Al efecto, el artículo 36 de la norma referenciada estipuló lo siguiente:

“Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres”.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley...”

Como se observa, dicho artículo, permite el efecto en el tiempo de normas anteriores a la entrada en vigencia de la nueva codificación, en aras de hacer efectivo el respeto a derechos consolidados (Corte Constitucional. Sentencia T-168 de 2009 M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto), con la

aclaración que para el sector público territorial, el Sistema General de Pensiones, entró en vigencia el 30 de junio de 1995.

En cuanto a los regímenes de transición, la Honorable Corte Constitucional, ha señalado⁸:

“El régimen laboral de transición consiste en el cumplimiento de condicionamientos que se establecen en una nueva ley, que modifica situaciones pre existentes, con el fin de proteger derechos adquiridos o en vía de adquisición, que de no haber sido promulgada la nueva ley, se verían beneficiados por la normatividad anterior, que resulta más favorable.

Respecto al régimen de transición en materia pensional concretamente, la Corte señaló en sentencia T-235 de 2002:

“La sustitución de una norma por otra exige la necesidad de un régimen de transición. La existencia de normas transitorias es indispensable en la legislación sobre seguridad social en pensiones porque hay derechos en vía de adquisición.

Se trata de un derecho ex - lege porque nace de una norma que expresamente lo establece y que señala criterios razonables para gozar de la excepcionalidad.

Una vez entre en vigencia la norma que establece el régimen transitorio, las personas que reúnen los requisitos para adquirirlo consolidan una situación jurídica concreta que no puede ser menoscabada. Es además un auténtico derecho subjetivo que le da a su titular el derecho a que se le reconozca la prestación en las condiciones establecidas en la normatividad anterior y a acudir ante la jurisdicción en caso de incumplimiento.”

En materia de pensiones este régimen se encuentra reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual determina que se aplicará a las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones tuvieran 35 o más años de edad si son mujeres; 40 o más años de edad si son hombres; o 15 o más años de servicios cotizados, utilizándose para estos efectos el régimen anterior en cuanto a requisitos de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y monto de la pensión” (Resaltado fuera de texto).

La jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, reiteradamente, ha sostenido que a los beneficiarios del régimen de transición, se les aplicará,

⁸ Sentencia T-105 de 2012, con ponencia del Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

integralmente, 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, por ser de la esencia del régimen de transición, el cual opera de pleno derecho.

Ahora bien, en lo que respecta a la norma de transición, para el caso de empleados públicos, una de las disposiciones aplicables, es la Ley 33 de 1985, que exige, para acceder a 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 y otra, es la de aquellos empleados que venían afiliados al I. S. S.

Sobre el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, de los servidores públicos cobijados por el régimen de transición pensional, previsto en la Ley 100 de 1993, que hayan laborado en una entidad estatal afiliada al I.S.S., se cita la sentencia fechada 6 de octubre de 2011⁹, proferida por el Honorable Consejo de Estado, en la que se precisó:

“En este punto es dable precisar que antes de la Ley 100 de 1993 quien tenía la obligación de reconocer y de pagar la pensión de jubilación a los servidores públicos era la entidad de previsión a la que estaba afiliado el servidor o en su defecto, la última entidad pública empleadora (Decreto 1848 de 1969, artículo 75).

La regla general descrita anteriormente, tiene una variación en el caso de las entidades públicas que estuvieron afiliadas y sus servidores cotizaron durante su vinculación al Instituto de Seguros Sociales. Esta situación se presentó principalmente con los trabajadores oficiales de algunas empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta que tuvieron esa posibilidad en virtud de la legislación del Seguro Social.

En estos, casos se registra una situación compleja, pues tales trabajadores cuando son sujetos del régimen de transición, son sujetos potenciales de dos regímenes de transición: el del sector público y el del Seguro Social. Y surge la duda acerca de cuál es la entidad que debe reconocer la pensión respectiva.

⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “B”. Rad.: 13001-23-10-000-2003-02154-01 (0599-11). Actor: Raúl Antonio Ospino Vizcaíno, Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje SENA. C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

Si se considera que el régimen de transición aplicable es el del Instituto de Seguros Sociales, procedería a dar aplicación al régimen del ISS anterior a la Ley 100 de 1993, es decir el reglamento de pensiones del Seguro Social establecido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990. En este caso la pensión la concedería el ISS, cuando los trabajadores cumplan 60 años de edad y acrediten un mínimo de 1000 semanas cotizadas.

En cambio, si se considera que el régimen de transición aplicable es el del sector público, procedería dar aplicación a la Ley 33 de 1985.

Así las cosas, en virtud del principio de favorabilidad se le debe aplicar el régimen de transición del sector público; y quien debe reconocer y en principio realizar el pago de la pensión de jubilación es la última entidad empleadora, por cuando el ISS no puede entenderse como caja de previsión.

No obstante, se debe subrayar que la pensión no queda indefinidamente a cargo de la entidad pública, pues al cumplirse los requisitos de pensión de seguro social, el trabajador debe reclamar su pensión a esa entidad de seguridad social y la entidad empleadora queda subrogada, correspondiéndole únicamente el mayor valor, si lo hubiere entre las dos pensiones."

Anotándose, que tal principio de favorabilidad, a su vez, implica considerar el quantum pensional, a efectos de no vulnerar la condición más favorable del trabajador, siempre y cuando, claro está, se hayan probado los factores salariales que harían la diferencia.

2.4. El Ingreso base de Liquidación de la Pensión de jubilación, de los empleados del sector público, beneficiarios del Régimen de Transición - factores salariales de liquidación.

Una sub regla de orden jurisprudencial, que ha hecho carrera, es que todos aquellos factores percibidos mientras persiste la relación laboral, deben ser considerados al momento de calcular el Ingreso Base de Liquidación (IBL), ya que responden al criterio de que es el pago percibido por un trabajo, bajo el concepto de salario.

La anterior postura, aunque inclinada a aquellos aspectos regulados por la

ley 33 de 1985 y normatividad anterior, para la sub regla en mención, resulta de relevancia, ya que deriva de una línea jurisprudencial, en la que se destaca la sentencia de 24 de noviembre de 2016 del Consejo de Estado¹⁰, en donde además se concertó, que la liquidación del Ingreso Base de Liquidación (IBL), debe contener, a más de la asignación básica, aquellos conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, excluyéndose la taxatividad, que imperaba en ciertos fallos judiciales sobre el tema.

Precisó la Ata Corporación:

“... 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.

Como consecuencia de ello, debe insistir esta Sala que al señor LUIS EDUARDO DELGADO, (i) al ser beneficiario del régimen de transición y (ii) estar cobijado por el régimen pensional de la Ley 33 de 1985, su pensión habrá de liquidarse tal como lo indica la mencionada norma, es decir, una tasa de remplazo de 75% que habrá de aplicarse sobre el promedio salarial del último año de servicio, el cual habrá de incluir la totalidad de factores salariales devengados por el solicitante en ese último año”¹¹.

¹⁰ Sala de lo Contencioso – Administrativo 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). C. P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández.

¹¹ *Ibíd.*

Concluyéndose, en últimas, que la pensión de jubilación se liquida **en cuantía que el respectivo régimen señale, con el promedio de los factores salariales y demás sumas de dinero que reciba el trabajador, como contraprestación directa de sus servicios y que sirvieron de base para realizar los aportes**, pero si existieran factores, sobre los cuales no se realizaron aportes, la entidad que reconoce la Pensión, deberá tenerlos en cuenta, pero realizará los descuentos a que haya lugar.

2.5. Caso concreto.

Aterrizando al caso concreto, se tiene que la demandante pretende la nulidad del acto ficto o presunto ocasionado por el silencio de la administración, como consecuencia del derecho de petición de fecha 10 de marzo de 2014, que negó la reliquidación de la pensión de vejez, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, previo a la adquisición de su status de pensionada.

Mediante sentencia proferida el día 12 de agosto de 2016, el Juez de primera instancia, declaró la nulidad del acto ficto y ordenó a COLPENSIONES, reliquidar la pensión de la señora SABAS IRENE ARRIETA ARRIETA, con base en lo establecido en la Ley 33 de 1985, es decir, con el 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicios, teniendo en cuenta los factores salariales devengados y reajustándola anualmente, de conformidad con el I.P.C.

Por su parte, la entidad demandada, solicita se revoque la anterior decisión, señalando que a la demandante, le fue reconocida la pensión conforme a las disposiciones contenidas en la Ley 797 de 2003, en cuantía inicial de \$567.128, aplicando una tasa de reemplazo del 80%, con un total de 1454 semanas de cotización. Además considera, que conforme a la posición de la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013, el IBL se establece con base en el promedio de los salarios devengados por el trabajador durante

los últimos 10 años (art. 36 de la Ley 100/93) y no teniendo en cuenta lo devengado en el último año.

Ahora bien, una vez verificado el caso puesto a consideración y el acervo probatorio recopilado, la Sala considera, que la decisión de primera instancia, debe ser **confirmada**, toda vez que se encuentra acreditado, que la actora, efectivamente, es beneficiaria del régimen de transición, previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, siéndole aplicable las disposiciones previstas en la Ley 33 de 1985.

Revisados los documentos que reposan en el expediente, se tiene por probado, que al momento de entrada en vigencia del régimen de transición, previsto en la Ley 100 de 1993, artículo 36, la señora SABAS IRENE ARRIETA ARRIETA, tenía más de 35 años de edad, pues, nació el día 12 de abril de 1948, tal como se aprecia en las copias del Registro Civil de Nacimiento y de la cédula de ciudadanía¹².

Así mismo, se tiene por probado, que la señora SABAS IRENE ARRIETA ARRIETA, prestó sus servicios en el Hospital Regional II Nivel de Sincelejo, desde el 1º de octubre de 1970, hasta el 2 de febrero de 2004, como Auxiliar de Enfermería¹³.

De igual manera, se encuentra acreditado, que en el último año de servicios, la demandante recibió, además de la asignación básica, los siguientes factores salariales: **prima de servicios, prima de navidad, auxilio de alimentación, bonificación por recreación, prima de vacaciones, bonificación de servicios y domingos y festivos**¹⁴.

Se allegó copia de la Resolución No. 003586 de 2003¹⁵, mediante la cual, el Seguro Social, hoy Administradora Colombiana de Pensiones –

¹² Folios 11 y 22 del C.1

¹³ Folios 12 – 13 del C.1

¹⁴ Ver certificación suscrita por la Jefe de la Unidad de Talento Humano del Hospital Regional de Sincelejo, visible a folio 12 del C.1

¹⁵ Folios 14 – 15 C.1

COLPENSIONES, reconoció a la señora SABAS IRENE ARRIETA ARRIETA, la pensión de vejez por valor de \$567.128.00, efectiva a partir del 1° de diciembre de 2003. En este acto administrativo, se indicó, que la liquidación de dicha prestación se realizó sobre el Ingreso Base de Liquidación previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, al cual se le aplicó el monto pensional establecido en el artículo 34 de la misma ley, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003.

Posteriormente, el 10 de marzo de 2014¹⁶, la actora solicitó a COLPENSIONES, la reliquidación de su pensión con fundamento en la Ley 33 de 1985, es decir, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

La entidad demandada, no contestó la petición aludida, dando lugar al surgimiento del acto ficto o presunto, que niega la reliquidación de la pensión de vejez, que ahora se ataca en sede judicial.

En ese orden de ideas, atendiendo al asunto planteado, se tiene, que conforme a las normas y jurisprudencia arriba citadas y acorde con el acervo probatorio, obrante en el *sub examine*, la señora SABAS IRENE ARRIETA ARRIETA, es beneficiaria del régimen de transición, dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siéndole aplicable las disposiciones previstas en la Ley 33 de 1985, por ende, su pensión, debió ser liquidada en cuantía del 75% del promedio de los factores salariales y demás sumas de dinero, que reciba el trabajador, como contraprestación directa de sus servicios, percibidos durante el último año de servicios, indistintamente si sirvieron o no, de base para realizar aportes, pues, aceptarlo así, desconocería el régimen de transición, señalado por el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y la jurisprudencia vigente al efecto, amén además, de resultar favorable a la accionante, dado el evidente incremento del quantum de la mesada pensional.

¹⁶ Folios 18 - 20 C.1

Se precisa, que además de los presupuestos de la edad, tiempo de servicio y el quantum de la pensión del régimen de transición, se debe aplicar los criterios de liquidación en su integridad, sin que sea debido o permitido, escindir ese presupuesto, puesto que como se insiste, la aplicabilidad del régimen pensional que le cobija, es completa e íntegra, por lo tanto, atendiendo las directrices de la Ley 33 de 1985, el ingreso base de liquidación, debe ser dado por aquellas sumas, que percibe el trabajador, de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que le sean dadas, en el último año de servicio.

Por lo tanto, en el caso puesto a consideración, la Sala advierte que al ser la señora SABAS IRENE ARRIETA ARRIETA, beneficiaria del régimen de transición, la interpretación dada en cuanto a los factores a tener en cuenta, a la hora de liquidar la misma, debe ser coherente, con la línea jurisprudencial esbozada, esto es, teniendo en cuenta lo devengado en el último año de servicio previo a adquirir su status de pensionada (**asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, domingo y festivo** (sic)); de allí que a contrario sensu de lo manifestado por la demandada, la valoración liquidatoria, de cara a la inclusión de estos factores, permite concluir, que el régimen pensional dispuesto por la Ley 33 de 1985, es más favorable, para los intereses de la actora.

En razón de lo antes anotado, esta Colegiatura considera, que acertó el Juez A quo al declarar la nulidad de los actos administrativos acusados, en lo que respecta a la reliquidación pensional, toda vez que los mismos, no tuvieron en cuenta lo dispuesto por la ley 33 de 1985, en donde la pensión, debió ser liquidada **en cuantía del 75% del promedio de los factores salariales y demás sumas de dinero, que reciba el trabajador como contraprestación directa de sus servicios, percibidos durante el último año de servicios y que sirvieron de base para realizar los aportes**, conforme lo antes anotado.

De lo anterior se hace la salvedad, que sí sobre dichos factores no se realizaron aportes, la entidad que reconoce la pensión, deberá tenerlos en cuenta, pero realizará los descuentos a que haya lugar, cuando realice el pago de las respectivas mesadas.

En este punto, es pertinente anotar, que con la presente decisión, este Tribunal **se aparta** del contenido de la sentencia SU – 230 de 2015, proferida por la Corte Constitucional, tal como lo ha realizado en varias de sus decisiones¹⁷ y que hoy se reiteran e integran como argumentos a la presente decisión, sin necesidad de transcripción, pues resulta fácil su consulta en la página web de este tribunal, máxime cuando la posición que se ha adoptado, finalmente, ha sido asumida por el Honorable Consejo de Estado, que en **sentencia unificada** de la Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, de fecha 25 de febrero de 2016¹⁸, manifestó:

“Ahora bien, en punto de los factores salariales de la liquidación de la citada prestación pensional, en tesis mayoritaria de la Sala Plena de esta Sección, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010¹⁹. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, la Sala concluyó que se deben tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el demandante durante el último año de servicio.

En este último punto, y en consonancia con lo dispuesto por el Tribunal, cabe decir, que en virtud a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1 de la Ley 62 de 1985, la liquidación de la pensión debe estar de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, regla a la que están obligados todos los servidores públicos, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional. Lo anterior significa, que si no han sido objeto de descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino a

¹⁷ Ver Sentencias del 4 de febrero de 2016, Expedientes 2013-00271-01/2016-00363-01; Sentencia de 30 de marzo de 2016, expediente 2015-00135-00; sentencia 3 de marzo de 2016, expediente 2013-00247-01; entre otras; M. P. Dr. Rufo Arturo Carvajal Argoty.

¹⁸ Expediente con radicación interna 4683-2013. C.P Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁹ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto en la referida sentencia, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores salariales contenidos en la leyes 33 y 62 de 1985 para el sector oficial. Pese a tal discrepancia, la Sección Segunda, en forma unánime, ha reconocido que la sentencia del 4 de agosto de 2010 constituye sentencia de unificación jurisprudencial y en tal carácter la ha aplicado, tanto en sentencias de segunda instancia, como en el mecanismo de extensión de jurisprudencia, al igual que en sentencia de tutela contra providencias judiciales”.

que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes.

Tal ha sido la filosofía del legislador, que actualmente se ha elevado a rango constitucional a través del Acto Legislativo 1 de 2005, en el sentido de establecer que para efectos de la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Máxima que implica, a partir del año de 2005, que sobre todos los factores que constituyen base para liquidar la pensión deban realizarse los respectivos aportes, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, como también lo ha señalado la Sala²⁰...

Quiere en esta oportunidad el Consejo de Estado señalar que, de conformidad con lo expuesto y como se expresó con anterioridad en esta providencia, el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%). La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4º de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013, pues conforme a la parte resolutive de la referida sentencia de control constitucional, "las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL), aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso".

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 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

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub Sección B, sentencia de 6 de noviembre de 2014. M. P. Gerardo Arenas Monsalve. Exp. No. Interno 3155-2013.

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" (Citas del texto).

Por lo tanto, sin mayores deliberaciones y una vez realizadas las anteriores anotaciones, esta Sala de Decisión, procederá a confirmar la providencia de primera instancia, en lo que atañe a la interpretación asumida para la aplicación en debida forma del IBL, reafirmando en la posición que desde el año 2010, se ha abierto paso en la jurisprudencia contenciosa administrativa, según las precisiones consignadas en el proveído antes referenciado.

3.- CONDENAS EN COSTAS. SEGUNDA INSTANCIA.

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1º 2º y 3º del artículo 365 del Código General del Proceso, condénese en costas a la parte demandada y liquídense, de manera concentrada, por el juez *a quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo, lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 12 de agosto de 2016, proferida en audiencia inicial, por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada. En firme la presente providencia, por el *A quo*, de manera concentrada, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C.G.P.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE
Aprobada en sesión de la fecha, Acta No. 0075/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA