TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, dos (02) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Magistrada ponente: ***Silvia Rosa Escudero Barboza***

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicación: No. 70-001-33-33-005-**2015-00024**-01

Accionante: **Margoth Montesino Pérez**

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

Tema: Reliquidación de pensión – Empleado Contraloría

1. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde al Tribunal, resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida dentro de audiencia inicial celebrada el 19 de abril de 2016 por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

2. ANTECEDENTES

2.1. La demanda[1]: La señora MARGOTH DE JESÚS MONTESINO PÉREZ 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-, solicita se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 21763 del 8 de mayo de 2006, proferida por la Caja de

[1] Fl. 6 a 5 C. Ppal.

Prevención Social, por la cual le reconoció y ordenó el pago de la pensión mensual de jubilación.

Así mismo, se declare la nulidad de las Resoluciones No. RDP 028670 del 24 de junio de 2013 y RDP 026284 del 28 de agosto de 2014 expedida por la Subdirectora de Determinación de Derechos Pensionales y Contribuciones Parafiscales de la –U.G.P.P.- por la cual se le negó la reliquidación de la pensión mensual de jubilación de la actora.

Como también la de la Resolución No. RDP 034239 del 10 de noviembre de 2014, por la cual el Director de Pensiones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales –UGPP-, al resolver un recurso de apelación, confirmó en todas y cada una de sus partes la Resolución No. RDP 026284 del 28 de agosto de 2014.

En consecuencia y a título de restablecimiento del derecho solicitó que se le ordene a la entidad demandada modificar, reconocer y pagar, a favor de la actora una pensión mensual de vejez, teniendo en cuenta una asignación mensual equivalente al 75% de la totalidad de los factores salariales devengados durante los últimos 6 meses de servicio, es decir del 20 de junio de 1994 al 19 de diciembre de 1994.

Igualmente solicita, se ordene a la demandada el pago de los incrementos anuales correspondientes, como también se condene a reconocer la indexación o corrección monetaria y el pago de los intereses de mora causados por el retardo en la cancelación del valor real de su pensión.

2.2. Hechos relevantes[2]: La señora MARGOTH DE JESÚS MONTESINO PÉREZ, prestó sus servicios al Estado durante más de 20 años, de los cuales más de 10 fueron laborados en la Contraloría General de la República, desde el 6 de octubre de 1972 hasta el 16 de diciembre de 1994, siendo el último lugar de prestación de servicios la ciudad de Sincelejo, ejerciendo el último cargo como mecanotaquígrafo grado 04.

[2] Fl. 41-43 C.Ppal.

La señora MARGOTH DE JESÚS MONTESINO PÉREZ nació el 21 de marzo de 1954 y adquirió el status jurídico de pensionada el 21 de marzo de 2004.

Mediante Resolución No 21763 del 8 de mayo de 2006, la Caja Nacional de Prevención Social, le reconoció y ordenó el pago de la pensión mensual de jubilación en cuantía de $448,569.00 la cual se hizo efectiva a partir del 21 de marzo de 2004.

El día 5 de febrero de 2013 la demandante solicitó a la U.G.P.P., la reliquidación de la pensión de vejez, teniendo en cuenta el 75% de la totalidad de los factores salariales devengados durante los últimos 6 meses de servicio, conforme al artículo 7º del Decreto 929 de 1976, siendo reiterada esta petición el día 23 de abril de 2013.

Mediante Resolución No. RDP 028670 del 24 de junio de 2013, la Subdirectora de Determinación de Derechos Pensionales y Contribuciones Parafiscales de la UGPP, le negó la reliquidación de la pensión mensual de jubilación a la demandante, por lo cual la actora solicitó ante la UGPP, la revisión y modificación de la Resolución No, 21763 del 8 de mayo de 2006.

Por Resolución No. RDP 026284 del 28 de agosto de 2014 la Subdirectora de Determinación de Derechos Pensionales y Contribuciones Parafiscales de la U.G.P.P., volvió a negar la reliquidación de la pensión mensual de jubilación de la señora Margoth, por lo cual esta interpuso y sustento recurso de apelación, siendo resuelto mediante Resolución RDP 034239 del 10 de noviembre de 2014 y en la que fue confirmada en toda y cada una de sus partes la Resolución No. RDP 026284 del 28 de agosto de 2014.

2.3.- Actuación procesal: La demanda fue presentada ante la oficina judicial, correspondiéndole por reparto su conocimiento al Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, el cual mediante auto de fecha 2 de marzo de 2015 resolvió inadmitir la demanda y

concedió el termino de 10 días al demandante para que corrigiera, mediante auto de 26 de marzo de 2015,

Se admitió la demanda el 26 de marzo de 2015, y se notificó a las partes y demás entidades el 11 de mayo de 2015 (ver folios 87 – 90), posteriormente se procedió a fijar fecha para la audiencia inicial para el día 19 de abril de 2016, calenda en la cual se realizó la misma y se dictó sentencia.

2.4. Pronunciamiento de la parte demandada[3]: la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales –UGPP- contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, manifestando que son improcedentes, al no asistirle razón al demandante, pues la liquidación de la pensión que le fue reconocida se efectuó teniendo en cuenta los requisitos debidamente acreditados por ella, aplicándose el monto de pensión que le correspondía, de acuerdo a la normatividad aplicable, en tanto en la expedición de tales actos no se incurrió en ninguna de las causales contenidas en los artículos 137-138 de CPACA, para que efectivamente opere dicho medio de control, en tal sentido los actos atacados están revestidos de legalidad y ajustados a derecho.

Igualmente propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos expedidos por CAJANAL EICE en liquidación, buena fe y prescripción trienal.

2.5. Sentencia recurrida[4]: El Juez de instancia procedió a declarar la nulidad parcial de las siguientes Resoluciones:

- No. I.H.C. 21763 del 4 de mayo de 2006 expedida por CAJANAL IECE a través de la cual se reconoció la pensión de vejez a la demandante.

[3] Fl. 124-132 C.Ppal
[4] Fl. 116-122 C.Ppal

- No. RDP 28670 de 24 de junio de 2013, por medio de la cual se niega la reliquidación de una pensión de vejez.

- No. RDP 026284 del 28 de agosto de 2014 proferida por la U.G.P.P., por la cual se niega la reliquidación de la pensión de vejez

- No. RDP 034239 del 10 de noviembre de 2014 expedidas por la UGPP, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación incoado contra la Resolución 26284 del 28 de agosto de 2014.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones el A quo a título de restablecimiento del derecho, ordenó a la U.G.P.P., reliquidar la pensión de vejez reconocida a la demandante, a partir del 21 de marzo de 2004, con la inclusión de todos los factores salariales por el promedio de lo devengado durante los 6 últimos meses de servicio, es decir, asignación básica, subsidio de alimentación, auxilio de trasporte, prima de servicios, prima de vacaciones, y prima de navidad.

Igualmente condenó a la UGPP a reconocer y pagar a favor de la demandante, previa comparación con las mesadas pagadas, las diferencias entre los valores reconocidos y cancelados según lo previsto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, mediante Resolución No. 21763 del 4 de mayo de 2006 expedida por CAJANAL EICE y los que dejó de percibir por la no inclusión de todos los factores salariales devengados durante los periodos liquidados en las correspondientes Resoluciones.

Así mismo ordenó la UGPP a efectuar las deducciones sobre descuentos a los aportes correspondientes a los factores salariales sobre los cuales no se hubiera efectuado el sistema general de pensiones, aclarando que dichos factores deben ser en el porcentaje que corresponda tanto al trabajador como a la entidad empleadora, pudiendo repetir la demandada contra ella para obtener su pago.

Como sustento de su decisión, manifestó que la actora tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación en cuantía del 75%, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante los últimos 6 meses de servicio, esto es, entre el 19 de junio y el 19 de diciembre de 1994, incluyendo el sueldo, subsidio de alimentación, auxilio de trasporte, prima de vacaciones, prima de servicio y prima de navidad, toda vez que constituyen factores de salario para los empleados de la Contraloría General de la Republica de conformidad con el Decreto 929 de 1976.

Expresó el A quo que, por tratarse de un régimen especial de pensiones la entidad accionada debió aplicarlo en su integridad, aunque no haya sido objeto de aportes, debido a que no sería justo que fueran los beneficiarios los llamados a responder por los yerros de la administración cuando omite su deber de efectuar los aportes que la ley ordena, de suerte que lo procedente es ordenar que la entidad demandada haga los descuentos a que haya lugar por estos conceptos.

2.6. El recurso de apelación[5]: La entidad demandada al sustentar la alzada manifiesta que no comparte la decisión, debido a que se está desconociendo abiertamente el verdadero espíritu del régimen de transición del cual es beneficiario el demandante, al ordenar reliquidar la pensión de la accionante teniendo en cuenta en su totalidad lo previsto en el Decreto 929 de 1976, puesto que la actora adquiere el status de pensionada de acuerdo a lo establecido en el régimen de transición contenido en la misma, pues la demandante reunió los requisitos para ser acreedora de dicha prerrogativa, por lo que se aplicó el régimen anterior al cual se encontraba afiliado antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social y de este último, los aspectos que la transición ordena tener en cuenta que son edad, tiempo de servicio y monto de pensión; el IBL se calculó de acuerdo a lo establecido en el estatus general tal como lo ordena la transición referida, es decir que la prestación pensional de la actora se reconoció de manera correcta de acuerdo a la normatividad aplicable.

[5] Folio 143- 153 C. Ppal

Manifiesta que el A quo ha desconocido el verdadero alcance del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y del cual es beneficiaria la actora, pues al revisar los argumentos de la providencia emitida por el juez no se observa que se haya hecho mención del beneficio legal que cobija la situación pensional de la accionante; pues, si bien es cierto que la actora es beneficiaria de lo dispuesto en el Decreto 929 de 1976 por haber laborado en la Contraloría General de la Republica por más de 20 años, también lo es que la misma goza del beneficio de la transición por cuanto a la fecha en que entró a regir el nuevo sistema pensional, había laborado por más de 15 años al servicio de la contraloría, cumpliendo así una de las condiciones que exige la Ley 100 de 1993 para hacerse merecedor de la transición.

Por ultimo arguye que el hecho que la actora se encuentre cobijada por el régimen especial que consagra el Decreto 929 de 1976, no quiere decir ello que su pensión deba ser reconocida con los elementos que consagra dicha norma integral, pues la actora se encuentra inmersa en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, por lo que solo se le tendría en cuenta la edad, el tiempo de servicio y el monto pensional que estableciera la ley anterior, en los demás aspectos como el IBL y factores salariales se regirían por la Ley 100.

En cuanto a la inclusión de los factores salariales del régimen anterior expresa que no comparte la posición de A quo, toda vez que la actora es beneficiaria del régimen de transición y tanto el ingreso base de liquidación como factores salariales debían aplicarse de acuerdo a la norma general, es decir, la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, tal como lo efectuó la entidad demandada mediante las resoluciones a través de las cuales reconoció los derechos pensionales al actor.

2.7. Actuación en segunda instancia. A través de auto del 7 de junio de 2016[6], se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte accionada en contra de la sentencia aludida; a su

[6] Fl. 3 del C. Alzada

vez, por proveído del 28 de julio de 2016[7], se corrió traslado a las partes por diez días para alegar de conclusión.

2.8. Alegatos de conclusión: La parte demandante guardó silencio en esta etapa procesal.

La parte demandada manifiesta en sus alegatos que no comparte la posición acogida por él A quo respecto a la inclusión de factores salariales del régimen anterior, toda vez que al ser la actora beneficiaria del régimen de transición tanto el ingreso base de liquidación como factores salariales debían aplicarse de acuerdo a la norma general, tal como lo efectuó la demandante mediante las resoluciones a través de las cuales reconoció el derecho pensional a la actora.

Así mismo advierte que es claro que la parte demandante no tiene derecho a la reliquidación demandada a través del presente medio de control, como tampoco a la reconocida mediante la sentencia de primera instancia objeto de recurso, con la inclusión de factores salariales del régimen anterior, pues tal como quedó demostrado la misma fue liquidada correctamente, conforme al régimen y normas vigentes a la fecha de adquisición del derecho pensional.

2.9. Concepto del Ministerio Público: El señor agente del Ministerio Público manifestó que tal como lo señalo él A quo, para determinar la mesada pensional se calcula las doceavas partes de todos los factores salariales y se suma a la asignación o salario efectivo y que en el presente caso debe liquidarse con base en el promedio de los últimos 6 meses, como sexta parte, siendo más favorable a la actora, el resultado deberá actualizarse conforme al IPC de cada año decretado por el Gobierno Nacional.

Al no incluir la totalidad de los factores salariales devengados por la actora, el acto demandado se torna irregular, por lo tanto acertó el juez primigenio al declarar su nulidad parcial, con la finalidad que se

[7] Fl. 13 del C. Alzada

incluyera todos los factores de salario que no fueron circunscritos al momento de reconocerle y liquidarle la pensión al actor.

Por último concluye que revisada la sentencia, no se encontró que se ordenara el pago de intereses moratorios, salvo lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA, por consiguiente no le asiste razón al apelante al señalar que se condenó simultáneamente a la indexación más intereses.

3. CONSIDERACIONES

Problema Jurídico. Consiste en determinar si la actora como beneficiario del régimen de transición, tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación, teniendo en cuenta para ello el promedio de lo devengado durante los últimos 6 meses de servicio, con la inclusión de todos los factores salariales, conforme lo establece la Ley 929 de 1976 aplicable a los empleados de la Contraloría General de la República.

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) régimen especial para los empleados de la Contraloría General de la República iii) caso concreto.

i) El Régimen de transición dispuesto en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993: La Ley 100 de 1993 en su 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 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, para el caso concreto por tratarse de un empleado que prestó sus servicios a la Contraloría General de la Republica la norma aplicable es el Decreto Ley 929 de 1976.

ii) Régimen especial para los empleados de la Contraloría General de la República: El régimen de prestaciones sociales de los servidores de la Contraloría General de la República, es el establecido en las Leyes 6ª de 1945 y 65 de 1946, en los Decretos Leyes 2567 de 1946, 929 de 1976 y 720 de 1978 y en sus correspondientes reglamentaciones.

Para el caso bajo estudio por tratarse de un tema pensional la norma aplicable es el artículo 7º de la ley 929 de 1976 el cual establece:

> *"Los funcionarios y empleados de la Contraloría General tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y 50 si son mujeres, y cumplir 20 años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto, de los cuales por lo menos diez lo hayan sido exclusivamente a la Contraloría General de la República a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre".*

Como se puede notar este artículo no solo estableció el porcentaje a tener en cuenta al momento de liquidar la pensión de jubilación de los empleados de la Contraloría General de la República sino que también estableció la edad y tiempo de servicio, pero con respecto a la forma de liquidarse la pensión únicamente realizo uno precisión la cual está consagrada en su artículo noveno el cual reza:

> *"Artículo 9º: Para liquidar las pensiones de que trata este Decreto y las demás prestaciones establecidas o reconocidas por el presente Decreto, no se incluirán los viáticos que haya recibido el empleado o funcionario, a menos que ellos sean de carácter permanente y se hayan recibido, durante un lapso continuo de seis meses o mayor*.".

Ahora bien, el Decreto Ley 720 de 1978, norma que estable el régimen salarial especial de los servidores de la Contraloría General de la República, en su artículo 40, establece:

> ***"ARTÍCULO 40. DE OTROS FACTORES DE SALARIO****. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos y del valor del trabajo suplementario o del realizado en días de descanso obligatorio, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.*
>
> *Son factores de salario:*
>
> *a). Los gastos de representación.*
> *b). La bonificación por servicios prestados.*
> *C). La prima técnica*
> *d). La prima de servicio anual*
> *e). Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión de servicio."*

Por su parte el Decreto 929 de 1976 en su artículo 17, consagra:

> *"ARTÍCULO 17. En cuanto no se oponga el texto y finalidad del presente Decreto las disposiciones del Decreto 3135 de 1968 y normas que lo modifican y adicionan, serán aplicables a los empleados de la Contraloría General de la República."*

No obstante, ha de precisarse que en el presente caso, debe aplicarse el decreto 3135 de 1968 y al decreto 1045 de 1978, el cual en su artículo 45 fijan cuáles son los factores salariales que deben incluirse para efectos de liquidar las cesantías y pensiones:

> ***Artículo 45º.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones****. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y*

trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

a) La asignación básica mensual;

b) Los gastos de representación y la prima técnica;

c) Los dominicales y feriados;

d) Las horas extras;

e) Los auxilios de alimentación y transporte;

f) La prima de navidad;

g) La bonificación por servicios prestados;

h) La prima de servicios;

i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;

j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;

k) La prima de vacaciones;

l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;

ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968

Así mismo el máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, de manera reiterada se ha pronunciado respecto de la pensión de jubilación de los empleados de la Contraloría General de la República aludiendo lo siguiente:

"(...) Para la Sala, la anterior relación de factores no pueden ser entendidos de manera taxativa y excluyente de los factores consagrados en el referido artículo 45 del Decreto 1045 de

1978, por dos razones: la primera, por cuanto fue el propio Decreto 929 de 1976 en su artículo 17 que remitió a sus factores; remisión que adhirió al régimen especial de la Contraloría, en cuanto a factores salariales se refiere, al régimen general de los empleados públicos, y la segunda, porque la filosofía del artículo 40 del Decreto 720 de 1978 consistió en enunciar algunos factores salariales, toda vez que de su texto se desprende la existencia de otros posibles al decir que "Además constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

En resumen, la Sala precisa que para efectos de determinar la base de liquidación pensional de los empleados de la Contraloría general de la República debe acudirse a los factores salariales previstos en los artículos 45 del Decreto -1045 de 1978 y el 40 del Decreto 720 del mismo año, sin perjuicio de todos aquéllos que de manera habitual y periódica recibe el empleado como contraprestación por sus servicios.[8]"(Negrilla fuera de texto).

3.3. El caso concreto: Conforme las pruebas aportadas al plenario, el Tribunal encuentra acreditado que la señora MARGOTH MONTESINO PÉREZ laboró en la Contraloría General de la Republica desde el 21 de diciembre de 1976 hasta el 16 de diciembre de 1994 (fl 20) y que nació el 21 de marzo de 1954.

Mediante Resolución No 21763 del 8 de mayo de 2006 la Caja Nacional de Prevención Social E.I.C.E., reconoció pensión mensual vitalicia por vejez a la demandante en cuantía de 448.560 efectiva a partir del 21 de marzo de 2004 (fl 2 y 3).

El 5 de febrero de 2013, la señora Margoth Montesino presentó solicitud de reliquidación de pensión de jubilación ante la unidad administrativa especial de gestión pensional y contribuciones parafiscales -UGPP-, en

[8] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B. CONSEJERO PONENTE: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Bogotá D.C., treinta (30) de marzo de dos mil once (2011).-REF: EXPEDIENTE No. 52001233100020080048l 01.-

respuesta[9] a lo pedido la entidad demandada mediante Resolución de fecha RDP 028679 del 24 de junio de 2013 resolvió negar la reliquidación de dicha pensión.

La demandante volvió a presentar solicitud de reliquidación de pensión ante la – UGPP - mediante escrito radicado el 23 de abril de 2013 y a su vez el 23 de mayo de la misma anualidad, presentó solicitud de revisión y modificación de la Resolución No. 21763 del 8 de mayo de 2006, la cual fue resuelta mediante Resolución No. RDP 026284 del 28 de agosto de 2014, negando la reliquidación de la pensión de vejez del actor.

La actora presentó recurso de apelación en contra de la resolución RDP 026284 del 28 de agosto de 2014 por la cual se negó su reliquidación, el cual fue resulto mediante Resolución RDP 034239 del 10 de noviembre de 2014 confirmando el acto administrativo RDP 26284 en toda y cada una de sus partes.

Ahora bien, teniendo en cuenta la certificación[10] proveniente de la Dirección de Gestión de Talento Humano de la Contraloría General de la República, se observa que la señora Margoth Montesino Pérez, devengó además del salario mensual los siguientes factores salariales: **subsidio de alimento, auxilio de trasporte, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.**

Así las cosas y de conformidad con la jurisprudencia citada, se colige que el Régimen Pensional aplicable a la demandante, resulta ser el dispuesto en el Decreto 929 de 1976, al estar cobijada la actora por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puesto que antes de la entrada en vigencia de esta, la actora contaba con más de 35 años de edad y más de 15 años de servicio.

Es de resaltar, que el régimen del que es beneficiaria la demandante incluye tanto los requisitos de edad y tiempo de servicios como el monto de la prestación, además este mismo Decreto en su artículo 17 remite al

[9] FL. 2-3 C. Nº 1
[10] Fl. 22 C.Nº1.

Decreto 3135 de 1968 y a las normas que lo modifican y adicionan, esto es el Decreto Ley 720 de 1978 articulo 40 y el Decreto 1045 de 1978 artículo 45 para efecto de determinar los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la pensión.

De lo expuesto se concluye que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales –UGPP- no liquidó la pensión de jubilación de la señora Margoth Montesino Pérez, con el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el último semestre 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 semestre de servicio, esto es desde el 11 de junio de 1994 al 19 de diciembre de la misma anualidad, salvo la indemnización de vacaciones, toda vez que las vacaciones no son salario ni prestación social, sino un descanso remunerado para el trabajador.

Es decir, además de la asignación básica, deberá incluirse el **subsidio de alimento, auxilio de trasporte, prima de servicios, prima de vacaciones y 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 concepto[11] del pago de las respectivas mesadas.

Este Tribunal en decisiones anteriores[12] 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

[11] Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de agosto del 2010, CP: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente N° 0112-09.
[12] Ver sentencia de 22 de julio de 2016 RADICACIÓN: 70-001-33-33-002-2013-00271-02

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 pensiones[13]. 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.).

De conformidad con lo expuesto, la señora MARGOTH MONTESIONO PEREZ, se reitera tiene derecho a que su pensión de jubilación sea reliquidada con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante su último semestre 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 abril de 2016, debido a que la entidad demandada al expedir los actos

[13] 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.

administrativos anulados no tuvo en cuenta lo dispuesto por la Ley 929 de 1976, 3135 de 1968, los Decretos 1045 y 720 de 1978 y la jurisprudencia vigente al respecto. En este orden de ideas, la actora tiene derecho a que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales -UGPP-*,* reliquide la pensión vitalicia de jubilación de la señora MARGOTH MONTESINO PÉREZ, en cuantía del 75%, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en su último semestre de servicio, como son: **subsidio de alimento, auxilio de trasporte, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad.**

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 Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, el 19 de abril de 2016, 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.016

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA
Magistrada

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS
Magistrado

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY
Magistrado