



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA SEGUNDA DE DECISIÓN

Sincelejo, nueve (9) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-007-2015-00032-01
DEMANDANTE: FRANCISCO JOSÉ BENÍTEZ RAMOS
DEMANDADO: 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 3 de junio 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 **FRANCISCO JOSÉ BENÍTEZ RAMOS**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL “UGPP”**, con el fin que se declare la nulidad parcial de las Resoluciones No. 01231 de junio 12 de 2001 y 00296 de marzo 5 de 2002, expedidas por el Instituto Colombiano de Reforma Agraria – INCORA, por medio de las cuales, se reconoció una pensión de jubilación y se reliquidó dicha prestación, respectivamente. Y se declare la nulidad absoluta de las

¹ Folios 4 - 5 del cuaderno de primera instancia.

Resoluciones Nos. RDP 0057846 de diciembre 20 de 2013, expedida por la UGPP, por la cual se niega la reliquidación de la pensión de vejez; y RDP 003650 de febrero 4 de 2014, por la cual se resuelve un recurso de apelación.

A título de restablecimiento del derecho, solicita el actor, se ordene a la UGPP, reliquidar su pensión de jubilación con la inclusión de todo lo devengado por él, durante su último año de servicio; así como reconocer y pagar las diferencias dejadas de cancelar.

1.2.- Hechos de la demanda²:

Manifestó el demandante que trabajó en el Instituto Colombiano de Reforma Agraria – INCORA, desde el 5 de julio de 1971 hasta el 31 de octubre de 1997; entidad que mediante Resolución No. 01231 de junio 12 de 2001, reconoció a su favor una pensión.

Señaló el actor, que el INCORA no actualizó el ingreso base de liquidación de su pensión, por lo que le solicitó su reliquidación; fue así que mediante Resolución No. 00296 del 5 de marzo de 2002, dicha entidad, accedió de manera parcial a tal pedimento.

Indicó, que en virtud de lo anterior, el día 3 de marzo de 2013, presentó derecho de petición ante el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, solicitando la reliquidación de su pensión de jubilación; petición que fue despachada desfavorablemente por parte de la UGPP, mediante Resolución No. RDP 0057846 de diciembre 20 de 2013.

Contra la anterior resolución, el actor interpuso recurso de apelación, sin embargo, la entidad demandada mediante Resolución No. RDP 003650 de febrero 4 de 2014, confirmó dicha decisión.

² Folios 5 - 6, cuaderno de primera instancia.

Como soporte jurídico de sus pretensiones, alegó como violadas las siguientes normas Constitucionales: artículos 13, 25, 48, 53 y 58; y legales: Ley artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Para el actor, los actos acusados vulneran las citadas normas, toda vez que considera ha debido actualizarse el ingreso base de liquidación con el I.P.C., actualizado por el DANE y ajustando su valor.

Así mismo, señala que tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación, incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, por encontrarse amparado por el régimen de transición.

1.3. Contestación de la demanda³.

La Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP", se opuso a las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentos jurídicos y probatorios, toda vez, que los actos administrativos acusados, fueron expedidos en virtud de las normas vigentes y aplicables al caso particular. Frente a los hechos, señaló, que en su mayoría se admitían.

Propuso las siguientes excepciones:

- Inexistencia de la obligación: toda vez que reconoció la pensión del actor, dice, teniendo en cuenta la edad, tiempo y monto pensional del régimen anterior- Ley 33 de 1985; y los demás aspectos, tales como IBL y factores salariales, se rigieron con base en lo establecido en la Ley 100/1993 y el Decreto 1158 de 1994.

Indicó, que no era posible reliquidar la pensión del demandante con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año

³ Folios 107 - 115, del cuaderno de primera instancia.

de servicio, pues, en virtud del régimen transicional, era claro, que respecto a estos, para efectuar la liquidación de la pensión, debía atenderse a lo contemplado en el Decreto 1158 de 1994 y al inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para obtener el IBL.

La anterior posición fue fundamentada en lo decidido por la Honorable Corte Constitucional, en Sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015.

- Buena Fe: toda vez que actuó con amparo a lo dispuesto en la Ley 33/1985, Ley 100/1993, Decreto 1158 y demás normas concordantes y criterios jurisprudenciales sobre el tema. En tal sentido, no existió mala fe en el trámite dado en sede administrativa a las peticiones y hechos de que trataba este proceso.

- 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 impugnada⁴.

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Sincelejo, mediante sentencia de junio 3 de 2016, declaró no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada. A su vez, 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 Francisco José Benítez Ramos, incluyendo en su cálculo, los siguientes factores salariales: asignación básica, auxilio de alimentación, prima de localización,

⁴ Folios 141 - 151, cuaderno de primera instancia.

bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de antigüedad, prima de vacaciones, bonificación por compensación y prima semestral o de servicio.

Así mismo, condenó a la UGPP, a pagar las diferencias a que hubiere lugar, luego de la respectiva reliquidación.

De igual manera, declaró probada la excepción de prescripción del derecho a recibir el pago del reajuste de las mesadas, causadas con anterioridad al 3 de octubre de 2010.

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.

Igualmente indicó, que del certificado de pago de salarios del actor, se vislumbraba que se retiró del servicio el 31 de octubre de 1997 y devengó, durante el último año de servicio, los siguientes valores: 1) asignación básica mensual, 2) sueldo por vacaciones, 3) auxilio de movilización, 4) auxilio de alimentación, 5) auxilio de localización, 6) bonificación por recreación, 7) bonificación por servicios, 8) prima de navidad, 9) prima de antigüedad, 10) prima de vacaciones, 11) bonificación por compensación y 12) prima semestral; los cuales, además de los indicados en los numerales 1, 7 y 11, debieron ser incluidos en su totalidad en la liquidación de la pensión que le fue reconocida al demandante, conforme lo estipulado en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, con excepción de los relacionados en los numerales 2, 3 y 6, los cuales no servían de base salarial para liquidar dicha prestación.

Así mismo, indicó, que la pensión del demandante debió liquidarse con base en el 75% de los elementos salariales antes mencionados, en el monto devengado en el último año de servicio.

De otro lado, señaló, que como la reliquidación de la pensión se solicitó el 3 de octubre de 2013, la UGPP debía pagarle al actor las diferencias de las mesadas pensionales dejadas de percibir, causadas a partir del 3 de octubre de 2010 en adelante, pues, las causadas con anterioridad se encontraban prescritas.

1.4.- El recurso⁵.

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 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 la actora 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, 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.

En lo concerniente al Ingreso Base de Liquidación, sostuvo, que el inciso 3 del citado artículo 36, fijó la regla sobre cómo debía calcularse el IBL de los beneficiarios del régimen de transición.

Trajo a colación los criterios jurisprudenciales de las Altas Cortes, en cuanto a la interpretación del régimen de transición, invocándose como más

⁵ Folios 165 - 173, cuaderno de primera instancia.

reciente, el pronunciamiento de unificación, previsto en la sentencia C-230 de 2015.

Respecto a los factores salariales, reiteró, que solo podían tenerse en cuenta los devengados por el demandante entre el 1° de abril de 1994 y el 31 de octubre de 1997; y anotó, que mal hacía el fallador de primer grado en ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta el 75% de dichos factores, estando el demandante bajo el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/1993.

Finalmente indicó, que debía ser desestimada la condena en costas, pues, su comportamiento procesal no fue temerario en sede administrativa, ni judicial.

1.5.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 31 de agosto de 2016, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia de 3 de junio de 2016⁶.
- Posteriormente, mediante auto de septiembre 30 de 2016, se ordenó el traslado de alegatos⁷.

1.6.- Alegatos de Conclusión.

La UGPP⁸: solicitó se revocara la decisión de primera instancia, reiterando los mismos argumentos expuestos en el escrito de apelación.

El Agente del Ministerio Público⁹: solicitó se confirmara la decisión de primera instancia, al considerar que la pensión de jubilación del actor se debe

⁶ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folio 15, cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folios 22 - 27, cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folios 28 - 30, cuaderno de segunda instancia.

liquidar, teniendo en cuenta lo señalado por las Leyes 33 y 62 de 1985, debiéndose calcular el IBL de acuerdo con el promedio de lo devengado por el actor en el último año de servicios, incluyendo la totalidad de los factores salariales; ello en aplicación del principio constitucional laboral de favorabilidad y siguiendo la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, sobre la aplicabilidad de la transición en pensiones.

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.

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 3° de la ley 33 de 1985, modificado a su vez por el artículo 1° 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 3°, modificado por el artículo 1° 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 3° 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 3° 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. (Negrillas 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 quo¹⁰.

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

¹⁰ 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.

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”¹¹.

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, en torno 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 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 vencido¹², 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.)

¹¹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil General*. Tomo I. Editorial Dupré. Bogotá - Colombia 2009.

¹² Propio de este régimen, es el dispuesto por el Código de Procedimiento Civil, en sus artículos 392 y siguientes.

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.”¹³, existe una tasación de la condena, con su respectiva liquidación y ejecución, de conformidad con la remisión efectuada al Código General del Proceso¹⁴, 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 público¹⁵.

Considerándose en últimas, que bajo los argumentos del poder configurativo del legislador en asuntos procesales¹⁶, 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.

¹³ <http://www.rae.es/drae/srv/search?id=lwJvh1m1PDXX2G9DnACY>.

¹⁴ 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.”

¹⁵ 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”.

¹⁶ Ver entre otras. Corte Constitucional. Sentencia C-632 de 2012. P Dr. Mauricio González Cuervo.

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 1985¹⁷.

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, auxilio de localización, bonificación por servicios, prima de navidad, prima de antigüedad, prima de vacaciones, bonificación por compensación y prima semestral**¹⁸; máxime cuando tal eventualidad de orden fáctico, se puede constatar con la certificación suscrita por la Coordinadora del Grupo de Gestión Integral de Entidades Liquidadas, visible a folio 45.

Luego entonces, la decisión de primera instancia debe ser confirmada, toda vez que se encuentra acreditado, que el 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

¹⁷ 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 (nació el 15 de enero de 1943) y prestó sus servicios por más de 20 años a una empresa del sector estatal (laboró como empleado oficial, en el cargo de Técnico Operativo Grado 11, en el liquidado Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA, entre el 5 de julio de 1971 hasta el 31 de octubre de 1997). Ver certificado obrante a folio 45 del Cuad. de 1ra Inst.

¹⁸ Si bien el actor devengó otros factores, tales como sueldo por vacaciones (corresponde a un descanso remunerado para el trabajador), auxilio de movilización y bonificación por recreación (art. 15 decreto 2710 de 2001), los mismos no se tienen en cuenta, como quiera que no sirven de base salarial para liquidar dicha prestación. Cfr. folio 45. Igualmente vale anotar, que no se tiene en cuenta la bonificación por compensación y la bonificación por servicios prestados, como quiera el A-quo los dio por incluidos en el IBL, aspecto éste que por demás no fue objeto de recurso.

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 reconocida al señor FRANCISCO JOSÉ BENITEZ RAMOS, 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, auxilio de localización, bonificación por servicios, prima de navidad, prima de antigüedad, prima de vacaciones, bonificación por compensación y prima semestral,** 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 de la actora.

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 de la demandante, incluyendo además de la asignación básica, la bonificación de servicios prestados y la bonificación por compensación¹⁹, los factores salariales devengados en el último año de servicios, como lo es, auxilio de alimentación, auxilio de localización, bonificación por servicios, prima de navidad, prima de antigüedad, prima de vacaciones, bonificación por compensación y prima semestral²⁰, con la salvedad que, sí sobre dichos factores no se han hecho 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 decisiones²¹ 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 2016²², 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 2010²³. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, la Sala

¹⁹ Bajo las anotaciones del pie de página que precede.

²⁰ No debe olvidarse en este aspecto, que el demandante fue empleado del orden nacional.

²¹ 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.

²² Expediente con radicación interna 4683-2013. C.P Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

²³ *“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”.*

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.

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 Sala²⁴...

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:

²⁴ 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.

1) La complejidad de los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición, hace altamente razonable la interpretación que tradicionalmente ha tenido esta Corporación respecto de la expresión "monto" contenida como criterio general en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

2) Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencias de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica. La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional. El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como lo son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico, que en todo caso ya se asumió para la generalidad de los pensionados, quedando muy pocos pendientes de esa decisión. Debe recordarse que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, además de introducir el concepto de sostenibilidad financiera al sistema pensional, dispuso que el Estado "asumirá la deuda pensional que esté a su cargo".

3) Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas.

4) La Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa, en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le sería aplicable, dado que como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a defender su posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos aquí expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema.

5) Los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que la misma Corte Constitucional ha estimado incorporados a la Constitución Política colombiana en virtud del llamado "bloque de constitucionalidad", no se predicen

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).

Acorde con lo anterior, este Tribunal igualmente se aparta del precedente de la Honorable Corte Constitucional en sentencia **SU-427 de 2016**, en cuanto a interpretación del cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas previstas en la Ley 100 de 1993, y reitera lo dicho en sentencia del 4 de noviembre de 2016²⁵:

"Sobre este particular, ha de expresarse por parte del Tribunal que la pensión es un derecho de contenido social y un derecho humano, a la luz de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia, en especial de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988 (estos dentro del sistema Interamericano de Derechos Humanos), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (dentro del sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos) y el Texto de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.

²⁵ Sentencia proferida por la Sala Tercera de Decisión Oral. Radicación No. 70-001-33-33004-2015-00106-01, Demandante: Marly del Cristo Manjarres de Reyes, Demandado: U.G.P.P. M.P. Silvia Rosa Escudero Barboza.

Los anteriores instrumentos internacionales, hacen parte del Bloque de Constitucionalidad y consagran la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro de los que se puede clasificar las pensiones²⁶. En virtud de ello, se ha inferido un principio aplicable a la protección de los derechos objeto de pronunciamiento, y es la prohibición de regresividad, por lo tanto, en los Estados partes de estos instrumentos internacionales, no pueden existir medidas legislativas o interpretativas que vayan en contra de las conquistas de los trabajadores, normas de carácter internacional que no hacen otra cosa que materializar el Estado Social de Derecho y los fines del Estado (artículos 1 y 2 de la C.P.)”.

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.

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,

²⁶ Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, consagra: “Artículo 11. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.” Por su parte el Protocolo de San Salvador, en su artículo 1, consagra: “Artículo 1. Obligación de Adoptar Medidas. Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.” Adicionalmente, este protocolo, establece el derecho a la seguridad social y la protección de la vejez (artículo 9) y la protección de los ancianos (artículo 17). El Texto de la Constitución de la OIT, regula en su artículo 19 numeral 8: “8. En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación.” (Negrillas para resaltar). De esta norma se ha deducido la prohibición de regresividad en materia laboral, tanto desde el punto de vista legal, como de la aplicación judicial del derecho laboral”.

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 3 de junio 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. 215/2016

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS
(Ausente con permiso)

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA