



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA SEGUNDA DE DECISIÓN

Sincelejo, veintinueve (29) de septiembre de dos mil quince (2015)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-007-2014-00147-01
DEMANDANTE:	MARIO ISABEL BERTEL LARA
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL “UGPP”
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 de fecha 7 de marzo de 2016, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió a las suplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

El señor **MARIO ISABEL BERTEL LARA**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL “UGPP”**, con el fin que se declare, la nulidad de los siguientes actos administrativos: i) Resolución No. RDP 005009 del 13 de febrero de 2014, por la cual se niega la reliquidación de la

¹ Folios 1 - 2 del cuaderno de primera instancia.

pensión de vejez; ii) Resolución No. RDP 9928 del 25 de marzo de 2014, por la cual se resuelve un recurso de reposición; y iii) Resolución No. RDP 011839 del 9 de abril de 2014, por medio de la cual, se resuelve un recurso de apelación.

A título de restablecimiento del derecho, solicita el actor se ordene a la parte demandada, reconocer y pagar la reliquidación de su pensión de vejez, con su correspondiente retroactivo pensional, desde la causación de dicho derecho, hasta que se verifique su correspondiente inclusión en nómina de pensionados.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

Manifestó el actor que la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL, mediante Resolución N° 24684 de 14 de junio de 2005, reconoció una pensión de jubilación a su favor.

Relató, que laboró durante 33 años 3 meses y 19 días al servicio del Estado, siendo su último empleador el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, entidad en la cual laboró desde el 11 de septiembre de 1973, al 31 de diciembre de 2006.

Adujo, que su prestación social, debió ser reconocida conforme los parámetros de las Leyes 33 y 62 de 1985, toda vez que cumple con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición, por lo cual, el 4 de febrero de 2014, solicitó ante la UGPP solicitud de reliquidación de pensión de vejez, la cual fue negada, mediante Resolución No. RDP 005009 del 13 de febrero de 2014.

Contra la anterior resolución, el actor interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, no obstante fue confirmada mediante las Resoluciones No. RDP 9928 de marzo 25 de 2014 y No. RDP 011839 de abril 9 de 2014.

² Folios 2 – 4 del cuaderno de primera instancia.

Como soporte jurídico de sus pretensiones, alegó como violadas las siguientes normas Constitucionales: artículos 29, 53 y 93, inciso 3º; legales: Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985, artículos 33, 34 y 36 de la Ley 100 de 1993, Decretos 1042, 1045 de 1978; Decretos 1848 de 1989; y jurisprudenciales: Sentencia del Consejo de Estado 4526-01, de marzo 13 de 2003, 4971-01 de febrero 6 de 2003.

Para el actor, los actos acusados vulneran las citadas normas, toda vez que considera, tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación, incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

A su vez afirmó, que se debe reliquidar la pensión de jubilación aplicando las normas más favorables a sus intereses, atendiendo el principio de inescindibilidad, tomando en su integridad lo preceptuado en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

1.3. Contestación de la demanda.

El Ministerio de Hacienda³, se opuso a las pretensiones de la demanda, en razón a que solo tenía obligaciones de carácter laboral, únicamente, con los funcionarios de su planta de personal, de la cual no había formado parte el demandante. En cuanto a los hechos sostuvo, que en su mayoría no le constaban.

Como razones de defensa señaló, su incompetencia para el reconocimiento de pensiones, reliquidaciones, indexaciones, reajustes o incrementos de porcentajes en mesada pensional, pagos de auxilios funerarios o inclusiones en nómina de pensionado o incumplimiento de fallos, que ordenen reconocimientos o reliquidaciones de pensiones.

³ Folios 104-115, cuaderno principal.

Propuso las siguientes excepciones:

- Falta de legitimación en la causa por pasiva, en razón a que los hechos no lo vinculaban en manera alguna, ni los actos administrativos que se demandaban, se relacionaban con las funciones que tenía asignadas.

- Indebida representación de la Nación, puesto que el Ministerio de Hacienda no representa, ni es garante de la extinta Cajanal; y si bien la UGPP era una entidad adscrita a ese ministerio, ello no significaba que fuera su representante legal o ejerciera posición de garante, frente a las actuaciones de dicha entidad.

- Improcedencia de la acción frente al Ministerio de Hacienda, al no existir acto administrativo expedido por esta cartera, toda vez, que no le competente satisfacer lo pedido, ya que no laboró, ni expidió los actos administrativos objeto de censura.

- Inexistencia de supuestos para llamar a juicio al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por cuanto, dicha entidad no es parte material de la relación jurídica sustantiva que se controvierte en el juicio.

- Una sentencia desfavorable al Ministerio de Hacienda y Crédito Público vulneraría el principio de legalidad, en razón a que no es factible exigir a una entidad, el ejercicio de acciones que se encuentren por fuera de las funciones que señale la Constitución y la Ley.

La Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social “UGPP”⁴, se opuso a las pretensiones de la demanda, por carecer de fundamento jurídico y probatorio. En cuanto a los hechos señaló, que los relacionados en los numerales 1, 2, 3, 5, 8, 9, 10 y 12 eran ciertos; el 4 y 6 lo eran parcialmente; y el 7 y 12 no eran ciertos.

⁴ Folios 125-130, del cuaderno de primera instancia.

Propuso las siguientes excepciones:

- Legalidad del acto administrativo demandado: al momento de reconocérsele la pensión de jubilación al demandante, solo se le debía tener en cuenta única y exclusivamente, los tres elementos contemplados en el inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión. En lo que se refería al ingreso base de liquidación, el legislador en ningún momento contempló la posibilidad de liquidar pensiones reconocidas por vía de transición, aplicando lo dispuesto en las normas que daban vida, a los regímenes que se vieron derogados con la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social, pero delimitó el alcance de dicha institución jurídica, en la forma como se debía calcular el IBL y por ende, los factores de salario a tener en cuenta, al momento de calcular el valor de la mesada.
- Prescripción trienal: sin que se entendiera como allanamiento a las pretensiones, solicitó se declarara la prescripción extintiva de ciertas mesadas, que se causaron con posterioridad a la fecha en que se hizo efectiva la respectiva prestación.

1.3.- Sentencia impugnada⁵.

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Sincelejo, mediante sentencia datada 7 de marzo de 2016, declaró la nulidad de los actos acusados, mediante los cuales, se negó la reliquidación de la pensión de jubilación al actor.

A título de restablecimiento del derecho, ordenó a la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP", a reliquidar la pensión de jubilación, reconocida al señor Mario Isabel Bertel Lara, incluyendo en su cálculo, la totalidad de los factores salariales,

⁵ Folios 168 – 179, cuaderno de primera instancia.

devengados en el último año de servicios y la condenó, a pagar las diferencias a que hubiere lugar, luego de la respectiva reliquidación.

Así mismo, declaró probada la excepción de prescripción del derecho a recibir el pago del reajuste de las mesadas, causadas con anterioridad al 4 de febrero de 2014.

Como fundamento de su decisión, el A-quo señaló, que para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, el actor tenía más de 35 años de edad y más de 15 años de servicio, por tanto, al reunir los requisitos dispuestos en el artículo 36 de la citada normatividad, era beneficiario del régimen de transición, sobre lo cual no había discusión, pues, así lo aceptaba la entidad demandada en los actos acusados, como en la contestación.

Igualmente, indicó que de los certificados de pago de salarios del actor, se vislumbraba que devengó durante el último año de servicio, además de la asignación básica mensual y la bonificación por servicios, lo siguientes factores salariales: auxilio de alimentación, prima de servicio, prima de navidad y prima de vacaciones, las cuales debieron ser incluidas en su totalidad en la liquidación de la pensión que le fue reconocida al actor, pues, constituyen salario para liquidar la pensión de conformidad con el Decreto No. 56610 de diciembre 4 de 2007.

1.4.- El recurso⁶.

Inconforme con la decisión de primer grado, la **Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social “UGPP”**, la impugnó, a fin de que sea revisada en esta instancia.

Manifestó, que no era procedente el reconocimiento pensional efectuado al actor en los términos de la Ley 33 de 1985 en forma integral, dado que el

⁶ Folios 197 – 203, cuaderno de primera instancia.

derecho pensional no se consolidó en vigencia de dicho régimen, sino por el contrario, su consolidación se verificó con posterioridad a la derogatoria que le imprimió la Ley 100 de 1993, en cuya vigencia el actor cumplió con los requisitos para pensión.

Hizo referencia, a lo estatuido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para señalar que era claro, que las personas que se hacían beneficiarias del régimen de transición, por reunir las condiciones que dicho régimen establecía, se les tendría en cuenta para su reconocimiento pensional, la edad, el tiempo de servicio o las semanas cotizadas y el monto de pensión del régimen anterior.

Así mismo, trajo a colación los criterios jurisprudenciales de las Altas Cortes, en cuanto a la interpretación del régimen de transición, invocándose como más reciente, el pronunciamiento de unificación, previsto en la sentencia C-230 de 2015.

A su vez indicó como argumento de inconformidad, la condena en costas fijada por el juez de primera instancia, donde si bien, se pregona la facultad discrecional del juzgador, no se pueden desconocer los principios fundamentales de la actuación judicial, como lo es el debido proceso.

1.5.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 23 de junio de 2015, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia de 7 de marzo de 2016⁷.
- Posteriormente, mediante auto de 22 de julio de 2016, se ordenó el traslado de alegatos⁸.

⁷ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folio 17, cuaderno de segunda instancia.

1.6.- Alegatos de Conclusión.

La parte demandante⁹: reiteró que al actor, le fue reconocido su derecho a la pensión legal vitalicia de jubilación, sin la inclusión de todos los factores salariales, devengados durante el último año de servicios, tal como lo dispone la ley y la jurisprudencia del Consejo de Estado, en razón a ello, solicitó, se confirmara la sentencia recurrida, que declaró la nulidad de los actos acusados.

El Ministerio Público¹⁰: emitió concepto de fondo, solicitando se confirmara la sentencia recurrida, en consideración a que toda persona que tenga derecho a la aplicación del régimen de transición previsto en la ley 11 de 1993, por haber cumplido los requisitos de ley, debe incluirse en su liquidación de pensión, todos los factores salariales que devengó en el último año de servicios, antes de adquirir el status pensional.

Siendo así, conceptuó que la entidad demandada, desconoció los derechos del actor al liquidar su pensión, con base en el promedio de los factores devengados durante los últimos 10 años de servicios, desconociendo el principio de aplicación integral de la norma

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.

⁹ Folios 26 – 28, cuaderno de segunda instancia.

¹⁰ Folios 29 – 31, cuaderno de segunda instancia.

2.2. Problema Jurídico.

Los problemas jurídicos a desatar en esta segunda instancia, se circunscriben en determinar:

- ¿Hay lugar a la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante, incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios?
- ¿Rige el régimen objetivo, en la condena por concepto de costas y agencias en derecho, dentro de los procesos contenciosos administrativos?

2.3.- Análisis de la Sala.

2.3.1.- 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.

El Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ha reiterado en sendas jurisprudencias, que de conformidad con el régimen de transición, aquellas personas cobijadas por el mismo, tienen derecho a que su pensión, sea liquidada de conformidad con el artículo 3º de la ley 33 de 1985, modificado a su vez por el artículo 1º de la Ley 62 de la misma anualidad, con miras a no vulnerar el principio de inescindibilidad, aplicación integral de la norma, igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral.

La anterior postura, ha sido un esfuerzo de elaboración derivada de una línea jurisprudencial sólida, en la que se destaca entre otras, la sentencia de 4 de agosto de 2010, expediente 012-2009, con ponencia del Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, 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.

En sentencia del 3 de febrero de 2011, expediente 0670-10. C. P. Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, el Honorable Consejo de Estado, recalcó:

“Como ha quedado expuesto, la norma jurídica anterior a la Ley 100 de 1993 aplicable en el sub júdice, para establecer el monto del derecho pensional del actor, es la Ley 33 de 1985.

Esta disposición, en su artículo 3º, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, estableció la forma como se liquidaría la pensión de jubilación...

Sin embargo, respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3º de la Ley 33 de 1985, pues mientras en algunas ocasiones se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que sólo 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.

*Entonces, ante las diversas interpretaciones esbozadas en la materia, la Sala Plena de esta Sección, mediante Sentencia de 4 de agosto de 2010, con ponencia del suscrito, retomó el análisis del ingreso base de liquidación pensional cuando se trata de aplicar el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de la misma anualidad, para lo cual realizó exhaustivos debates apoyándose en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, arribando a la conclusión que con el fin de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la referida norma no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, **sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.***

*Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación de su prestación **incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicio**, esto es, entre el 8 de octubre de 1997 y el 8 de octubre de 1998. (Negritas fuera del texto original)*

Siendo ello así, el accionante tiene derecho a que su prestación se liquide con inclusión de la asignación básica mensual, prima técnica, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones, tal como lo ordenó el A quo”¹¹.

Concluyéndose, que la pensión de jubilación regulada por la ley 33 de 1985, se liquida **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**, 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.

2.3.2.- De la condena en costas y el régimen objetivo, implementado con el artículo 188 de la ley 1437 de 2011 - Poder configurativo del legislador en asuntos procesales.

Se entiende por costas, “la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable y comprende, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó y a la que le deben ser reintegradas.”¹²

Por lo tanto, las costas procesales se traducen en una medida desventajosa para aquel, que fue vencido en un procedimiento judicial, en beneficio de aquel que resulta vencedor, en la receptación de sus apreciaciones de hecho y de derecho, entorno al litigio desatado.

En materia contenciosa administrativa, el tema de las costas procesales, no ha sido del todo pacífico, debido a la naturaleza propia de esta área del

¹¹ Ver entre otras Consejo de Estado; Expediente 0516-08, C. P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero; Expediente 0287-10. C. P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez; Expediente 1520-10. C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Ver a su vez, Sentencia del 20 de marzo de 2013. Expediente 0341-12. C.P Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, donde se reitera el marco jurisprudencial, consolidado desde la sentencia mencionada.

¹² LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil General*. Tomo I. Editorial Dupré. Bogotá - Colombia 2009.

derecho, en específico de los individuos e intereses que se encuentran en riesgo.

Al efecto, el Alto Tribunal Constitucional en Sentencia C-043 de 2004, realizó un estudio completo del tema, al resolver la controversia suscitada con la aplicación del artículo 171 del Decreto 01 de 1984 antiguo Código Contencioso Administrativo y el régimen subjetivo en materia de costas procesales.

En dicha decisión judicial, la Corte Constitucional, abarca la exequibilidad de la norma en comento, estableciendo los regímenes que han gobernado la tasación de las costas procesales a lo largo de la historia legislativa del país, destacando un régimen subjetivo, derivado del comportamiento del vencido y un régimen objetivo, caracterizado por el solo hecho de ser vencido¹³, resaltando una variedad interpretativa en materia contenciosa administrativa, que dependía de la conducta desplegada por las partes y del tema abordado (nulidad, reparación, contractual, etc.)

Ahora bien, la Ley 1437 de 2011, derogó las disposiciones contenidas en el Decreto 01 de 1984 y en materia de costas procesales, en su artículo 188 estableció:

“Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

Por consiguiente, del estudio de la norma se observa la configuración de un régimen de carácter objetivo, el cual desde su verbo rector “dispondrá”, que según su significado es “colocar, poner algo en orden y situación conveniente/ mandar lo que ha de hacerse.”¹⁴, existe una tasación de la condena, con su respectiva liquidación y ejecución, de conformidad con la

¹³ Propio de este régimen, es el dispuesto por el Código de Procedimiento Civil, en sus artículos 392 y siguientes.

¹⁴ <http://www.rae.es/drae/srv/search?id=IwJvh1m1PDXX2G9DnACY>.

remisión efectuada al Código General del Proceso¹⁵, el cual no determina una condición subjetiva para la materialización de las erogaciones procesales en estudio, pregonándose por un régimen objetivo propio de dicha jurisdicción, existiendo solo una exclusión de las costas, cuando el asunto sea de interés público¹⁶.

Considerándose en últimas, que bajo los argumentos del poder configurativo del legislador en asuntos procesales¹⁷, la determinación de condenar en costas bajo un régimen objetivo en materia contenciosa administrativa, es procedente, bajo la nueva redacción normativa consignada en el artículo 188 de la ley 1437 de 2011, siendo un imperativo para el juez, conforme el artículo 192 del CPACA, en donde además, se debe liquidar en la sentencia, lo referente a las agencias de derecho, como parte integral del concepto reiterado.

2.3.3. Caso concreto.

Aterrizando al caso concreto, limitado a su vez, de conformidad con lo señalado en los arts. 320 y 328 del C. G. del P., por remisión expresa del art. 306 del CPACA, se tiene que vistas las consideraciones de las partes, la problemática del asunto se limita a una colisión de interpretaciones sobre el IBL, que debe ser tenido en cuenta para una pensión de vejez, reconocida en virtud del régimen de transición –Art 36 Ley 100 de 1993-, en aplicación debida de la Ley 33 de 1985¹⁸.

¹⁵ Código de Procedimiento Civil, Artículo 392 numeral 1º reza: “Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto.”

¹⁶ Inciso 2º artículo 361 del CGP. “Las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente, de conformidad con lo señalado en los artículos siguientes”.

¹⁷ Ver entre otras. Corte Constitucional. Sentencia C-632 de 2012. P Dr. Mauricio González Cuervo.

¹⁸ Se destaca que en el presente asunto, no existe discusión alguna sobre la aplicación del régimen de transición, el cual fue asumido en los actos administrativos acusados, en favor del demandante, donde además se encuentra probado, que el actor para el 1º de abril de 1994, tenía más de 40 años de edad y prestó sus servicios por más de 20 años de servicios, a una empresa del sector estatal (Ver folio 145 del Cuad. de 1ra Inst. CD antecedentes administrativos).

Sin que tampoco exista discusión sobre los emolumentos devengados por el actor, durante el último año de la prestación de sus servicios, a más de su asignación básica, esto es, **auxilio de alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad**, máxime cuando tal eventualidad de orden fáctico, se puede constatar con las certificaciones suscritas por el Pagador de la Territorial Sucre del IGAC, visibles a folios 41 - 43 del cuaderno de primera instancia.

Luego entonces, la decisión de primera instancia debe ser confirmada, toda vez que se encuentra acreditado, que la demandante, efectivamente, es beneficiario 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, pues, como se deja sentado en apartes precedentes, la jurisprudencia ha reiterado de manera clara y precisa, que los factores que sirven de sustento a la liquidación de la mesada pensional, consignados en la ley, son meramente enunciativos, por lo cual, 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.**

Por lo tanto, en el caso puesto a consideración, la Sala advierte, que muy a pesar que la pensión de vejez reconocida al señor MARIO ISABEL BERTEL LARA, se efectuó bajo parámetros de la ley 33 de 1985, la interpretación dada en cuanto a los factores a tener en cuenta, a la hora de liquidar la misma, no es la coherente, con la línea jurisprudencial esbozada.

En efecto, de las documentales aportadas se tiene, que de los factores devengados en el último año de servicios, a más de la asignación básica, se deben incluir los siguientes factores como IBL, a fin liquidar la pensión de vejez reconocida, a saber: **auxilio de alimentación, prima de servicios**¹⁹,

¹⁹ Tal y como lo ha sostenido este Tribunal en sendas oportunidades: "*la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados son factores salariales que no deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación de un empleado del orden territorial, no obstante, si bien el demandante ostentaba la calidad de empleado del orden territorial, al mismo le asiste el derecho a que las acreencias mencionadas le sean tenidas en cuenta*"

prima de vacaciones y prima de navidad (no se tienen en cuenta la bonificación por servicios prestados, como quiera que la misma, si fue incluida en el IBL, tal como se prevé en las Resoluciones N° 24684 del 14 de junio de 2005²⁰ y N° 56610 del 4 de diciembre de 2007²¹), conforme lo expuesto en el acápite que antecede; 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 del actor.

En razón de lo antes anotado, esta Colegiatura insiste, que acertó la 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, interpretada conforme la línea jurisprudencial descrita, 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.**

En ese orden, dando respuesta al primer planteamiento jurídico propuesto, se avizora que la **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES "UGPP"**, debe liquidar la pensión de jubilación del demandante, incluyendo además de la asignación básica, y la bonificación de servicios prestados, los factores salariales devengados en el último año de servicios, como lo es el auxilio de alimentación, la prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad, con la salvedad que, sí sobre dichos factores no se han hecho

como factor computable para la liquidación de su pensión de jubilación, ya que, le es aplicable lo consagrado en el artículo 17 de la Ley 10 de 1990, al encontrarse vinculado antes de la vigencia de la mencionada ley a las entidades del sector salud". Cfr. Tribunal Administrativo de Sucre. Radicación 70-001-33-33-008-201400023-01. Demandante: IVÁN DE JESÚS FAYAD PÉREZ. Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP".

²⁰ *"Por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez". Folios 48 – 52, cuaderno de primera instancia.*

²¹ *"Por la cual se reliquida una pensión de vejez de conformidad con la ley 100 de 1993". Folios 53 - 57, cuaderno de primera instancia.*

aportes, la entidad podrá **compensarlos**, 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 decisiones²² 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 2016²³, 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 2010²⁴. 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 que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes.

²² 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.

²³ Expediente con radicación interna 4683-2013. C.P Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

²⁴ “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”.

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 Sala²⁵...

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 4° 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 sentencia de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica. La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada

²⁵ 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.

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, reafirmandose 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.

De otro lado, en consideración a la **condena en costas y agencias en derecho** impuesta por el A quo, se estima que la misma corresponde a un régimen objetivo, conforme al novedoso parámetro establecido en el artículo 188 del CPACA, de modo que, por el solo hecho de haber prosperado en su totalidad las pretensiones de la demanda y por tanto, resultar vencido en el proceso, la UGPP demandada, debe soportar la carga impositiva de asumir las costas y agencias en derecho que el juez considere, en consecuencia, al estar dicha imposición de esa carga, dentro de un régimen objetivo y estar en cabeza, en este caso, del vencido en la controversia, el juez no tiene la necesidad de realizar mayores elucubraciones, en donde se analicen las circunstancias subjetivas del vencido procesalmente, para detectar la procedencia o no de esa carga.

En consecuencia, se tendrá por no próspero, el cargo esbozado en el recurso de alzada, tendiente a que se le exonere a la demandada, de la condena en costas impuesta por el A quo.

3. Condena en costas - Segunda instancia.

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1º y 2º 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 Segunda 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 7 de marzo de 2016, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas en 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 cargo. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 00165/2016

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA
(En comisión de servicios)