



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA SEGUNDA DE DECISIÓN

Sincelejo, nueve (09) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-007-2015-00111-01
DEMANDANTE:	CRISTINA ISABEL MONTIEL PACHECO
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 15 de junio de 2016, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

La señora **CRISTINA ISABEL MONTIEL PACHECO**, 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 de los siguientes actos administrativos: i) Resolución No. RDP 031554 del 16 de octubre de 2014, por la cual se niega la reliquidación de la pensión de vejez; y ii) Resolución No. RDP 001965 del 20 de enero de 2015, por la cual se resuelve un recurso de apelación.

¹ Folios 1 - 2 del cuaderno de primera instancia.

A título de restablecimiento del derecho, solicita el actor se ordene a la parte demandada, a reconocer y pagar la reliquidación de su pensión de vejez con la inclusión de nuevos factores salariales; así como el pago de las diferencias dejadas de cancelar.

1.2.- Hechos de la demanda²:

Manifestó la demandante que la UGPP por medio de la Resolución No. RDP 031554 del 16 de octubre de 2014, negó su solicitud de reliquidación de pensión de jubilación con la inclusión de nuevos factores salariales; acogiendo para ello, en los factores taxativamente señalados en las leyes 33 y 62 de 1985 y sobre todos los que definía el Decreto 1158 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993.

Contra la anterior resolución, la actora interpuso recurso de apelación, sin embargo, la entidad mediante Resolución No. RDP 001965 de enero 20 de 2015, confirmó dicha decisión.

Como **soporte jurídico** de sus pretensiones, alegó como violadas las siguientes normas Constitucionales: artículos 48 y 53; legales: artículo 36 de la Ley 100 de 1993, Leyes 33 y 62 de 1985, artículo 45 del Decreto 1045 de 1978; Decretos 1848 de 1989; y jurisprudenciales: Sentencia del Consejo de Estado, de fecha 4 de agosto de 2010, radicado No. 0112-09; sentencia del 3 de febrero de 2011, radicado No. 25000-23-25-000-2007-01044-01(0670-10); sentencia del 16 de febrero de 2012, radicado No. 25000-23-25-000-2007-01256-01(0464-11); sentencia del 27 de enero de 2011, radicado No. 08001-23-31-000-2007-00112-01(0045-09).

Para la actora, 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.

² Reverso folio 1, cuaderno de primera instancia.

1.3. Contestación de la demanda.

La Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social “UGPP”³, se opuso a las pretensiones de la demanda, en atención a los actuales pronunciamientos jurisprudenciales que coincidían con su posición, en el caso materia de debate. En cuanto a los hechos señaló, que se admitían.

Propuso las siguientes excepciones:

- Indebida interpretación del régimen de transición: indicó, que se acogía a los planteamientos de la Honorable Corte Constitucional, que en sentencia de unificación dejó sentado que el IBL no era un aspecto cobijado por la transición de la Ley 100 de 1993, de tal forma, que su tratamiento estaba determinado por esta norma y no por la legislación anterior, que en virtud de este beneficio le resultaba aplicable por la condiciones de edad, tiempo de servicio y monto.

En ese sentido, manifestó que estaba claro que el IBL del actor, debía calcularse conforme al promedio del tiempo que desde la entrada en vigencia de la Ley 100, le hacía falta para adquirir el status o del promedio de los últimos diez años. Y en cuanto a los factores salariales, solo podrían tenerse en cuenta aquellos enlistados en el Decreto 1158 de 1994.

Concluyó, que la única forma de acceder a la aplicación integral del régimen pensional consignado en la Ley 33 de 1985, es haber cumplido con la totalidad de los requisitos en él estatuidos antes de su pérdida de vigencia, pues, de lo contrario, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, quienes no hayan logrado adquirir su status pensional, indefectiblemente quedaron sometidos al imperio de esta última.

- Prescripción trienal: sin que se entendiera como allanamiento a las pretensiones, solicitó se declarara la prescripción extintiva de ciertas

³ Folios 81 - 88, del cuaderno de primera instancia.

mesadas, que se causaron con posterioridad a la fecha en que se hizo efectiva la respectiva prestación.

- Buena Fe: toda vez, que actuó con amparo a lo dispuesto en la Ley 100/1993, Ley 33/1985 y demás normas concordantes, que desarrollan lo referente a la pensión de jubilación, acudiendo también a los criterios jurisprudencias de las altas cortes, los cuales indicaban la forma como debía calcularse la pensión. En tal sentido, no existió mala fe en el trámite dado en sede administrativa a las peticiones y hechos de que trataba este proceso.

1.3.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Sincelejo, mediante sentencia de junio 15 de 2016, declaró la nulidad de los actos acusados, mediante los cuales, se negó la reliquidación de la pensión de jubilación a la actora.

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 a la señora Cristina Isabel Montiel Pacheco, incluyendo en su cálculo, la totalidad de los factores salariales 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 julio de 2011.

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, la actora 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.

⁴ Folios 101 - 110, cuaderno de primera instancia.

Igualmente, indicó que del certificado de pago de salarios de la actora, 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: bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, prima de servicio, prima de navidad y recargos nocturnos, los cuales debieron ser incluidas en su totalidad, en la liquidación de la pensión que le fue reconocida a la demandante, conforme lo estipulado en el artículo 45 del decreto 1045 de 1978.

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

Precisó, que si bien la señora Montiel Pacheco en su oportunidad, solicitó a Cajanal la reliquidación de su pensión, en el sentido de aumentar el ingreso base de liquidación en los términos previstos en la Ley 100 de 1993, ello no implicaba que hubiere renunciado al régimen de transición, porque el estatus jurídico, lo alcanzó estando en esa condición, de manera que le resultaba más beneficioso la liquidación de su pensión en los términos de la Ley 33 de 1985; además, que aceptar que la demandante renunció al régimen de transición por haber solicitado el aumento del IBL de su pensión, en los términos previstos en la Ley 100/93, desconocía los principios constitucionales de irrenunciabilidad de los beneficios mínimos, favorabilidad, progresividad y condición más beneficiosa.

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

⁵ Folios 123 - 129, 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 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, 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, que debía ser desestimada la condena en costas, pues, era evidente que la demandante no tenía derecho a la reliquidación reconocida y sus actuaciones dentro del presente asunto, fueron fundadas.

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 15 de junio de 2016⁶.
- Posteriormente, mediante auto de septiembre 30 de 2016, se ordenó el traslado de alegatos⁷.

⁶ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folio 15, cuaderno de segunda instancia.

1.6.- Alegatos de Conclusión.

La parte demandante⁸: reiteró que 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.

La UGPP⁹: solicitó se revocara la decisión de primera instancia, reiterando los mismos argumentos expuestos en el escrito de apelación.

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?

⁸ Folios 21 - 24, cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folios 25 - 30, cuaderno de segunda instancia.

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

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.

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."*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, 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 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

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

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.)

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

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

¹³ <http://www.rae.es/drae/srv/search?id=IwJvh1m1PDXX2G9DnACY>.

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. M. P. Dr. Mauricio González Cuervo.

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 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, **bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad y el recargo nocturno u horas extras**, máxime cuando tal eventualidad de orden fáctico, se puede constatar con la certificación suscrita por la Pagadora del Hospital Regional de II Nivel de San Marcos¹⁸.

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

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 de la demandante, donde además se encuentra probado, que la actora para el 1º de abril de 1994, tenía más de 40 años de edad (nació el 3 de septiembre de 1952 – fl. 15) y prestó sus servicios por más de 20 años, al Hospital Regional del Segundo Nivel de San Marcos (entre el 1º de noviembre de 1971 hasta el 31 de diciembre de 1972 y del 11 de abril de 1977 hasta el 31 de marzo de 2011) - Ver CD de antecedentes administrativos, folio 78 del Cuad. de 1ra Inst.

¹⁸ Folio 16 del C.1, y archivo 0401 del CD de antecedentes administrativos, obrante a folio 78.

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 a la señora CRISTINA ISABEL MONTIEL PACHECO, 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: **prima de vacaciones, prima de servicios¹⁹ y prima de navidad**, (no se tienen en cuenta la bonificación por servicios prestados y las horas extras como quiera que los mismos, si fueron incluidos en el IBL, tal como se prevé en las Resoluciones N° PAP 014347 del 21 de septiembre de 2010²⁰ y N° PAP 051105 del 29 de abril de 2011²¹), 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

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 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"*. (fls. 12 - 14 del C.1). Antecedentes Administrativos, archivo 12, (fl.78 del C.1.)

²¹ *"Por la cual se reliquida una pensión de vejez de conformidad con la ley 100 de 1993"*. Antecedentes Administrativos, archivo 42, (fl.78 del C.1.)

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, y la bonificación de servicios prestados, los factores salariales devengados en el último año de servicios, como lo es prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad, 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 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,

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.

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.

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

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”.

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.

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 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).

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 2016²⁶:

²⁶ 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. Dra. Silvia Rosa Escudero Barboza.

"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.

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 pensiones²⁷. 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, reafirmandose en la posición que desde

²⁷ El 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".

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 15 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 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 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