



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017)

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN

Magistrada ponente: **Silvia Rosa Escudero Barboza**

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicación: No. 70-001-33-33-004-**2015-00101**-01

Accionante: **Miguel Eduardo Fernández Espinoza**

Accionado: **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional
y Contribuciones Parafiscales –UGPP–**

*Tema: Reliquidación de pensión – Factores Salariales aplicables-
Régimen de la Ley 33 y 62 de 1985*

1. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde al Tribunal, resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 19 de noviembre de 2015, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

2. ANTECEDENTES

2.1. La demanda¹: El señor MIGUEL EDUARDO FERNÁNDEZ ESPINOZA, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho dirigido en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales -UGPP-, solicitando se declare la nulidad de la Resolución No. RDP 033672 del 24 de julio de 2013 proferida por la Subdirectora de Determinación de Derechos Pensionales de la Demandada, por la cual se negó la reliquidación de una pensión de vejez al demandante, donde se solicitó revisión y reliquidación de la pensión vitalicia de jubilación, incluyendo todos los factores salariales devengados por el beneficiario durante el último año de servicio debidamente indexado teniendo en cuenta el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo, se declare la nulidad de la resolución No. RDP 036901 del 12 de agosto de 2013, por la cual se le negó un recurso de apelación, confirmando en todas y cada una de sus partes la resolución No. RDP 033672 del 24 de julio de 2013, quedando agotada la vía gubernativa.

En consecuencia y a título de restablecimiento del derecho solicito que se le ordene a la entidad demandada revisar y hacer una nueva liquidación de la pensión de la pensión vitalicia de jubilación, en cuantía equivalente al 75% del salario mensual promedio devengado por el empleado durante el último año de servicio, calculando el ingreso base de liquidación con todos los factores que constituye los salarios devengados del 3 de mayo de 2006 al 2 de mayo 2007, debidamente actualizado e indexado a la fecha de efectividad de la pensión, de acuerdo a las variaciones del índice de precios al consumidor IPC de conformidad con la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 proferida por el H. Consejo de Estado.

¹ Fl. 6 a 5 C. Ppal.

Igualmente se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar al demandante la reliquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación a partir del 3 de mayo de 2007 suma equivalente al 75% del salario mensual promedio.

Así mismo, se ordene a la entidad demandada a que sobre el nuevo valor de la pensión vitalicia de jubilación reconozca y pague los reajustes anuales pensionales de conformidad con la ley y además reajustes pensionales causados a partir del 1º de enero de 2008.

De igual forma se condene a la entidad demanda a pagar a favor de la demandante la diferencia de las mesadas pensionales entre lo pagado por nómina y lo debido pagar según la demanda.

2.2. Hechos relevantes²: El señor MIGUEL EDUARDO FERNÁNDEZ ESPINOZA, prestó sus servicios en el sector público por tiempo superior a 20 años, siendo retirado del servicio el 2 de mayo de 2007 habiendo laborado últimamente con el INURBE.

A la fecha de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 cumplía con los requisitos exigidos para ser acreedor al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por cuanto tenía más de 40 años de edad y más de 15 años de servicio.

Mediante Resolución No UGM 002571 del 1 de agosto de 2011 proferida por CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN se reliquidó por retiro definitivo del servicio la pensión de jubilación al demandante efectiva a partir del 3 de mayo de 2007.

Para efectos de promediar el ingreso base de liquidación de la pensión reconocida por Resolución UGM 002571 del 1º de agosto de 2011 se hizo con el 75% del promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio al cumplimiento del estatus pensional, pero el ingreso base

² Fl. 19-20 C.Ppal.

de liquidación solo se determinó con la asignación básica y la bonificación por servicios prestado, omitiendo la inclusión de la totalidad de los factores que constituyen salarios y que se devengaron por el actor en el último año de servicio.

2.3. Actuación procesal: La demanda fue presentada ante los Juzgados Administrativos de Bogotá, correspondiendo su conocimiento al Juzgado 21 Administrativo Sección Segunda Oral de Bogotá el día 17 de febrero de 2014, juzgado que remitió el conocimiento del presente proceso al Juzgado Doce de Descongestión de Bogotá, el cual mediante auto³ de fecha 4 de febrero de 2015 remito el proceso a los Juzgados Administrativos del Circuito de Sincelejo por falta de competencia en cuanto al factor territorio, correspondiéndole su conocimiento al Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Sincelejo, el cual admitió la demanda atreves de auto⁴ de calenda 11 de mayo de 2015, siendo notificada a las partes y demás entidades el 27 de mayo de 2015 (ver folios 58 – 62), se procedió a fijar fecha para la audiencia inicial para el día 19 de noviembre de 2015, calenda en la cual se realizó la misma y se dictó sentencia.

2.4. Pronunciamiento de la parte demandada⁵: la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales -UGPP- contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones manifestando que estas son improcedentes por cuanto la pensión del actor fue adquirida en plena vigencia de la Ley 100 de 1993 y su liquidación se hicieron con base en el artículo 36 de la misma norma, que establece además los elementos para conformar el ingreso base de liquidación, que no es el del régimen anterior, si no el dispuesto en el inciso tercero de esa ley, así mismo manifestó que los factores para determinar el IBL, son los del Decreto 1158 de 1994.

Igualmente propuso las excepciones previas de inexistencia de la obligación, improcedencia de intereses moratorios sobre condenas

³ Fl 49 C. Ppal

⁴ Fl 53 C.Ppal

⁵ Fl. 96-106 C.Ppal

derivadas de reajustes o de reliquidaciones pensionales y prescripción trienal.

2.5. Sentencia recurrida⁶: El Juez de instancia procedió a declarar parcialmente probada la excepción de prescripción.

Igualmente accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución RDP 033672 de 24 de julio de 2013 y la Resolución RDP 036901 del 12 de agosto de 2013 expedida por la UGPP.

A título de Restablecimiento del Derecho ordenó reliquidar la pensión de jubilación reconocida en cuantía equivalente al 75% del promedio de los siguientes factores salariales devengados durante el último año de servicio previo a la adquisición del status, como son: el sueldo, prima de alimentación, bonificaciones por servicios prestados, prima semestral, prima de vacaciones y la prima de navidad.

Así mismo ordenó que de la liquidación efectuada, la accionada deberá pagar al demandante las diferencias causadas entre las mesadas pagadas y las reliquidadas, a partir del 7 de junio de 2010, al observarse que operó la prescripción con respecto a las mesadas pensionales anteriores. Del mismo modo, la entidad demandada deberá realizar los descuentos por aportes correspondientes a aquellos factores que no hayan sido objeto de deducción legal.

Como sustento de su decisión, citó la sentencia de 18 de febrero de 2010, Rad 0836-08 Sección Segunda del H. Consejo de Estado y la providencia del 31 de marzo de 2014 Sección Segunda Subsección a del H. Consejo de Estado. En ese sentido, concluyó que la base para calcular la pensión de un empleado que se encuentra en el régimen de transición establecido en la Ley 33 de 1985 debe contar con todos los factores salariales devengados por el solicitante durante el último año de servicio, teniendo en cuenta lo anterior manifestó que el actor se

⁶ FI. 116-122 C.Ppal

encuentra amparado por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es decir que su pensión de jubilación en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto se rige por la normatividad anterior que en este caso es la Ley 33 de 1985 tal como la entidad demandada lo manifestó en la Resolución 33672 de 24 de julio de 2013 la cual negó la reliquidación del pensionado, por tal razón, consideró que el actor tiene derecho a que la entidad demandada le pague y reliquide la pensión de jubilación con base en la Ley 33 de 1985, puesto que su pensión fue liquidada con el promedio de lo devengado los últimos 10 años de servicio, desconociendo el principio de integralidad de la norma y de la jurisprudencias citadas, por lo que el acto acusado está viciado de nulidad pues la pensión fue liquidada de manera errónea, debiéndose liquidar y tomar como base el promedio devengado en el último año de servicio.

2.6. El recurso de apelación⁷: La entidad demandada no comparte la decisión, manifestando que se está desconociendo abiertamente el verdadero espíritu del régimen de transición del cual es beneficiario el demandante, hecho que deriva en la indebida aplicación o interpretación de tal beneficio a este y en un detrimento patrimonial a la entidad demandada, razón suficiente para alegar que la actora no le asiste el derecho a reliquidación.

Manifiesta que debe ser revocada la decisión, puesto debe respetarse del régimen anterior única y exclusivamente el elemento o requisito pensional de la edad, el tiempo y el monto, que el monto corresponde al porcentaje a tener en cuenta del promedio determinado una vez se haya obtenido el ingreso base para liquidar la pensión IBL, pero que no incluye el IBL toda vez que el mismo está expresamente determinado en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

⁷ Folio 143- 153 C. Ppal

Así mismo arguye, que el término de un año que contenía la antigua normatividad como IBL, no se incluyó dentro de los factores respetados por el régimen de transición, lo que implica que está derogado y no tiene aplicación en el momento de liquidar la pensión de vejez o jubilación.

La H. Corte Suprema de Justicia en reiteradas oportunidades ha puntualizado que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, remite a normas anteriores, solo para efectos de establecer los requisitos de edad, tiempo y monto para el reconocimiento de la pensión de vejez, pero el ingreso base de liquidación está consagrado dentro de ese artículo, por esa razón manifiesta que el beneficiario del régimen de transición no tiene un derecho adquirido frente a normas anteriores a la Ley 100 de 1993, en concordancia con el pronunciamiento de la H. Corte Constitucional, en los eventos en que no se ha cumplido con los requisitos legales y extralegales para adquirir el derecho a una pensión bajo la vigencia de la ley anterior.

En cuanto a los factores salariales que se han de tener en cuenta para adelantar el correspondiente cálculo, solicitó se revocara la decisión del *A quo*, puesto que, consideran que el actor se equivocó al pretender que la entidad pensional reconozca todos y cada uno de los factores devengados por este durante el último año de servicio, pues con ello se está violando un expreso mandato de la norma que crea el régimen transicional, que sirvió de fundamento para reconocer la pensión del demandante, consiste en que todos los requisitos o condiciones distintos a los tres que la misma norma salvaguarda del régimen anterior, en favor del afiliado, deberá ser tratado según las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y siendo que claramente los factores salariales no se encuentra entre aquellos tres elementos protegidos, edad, tiempo y moto de servicio.

Por último concluye que al conceder la pensión del demandante, sólo puede incluir dentro de los cálculos de los factores devengados y que estén contemplados en el Decreto 1158 de 1994.

2.7. Actuación en segunda instancia. A través de auto del 7 de junio de 2016⁸, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte accionada en contra de la sentencia aludida; a su vez, por proveído del 28 de julio de 2016⁹, se corrió traslado a las partes por diez días para alegar de conclusión.

2.8. Alegatos de conclusión parte demandante¹⁰: La parte demandante solicitó en su escrito de alegaciones que conforme a las normas citadas, peticiones y hechos de la demanda, se confirme la sentencia de impugnación y que si se da cualquier modificación, esta debe ser favorable del ex trabajador, hoy pensionado y naturalmente persona de la tercera edad, igualmente solicitó se recojan los argumentos presentados en legal forma en la sentencia de primera instancia y que accedió a las suplicas de la demanda.

2.9. Alegatos de conclusión parte demandada¹¹: La parte demandada manifiesta en sus alegatos que en la solución del caso concreto se debe adoptar el criterio emanado de la H. Corte Constitucional, no solo por el hecho de coincidir con las tesis que se ha defendido en las etapas de este proceso, sino porque es criterio preferente, vinculante y obligatorio para todas las jurisdicciones del país, en razón a que la corporación que la profirió es el órgano judicial autorizado por la carta política para interpretar dichas normas superiores y salvaguardar el respeto de la misma.

Por lo que, el hecho de no acoger tal precedente genera un desconocimiento a la Constitución Nacional, en el entendido que no deben proferirse decisiones judiciales que no acojan la interpretación y alcance que de las normas jurídicas efectúa la H. Corte Constituciones a través de sus sentencias, tal y como ocurrió en este caso, en donde aunque se reconoce la existencia del precedente fijado

⁸ Fl. 3 del C. Alzada

⁹ Fl. 13 del C. Alzada

¹⁰ Fl. 19.21 C. alzada.

¹¹ Fl.22-25 C. alzada.

en la SU 230 de 2015, se decide adoptar un planteamiento jurisprudencial que expresamente señaló su desconocimiento a la mencionada SU-230 DE 2015.

2.9. Concepto del Ministerio Público: el señor agente del Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Problema Jurídico. Consiste en determinar si el actor tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, teniendo en cuenta en la liquidación todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

Para tal fin, se abordará el siguiente orden conceptual: i) El régimen de transición dispuesto en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y sus alcances jurídicos ii) caso concreto.

i) El régimen de transición dispuesto en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y sus alcances jurídicos. Ha de determinarse en primer orden que el régimen aplicable en el presente caso por ser empleado del orden nacional el actor , es la norma contenida en la Ley 100 de 1993, artículo 36, establece una garantía sobre los derechos adquiridos de las personas que venían aportando al sistema de pensiones antes de la entrada en vigencia de dicha normatividad, siempre y cuando cumplieran con uno de dos requisitos previamente establecidos, tener 35 años de edad cumplidos en caso de ser mujer o 40 para los hombres o en su defecto tener 15 o más años de servicios cotizados.

Pues bien, quienes, cumplieran con uno de los de los requisitos anteriores, tienen derecho a que su pensión de vejez sea reconocida en los términos establecidos en las normas que regían con anterioridad a la Ley 100 de 1993, entre estas, la Ley 33 de 1985 y demás concordantes.

La Ley 33 de 1985 dispone que la pensión de jubilación será reconocida con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, fue modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, estableciendo un listado de los factores salariales a tener en cuenta, sobre este punto o aspecto se han tejido múltiples contradicciones respecto a cómo debe aplicarse entonces esta normatividad en cuanto al régimen de transición ya mencionado, puesto que al momento del reconocimiento de las pensiones se ha interpretado que los factores salariales contenidos en las normas no son taxativos, al respecto el H. Consejo de Estado ha establecido¹²:

"De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 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".

El marco jurisprudencial anterior indica que los factores salariales son enunciativos y no taxativos, pues puede haber devengado ciertos factores salariales que no están en la Ley y que pueden servir de base para realizar las cotizaciones al sistema pensional, la misma sentencia establece que si bien hay factores salariales, sobre los cuales no se hicieron deducciones, esto no es óbice para que sean excluidos de los factores base de liquidación, así se ha expresado:

"Entonces, si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser

¹² Sección Segunda Consejero ponente: Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).- Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar.

En este orden de ideas, la protección al erario público es un principio que debe armonizarse con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial importancia, de esta manera se logra efectivizar ambos mandatos sin necesidad de restringir excesivamente ninguno de ellos, toda vez que, como ha quedado expuesto ambos deben coexistir dentro del Estado Social de Derecho”.

De lo anterior se puede concluir que los factores salariales a incluir para quienes se benefician del régimen de transición son aquellos que devengó el trabajador durante el último año de servicios, si dado el caso las deducciones para el sistema pensional no se hicieron sobre todos ellos, es posible ordenar el descuento a que haya lugar.

De otro lado se ha expresado que la Ley 100 de 1993 en cuanto al régimen de transición se refiere, solo hace referencia a la edad para pensionarse, el tiempo de servicios y el número de semanas cotizadas, al respecto el H. Consejo de Estado¹³, se ha pronunciado, manifestando que en virtud del principio de inescindibilidad, cuando se trata de norma especial como en este caso la Ley 33 de 1985 esta debe aplicarse en su integridad, de lo contrario se estarían conjugando dos sistemas normativos opuestos, tomando lo más beneficioso de cada uno según sea el caso, así lo ha dicho expresamente:

“En consecuencia, al examinar los requisitos para acceder a la pensión de jubilación consagrados en las dos normas arriba señaladas, observa la Sala que los mismos no se pueden mirar en forma aislada tal como lo pretende el actor, esto es, requisito por requisito, pues ello permitiría la posibilidad de crear un tercer régimen compuesto por los elementos más favorables de uno y otro. Por el contrario, en virtud del principio de inescindibilidad, la favorabilidad del régimen de transición debe observarse en su integridad, pues es posible que en la normativa aplicable (Ley 33 de 1985), existan ventajas que no se encuentren en el régimen general contenido en la Ley

¹³ Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Dr. ALFONSO VARGAS RINCON, Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01061-01(2890-13)

100 de 1993”.

Conforme a lo expresado este juzgador acoge la posición del H. Consejo de Estado, que ha construido una línea de interpretación en cuanto al régimen de transición y que fue reafirmada en sentencia de unificación de 25 de febrero de 2016¹⁴ en el cual se aparta de la posición acogida en la SU-230 de 2015 de la H. Corte Constitucional, por cuanto esta se aplica para determinados casos tramitados en la jurisdicción ordinaria, de tal forma que acoger esta posición estaría afectando los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales y con esta variación estaría afectando el derecho a la igualdad de personas cuyos procesos se encuentran en trámite y que en similares ocasiones han sido fallados con aplicación integral de la Ley 33 de 1985, así dice la mencionada sentencia de manera específica:

“En esta oportunidad la Sección Segunda del Consejo de Estado considera que la sentencia SU-230 de 2015, dado que tuvo como origen una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que casó el fallo recurrido y ordenó liquidar la pensión con el promedio de los últimos 10 años, lo que hizo fue avalar la interpretación que tradicionalmente ha tenido la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, con respecto a las competencias que corresponden a la jurisdicción ordinaria. 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”. La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se

¹⁴ Sección Segunda C.P. Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01541-01(4683-13)

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. 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".

De tal forma entonces, tanto en el IBL, como en los factores salariales y demás, en caso de reconocerse que el actor es beneficiario del régimen de transición, este se debe aplicar en su integridad.

3.3. El caso concreto: Conforme las pruebas aportadas al plenario, el Tribunal encuentra acreditado que el señor MIGUEL EDUARDO FERNÁNDEZ ESPINOZA nació el día 14 de junio de 1950¹⁵, laboró en el INURBE en liquidación, desde el 2 de agosto de 1978 al 1º de mayo de 2007¹⁶.

Mediante Resolución UGM 002571 del 01 de agosto de 2011, proferida por CAJANAL E.I.C.E. en liquidación se reconoció pensión de jubilación, en cuantía mensual de \$793.127 efectiva a partir del 3 de mayo de 2007, tal como lo afirma el demandante en el hecho 2.4 (fl. 7), teniendo en cuenta como I.B.L. el salario básico y la bonificación por servicios prestados, es decir que no tuvieron en cuenta la

¹⁵ Fl. 17 C. N° 1.

¹⁶ Fl. 10 C. N°1.

totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio.

El 13 de junio de 2013¹⁷, el demandante presentó derecho de petición solicitando la reliquidación de su pensión vitalicia de jubilación ante la unidad administrativa especial de gestión pensional y contribuciones parafiscales -UGPP-, en respuesta¹⁸ a lo pedido la entidad demandada mediante Resolución de fecha RDP 033672 del 24 de julio de 2013 resolvió negar la reliquidación de dicha pensión.

El actor presentó recurso de apelación en contra de la resolución RDP 033672 por la cual se negó su reliquidación, el cual fue resultado mediante Resolución RDP 036901 del 12 de agosto de 2013 confirmando la resolución RDP 033672 en toda y cada una de sus partes.

Ahora bien, teniendo en cuenta la certificación¹⁹ proveniente de la Coordinación del Grupo de talento Humano del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, se observa que el señor Miguel Eduardo Fernández Espinoza, devengó además del salario mensual los siguientes factores salariales: **Prima de Alimentación, Bonificación por Servicios Prestados, Prima semestral, Prima vacacional y Prima de navidad.**

Pues bien, el régimen aplicable entonces es la Ley 33 de 1985 y debe aplicarse en toda su integridad, en virtud del principio de inescindibilidad de la norma, sin embargo el apelante de la decisión de primera instancia fue la entidad demandada U.G.P.P, por no encontrarse de acuerdo en cuanto a la inclusión de todos los factores salariales, debido a que en su criterio solo se deben incluir los factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994 siempre y cuando el demandante los haya devengado.

¹⁷ Fl. 6 -9 C. N° 1

¹⁸ FL. 2-3 C. N° 1

¹⁹ Fl. 10 C.N°1.

Es de resaltar, que el régimen del que es beneficiario el demandante incluye tanto los requisitos de edad y tiempo de servicios como el monto de la prestación, último elemento que está integrado por la asignación básica mensual más los factores salariales que se deben tener en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación y el porcentaje del reconocimiento, por lo que no es posible pretender, como lo hace la entidad demandada, que el monto de la prestación sea un elemento independiente y diferente al ingreso base de liquidación y al porcentaje de la pensión, aceptar tal posición sería desmembrar el régimen especial, anular el beneficio de la transición y vulnerar el principio de "inescindibilidad de la ley" que impide la aplicación de normas disímiles a un caso concreto, toda vez que, dentro de una sana interpretación, no es viable fragmentarlas de manera que a quien resulta beneficiario de un régimen de transición aquel deberá aplicársele de manera íntegra y no parcialmente tomando partes de uno y otro ordenamiento.

De lo expuesto se concluye que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales -UGPP- no liquidó la pensión de jubilación del señor Jesús María Torres Hernández, con el 75% del promedio de todos los factores devengados durante el último año de servicio. Bajo estos supuestos, no hay duda que tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación en cuantía del 75%, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

Es decir, además de la asignación básica, deberá incluirse la **prima de alimentación, bonificaciones por servicios prestados, prima vacacional, prima semestral y la prima de navidad**, como quiera que constituyen factores de salario, de conformidad con el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, inclusive, aunque no hayan sido objeto de aportes por el empleador, toda vez que no sería justo que fueran los beneficiarios los llamados a responder por la omisión de efectuar los aportes que la ley dispone, de suerte que lo que procede es ordenar

que la entidad demandada haga los descuentos a que haya lugar por este concepto²⁰ del pago de las respectivas mesadas.

Este Tribunal en decisiones anteriores²¹ ha venido señalando 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 pensiones²². 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.).

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de agosto del 2010, CP: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente N° 0112-09.

²¹ Ver sentencia de 22 de julio de 2016 RADICACIÓN: 70-001-33-33-002-2013-00271-02

²² 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.

De conformidad con lo expuesto, el señor MIGUEL EDUARDO FERNÁNDEZ ESPINOSA, tiene derecho a que su pensión de jubilación sea reliquidada de conformidad con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante su último año de servicios, sin embargo se aclara que si sobre dichos factores no se realizaron aportes a pensión, la entidad podrá compensarlos al momento de realizar el pago de las correspondientes mesadas pensionales.

3.4. Conclusión: El Tribunal confirmará la sentencia de fecha 19 de noviembre de 2015, debido a que la entidad demandada al expedir los actos administrativos anulados no tuvo en cuenta lo dispuesto por la Ley 33 de 1985 y 62 de 1985 y la jurisprudencia vigente al respecto. En este orden de ideas, el actor tiene derecho a que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales -UGPP-, reliquide la pensión vitalicia de jubilación del señor MIGUEL EDUARDO FERNÁNDEZ ESPINOZA, en cuantía del 75%, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en su último año de servicio, como son: **la prima de alimentación, bonificaciones por servicios prestados, prima vacacional y la prima de navidad y prima semestral.**

3.5. Condena en costas: El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que 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 General del Proceso.

En ese sentido se condena en costas en segunda instancia a la parte demandada las cuales serán tasadas por el Juez de primera instancia, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE – SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, el 19 de noviembre de 2015, en todas sus partes.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandada en esta instancia, las cuales serán tasadas por el juez de primera instancia, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

El proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la Sala, en sesión ordinaria de la fecha, tal como consta en el Acta No.02

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA

Magistrada

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado

Magistrado