



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, siete (7) de Julio de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-005-2015-00050-01
DEMANDANTE: JUDITH SIMONA GUEVARA VÁSQUEZ
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 14 de septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1. Pretensiones¹:

JUDITH SIMONA GUEVARA VÁSQUEZ, 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 parcial de la resolución No. 021265 del 28 de octubre de 2008 y del acto ficto, por los cuales, se negó la solicitud de reliquidación pensional, teniendo en cuenta la última asignación básica mensual y la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

¹ Folios 1 - 2 del cuaderno de primera instancia.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene a **COLPENSIONES**, reconocerle y pagarle la reliquidación de su pensión, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, aplicándose los correspondientes reajustes e indexación y disponiéndose el pago del retroactivo a que haya lugar.

1.2. Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

La señora JUDITH SIMONA GUEVARA VÁSQUEZ, nació el 20 de abril de 12952 y prestó sus servicios laborales al servicio del Estado, en el tiempo e institución que se relaciona a continuación:

ENTIDAD	FECHA DE INGRESO	FECHA DE EGRESO	TIEMPO DE SERVICIOS	CAJA O FONDO DONDE SE EFECTUARON LOS APORTES
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE SUCRE (DASSALUD)	5 de abril de 1976	29 de noviembre de 2002	24 años, 19 meses y 25 días	CAJANAL – ISS

En el último año de servicios, la demandante, percibió además de la asignación básica mensual, los siguientes factores salariales: bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, horas extras, dominicales y festivos.

Mediante resolución No. 021265 del 28 de octubre de 2008, COLPENSIONES dispuso reconocer y pagar pensión de vejez a favor de la demandante, con fundamento en el art. 1º de la ley 33 de 1985, pero para liquidar la prestación económica, la entidad accionada tomó el IBL regulado por el art. 21 de la ley 100 de 1993 y promedió los salarios con los aportó al sistema de seguridad social integral dentro de los 10 años anteriores a la fecha de reconocimiento pensional, al que le aplicó un porcentaje del 75% para obtener el valor de la pensión, suma que fue reconocida a partir del 20 de abril de 2007.

² Folios 2 – 25, cuaderno de primera instancia

El día 12 de marzo de 2014, la demandante solicitó a COLPENSIONES la reliquidación de su pensión de vejez, solicitando igualmente, que se aplique el contenido de la ley 33 de 1985, arguyendo que debía liquidarse su pensión considerando el último salario y los factores salariales devengados en su último año de servicios, dado que resulta más favorable para sus intereses, sin que hasta el momento de formular demanda, tal solicitud haya sido decidida.

Agrega la demandante, que es beneficiaria del régimen de transición descrito en el art. 36 de la ley 100 de 1993, toda vez que a la entrada en vigencia de tal régimen, es decir el primero de abril de 1994, contaba con 41 años de edad.

Señala como vulnerados, los arts. 1º de la ley 33 de 1985, art. 36 de la ley 100 de 1993 y art. 53 de la C. P., en tanto, se desconoce el régimen de transición que cobija a la accionante, vulnerando el principio de favorabilidad y la condición más beneficiosa, pues, la aplicación del art. 21 de la ley 100 de 1993 al momento de liquidar la pensión afecta sus ingresos.

Agrega, que en los actos administrativos demandados, hay falsa motivación, pues, es errado afirmar que resulta aplicable el art. 21 ya mencionado, en tanto, conforme las certificaciones laborales, la demandante laboró más de 20 años de servicios con DASSALUD y en tal sentido, el IBL debe ser regulado por los preceptos de la ley 33 de 1985.

1.3. Contestación de la demanda.

COLPENSIONES, no dio respuesta oportuna a la demanda.

Extemporáneamente³, la entidad demandada presentó escrito de contestación de demanda, señalando que se opone a las pretensiones de la demanda y frente a los hechos afirmó, que admite algunos, otros no le constan, otros los niega y el resto no constituyen hechos, sino apreciaciones de la parte actora.

Como fundamento de su defensa indicó, que al momento de reconocer y ordenar el pago de la pensión de vejez, tuvo en cuenta el régimen de que trata la ley 33 de 1985 y que mediante resolución No. GNR 150575 del 24 de mayo de 2015, resolvió expresamente la solicitud de reliquidación pensional, negando lo requerido, pues, en su criterio resultaba aplicable para calcular el monto pensional, el contenido de la ley 100 de 1993.

Indicó que eran excepciones a su favor, la inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, en tanto, no podía demandarse un acto ficto, sino la resolución GNR 150575 del 24 de mayo de 2015, que resolvió expresamente lo solicitado por la interesada; de igual manera, la inexistencia de la obligación reclamada; la improcedencia para reclamar reliquidación de pensión de jubilación y la prescripción.

1.4. Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia datada 14 de septiembre de 2016, accedió a las pretensiones de la demanda, ordenando a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES-, reliquidar la pensión de jubilación de la señora JUDITH SIMONA GUEVARA VÁSQUEZ, con la inclusión de todos y cada uno de los factores salariales devengados durante el último año de la prestación del servicio.

³ Folios 104 a 108. Esta circunstancia impide incluso, considerar si se debe o no anular el acto administrativo conocido como Resolución No. GNR 150575 del 24 de mayo de 2015, por razones evidentes.

⁴ Folios 123 - 129, cuaderno de primera instancia.

Como fundamento de su decisión, el A-quo señaló, que se encontraba acreditado en el expediente, que a la demandante se le reconoció pensión de jubilación a través de la Resolución No. 021265 del 28 de octubre de 2008, calculando el IBL con el promedio de lo devengado en los últimos diez años anteriores al estatus pensional y sobre ello aplicó el porcentaje del 75%, con fundamento en lo dispuesto en el art 36 de la ley 100 de 1993, ley 33 de 1985 y el art. 21 de la ley 100 de 1993.

De igual manera, que la demandante había nacido el 20 de abril de 1952 y que prestó sus servicios como empleada de DASSALUD desde el 5 de abril de 1976 hasta el 29 de noviembre de 2002, adquiriendo su estatus pensional el 20 de abril de 2007, fecha en la que cumplió 55 años de edad, acumulando un tiempo de servicios superior a 26 años, condiciones que la habilitaban para obtener derecho al reconocimiento de su pensión, a términos de la ley 33 de 1985 y en virtud de lo dispuesto en el art. 36 de la ley 100 de 1993.

A su vez, tales condicionamientos fácticos, permitían aceptar que el IBL de la pensión de vejez de la demandante, debía ser liquidado con base en los ingresos salariales obtenidos en el último año de servicios, toda vez que le resultaba más favorable, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en dicho año. De ahí que, en su criterio, además de la asignación básica devengada, debían ser considerados factores tales como bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad, que no fueron incluidos en la Resolución No. 021265 del 28 de octubre de 2008.

Finalmente indicó, que operaba el fenómeno de la prescripción en el presente asunto, en tanto, el derecho a reclamar la reliquidación pensional surgió el 28 de octubre de 2008, con la expedición de la resolución No. 021265 y habiéndose presentado solicitud de reliquidación el día 12 de marzo de 2014, se interrumpió el término prescriptivo por una sola vez y al haber presentado la demanda dentro del mismo, los efectos de la

prescripción alcanzan las mesadas causadas con anterioridad al 12 de marzo de 2011.

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 si bien es cierto la pensión de vejez se constituye en una prestación económica fruto de ahorro forzoso, su finalidad va de la mano con el cumplimiento de los requisitos consagrados en la ley, de ahí que en el caso concreto se aplicó en forma debida la normatividad al caso concreto, lo cual se hizo explícito con la Resolución No. 150575 del 24 de mayo de 2015.

A parte de lo anterior, dijo, que en tratándose de pensiones que se encuentran en régimen de transición, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en sentencia C – 258 de 2013, fijó una interpretación en abstracto, según la cual, el ingreso base de liquidación no es un aspecto propio del régimen de transición, pues, el monto de la pensión se determina con la regla general del régimen dispuesto por la ley 100 de 1993.

1.5.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 3 de febrero de 2017, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia de 14 de septiembre de 2016⁶.

- Mediante auto de 24 de febrero 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, la parte demandante⁸ alegó

⁵ Folios 135 - 136, cuaderno de primera instancia.

⁶ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folio 11, cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folios 15 -17, cuaderno de segunda instancia.

de conclusión señalando, que se halla demostrado que la señora JUDITH SIMONA GUEVARA VÁSQUEZ, es beneficiaria del régimen de transición contenido en el art. 36 de la ley 100 de 1993, toda vez que se acreditó haber laborado por el término de 24 años, 1 mes y 25 días en el servicio público, específicamente con el Departamento Administrativo de Seguridad Social en Salud de Sucre y haber cumplido 55 años el día 20 de abril de 2007, de ahí que su pensión, debía ser liquidada con fundamento en la ley 33 de 1985 y de conformidad con el art. 36 de la ley 100 de 1993, considerando todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, sin que haya lugar a aplicar el contenido de la sentencia proferida por la Corte Constitucional invocada por el ente demandado.

El Ministerio Público, igualmente presentó su concepto⁹, señalando que a la parte actora le es aplicable el régimen de transición descrito en el art. 36 de la ley 100 de 1993 y su pensión debió ser liquidada teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, al reunir los requisitos para tal efecto, por lo que solicitó la confirmación de la decisión recurrida.

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

⁹ Folios 18 – 21, cuaderno de segunda instancia.

último año de servicios y de conformidad con lo dispuesto en la ley 33 de 1985?

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 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 señalado¹⁰:

“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

¹⁰ Sentencia T-105 de 2012, con ponencia del Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

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, 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 2011¹¹, 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

¹¹ 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.

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.

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 Estado¹², 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

¹² 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.

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”¹³.

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 parcial de la resolución No. 021265 del 28 de octubre de 2008, proferida por COLPENSIONES y del acto ficto, por los cuales, se negó la solicitud de reliquidación pensional.

Mediante sentencia proferida el día 14 de septiembre de 2016, el Juez de primera instancia, declaró la nulidad requerida y ordenó a COLPENSIONES, reliquidar la pensión de la señora JUDITH SIMONA GUEVARA VÁSQUEZ, 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 ídem.

Por su parte, la entidad demandada solicita se revoque la decisión de primera instancia, en tanto, se aplicó en forma debida el ordenamiento jurídico al caso particular y no son de recibo los argumentos de la demandante, ante la vigencia de la sentencia C – 258 de 2013, proferida por la Honorable Corte Constitucional.

¹³ *Ibíd.*

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 JUDITH SIMONA GUEVARA VÁSQUEZ, tenía más de 35 años de edad, pues, nació el día 20 de abril de 1952, tal como se aprecia en la copia de su cédula de ciudadanía¹⁴ y en el contenido de la Resolución No. 021265 del 28 de octubre de 2008¹⁵, proferida por el ISS.

Así mismo, se tiene por probado, que la señora JUDITH SIMONA GUEVARA VÁSQUEZ, laboró en los períodos de tiempo y entidad que a continuación se señala:

ENTIDAD	FECHA DE INGRESO	FECHA DE EGRESO	TIEMPO DE SERVICIOS	CAJA O FONDO DONDE SE EFECTUARON LOS APORTES
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE SUCRE (DASSALUD)	5 de abril de 1976	29 de noviembre de 2002	24 años, 19 meses y 25 días	CAJANAL – ISS

Resultando en consecuencia, que es cobijada por el régimen de transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, por ende, siguiendo la ruta jurisprudencial trazada en el marco normativo, su pensión debe ser cobijada por la ley 33 de 1985 y el IBL para su liquidación, deberá tener en cuenta todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios.

¹⁴ Folio 32.

¹⁵ Folio 37- 40.

Frente a este último aspecto, en el expediente resulta evidente que la demandante en el último año de servicios -29 de noviembre de 2001 a 28 de noviembre de 2002- percibió, además de sueldo, factores salariales tales como: bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad, considerados todos ellos a su favor, en tanto, al haberse vinculado al servicio de DASSALUD para el año de 1976, con solución de continuidad hasta su retiro, esto es, con anterioridad a la vigencia de la ley 10 de 1990, sus derechos y prerrogativas se hallan protegidas por virtud del art. 17 de dicha normatividad, pues, no es desconocido que tal entidad -DASSALUD- devino en supresión tras la vigencia de la ley 100 de 1993.

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 JUDITH SIMONA GUEVARA VÁSQUEZ, 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.

Se precisa igualmente, que para casos como el tratado, 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 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.

En este punto, es pertinente anotar dando respuesta a lo señalado por el apelante, 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 decisiones¹⁶ 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 2016¹⁷, 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 2010¹⁸. 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

¹⁶ 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.

¹⁷ Expediente con radicación interna 4683-2013. C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁸ “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 Sala¹⁹...

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

¹⁹ 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.- CONDENA 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 14 de septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Quinto 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. 0114/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA