TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

REFERENCIA:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.
ACCIÓN:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
PROCESO:	70-001-33-33-001-2015-00023-01
DEMANDANTE:	CARLOS DANIEL VILLADIEGO MADRID.
DEMANDADO:	UGPP

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 24 de mayo de 2016 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo, la cual resolvió conceder las súplicas de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió el señor CARLOS DANIEL VILLADIEGO MADRID contra la CAJANAL EN LIQUIDACIÓN, hoy UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, UGPP.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda[1]

El señor CARLOS DANIEL VILLADIEGO MADRID instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de que **(i)** se declare la nulidad absoluta de la Resolución No. RDP-041286 de fecha 5 de septiembre de 2012, que le negó el reconocimiento y pago de la Reliquidación de la pensión de vejez por la no inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio; **(ii)** se declare la nulidad absoluta de la Resolución No. RDP-031681 de fecha 17 de octubre de 2014, que resolvió el recurso de reposición impetrado contra la Resolución No. RDP-041286 de fecha 5 de septiembre de 2012, que le negó el reconocimiento y pago de la reliquidación

[1] Fol. 1-9 C. Ppal.

de la pensión de vejez por la no inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio; **(iii)** se declare la nulidad absoluta de la resolución No. RDP-032764 de fecha 28 de octubre de 2013 que le resolvió el recurso de apelación impetrado contra la Resolución No. RDP-041286 de fecha 5 de septiembre de 2012 que le negó el reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de vejez por la no inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio; **(iv)** se condene a CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL EICE hoy UNIDAD ESPECIAL ADMINISTARTIVA DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL –UGPP-, al reconocimiento y pago de la reliquidación pensión de vejez, en cuantía de su mesada pensional en la suma de $934.164.33; efectiva a partir del día 28 del mes septiembre del año 2005 fecha en que cumplió su status de pensionado; **(v)** se condene a la entidad demandada a liquidar y pagar las mesadas adicionales desde el día 28 de septiembre del año 2005, en la cuantía que se determine pagar en la sentencia que ordene el reconocimiento de la Reliquidación de la pensión de Jubilación al demandante; y **(vi)** se condene a la entidad demandada para que sobre las mesadas adeudadas, realice los ajuste de valor, conforme al índice de precio al consumidor de conformidad con la ley 1437 de 2011 artículo 190 del C.PA.C.A.

Como **FUNDAMENTOS FÁCTICOS** expuso que:

Prestó sus servicios al estado colombiano en el Hospital Regional Nuestra Señora de las Mercedes en Corozal, Sucre en el período comprendido entre el 1 de julio de 1977 al 1 de enero de 1981; y entre el periodo comprendido entre el 2 de mayo de 1988 y el 30 de noviembre de 2006.

Elevó solicitud de pensión a la entidad demandada, solicitud que le fue resuelta mediante Resolución No. 52607 de fecha 5 de octubre de 2006, en cuantía de $629.084.66, con efectos fiscales a partir del 28 de septiembre de 2005**.**

Mencionó que al no estar conforme con la Resolución que le reconoció la liquidación de su pensión, elevó petición solicitando la reliquidación de su pensión de vejez por retiro definitivo del servicio la cual le fue reconocida mediante Resolución No. PAP 001341 de fecha 4 de octubre de 2009.

Elevó solicitud de reliquidación de su pensión de vejez por la no inclusión de todos los factores salariales devengados a la fecha de adquisición de su status de pensionado el día 28 de septiembre de 2005, la cual fue resuelta en forma desfavorablemente a través de la resolución No. RDP- 041286 de fecha 05 de septiembre de 2013.

Como consecuencia de lo anterior, interpuso los recursos de ley contra la Resolución No. RDP-041286 del 5 de septiembre de 2013, que negó la reliquidación de la pensión de vejez, los cuales fueron resueltos mediante las resoluciones números RDP 031681 del 17 de octubre de 2014 y resolución No. RDP 032764 del 28 de octubre de 2014, confirmando en todas sus partes la resolución que le negó la reliquidación de su pensión de vejez.

Afirmó que en la actualidad se encentra retirado del servicio.

La entidad demandada no incluyó dentro de la liquidación de la pensión de vejez todos los factores salariales, pues solo tuvo en cuenta para tal fin la asignación básica, bonificación por servicios prestados, horas extras, recargo nocturno, dominicales y feriados; dejándole por fuera los siguientes factores salariales: auxilio de transporte, auxilio de alimentación, prima de navidad, prima semestral y prima de vacaciones.

Como **NORMAS VIOLADAS** señaló los artículos 1, 6, 7, 12, 25, 26 y 42 de la Constitución Política; los artículos 64, 138, 155, 156, 162,163 165 y 166 de la Ley 1437 de 2011; ley 33 de 1985; ley 62 de 1985; Decreto 1045 de 1978; Ley 4 de 1966; Decreto 1743 de 1966; y ley 6ª de 1945.

Como **CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN** argumenta el demandante que tiene derecho a que se le liquide su pensión de jubilación tomando como base el 75% del promedio mensual del salario devengado durante el último año de servicios, con la inclusión de todos los factores salariales que obtuvo como retribución a los servicios prestados. Lo anterior porque, al ser beneficiario del régimen de transición, sostiene que se le debe aplicar para su reliquidación pensional, lo estipulado en la Ley 33 de 1985.

Menciona que el Consejo de Estado se ha pronunciado en reiteradas jurisprudencias, en el cual dispone que la esencia del régimen de transición

incluye la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión y, si se altera algunos de estos presupuestos se desconoce dicho beneficio, por lo cual, en el caso de esta solicitud, debe ser concedida.

Como conclusión señaló que la entidad demandada está violando los derechos consagrados en las leyes mencionadas al no reliquidar su pensión de vejez según el régimen de transición al que pertenece y por esto, se debe declarar el derecho que le asiste para que se reliquide su pensión.

1.2 ACTUACIÓN PROCESAL

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 13 de febrero de 2015 (Folio 46 C. Ppal.).
- Inadmisión de la demanda: 27 de abril de 2015 (Folio 48 a 49 C. Ppal.).
- Subsanación de la demanda: 30 de abril de 2015 (Folio 52 a 54C. Ppal.).
- Admisión de la demanda: 03 de junio de 2015 (Folio 56 a 57 C. Ppal.).
- Notificación a las partes: 24 de junio de 2015 (Folio 62 a 65 C. Ppal.).
- Contestación de la demanda: 27 de julio de 2015 (Folio 94 a 106 C. Ppal.).
- Audiencia inicial con sentencia: 24 de mayo de 2016 (Folio 130 a 140 C. Ppal.).
- Recurso de apelación: 09 de junio de 2016 (Folio 146 a 152 C. Ppal.).
- Audiencia de conciliación y concesión de recurso: 13 de julio de 2016 (Folio 159 a 160 C. Ppal.).
- Auto que admite el recurso de apelación: 23 de agosto de 2016 (Folio 4 C. de Apelación).
- Auto que corre traslado para alegar en segunda instancia: 14 de septiembre de 2016 (Folio 12 C. de Apelación).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[2].

La entidad accionada se opuso a las pretensiones de la demanda fundamentándose en que estas carecen de fundamento probatorio y jurídico, toda vez que las pretensiones solicitadas por el demandante carecen de fundamentos jurídicos y probatorios.

Argumenta que el demandante cumplió con las condiciones para ser incluido dentro del régimen de transición, y conforme a ello se le reconoció la pensión teniendo en cuenta el régimen anterior al actual. Así, tanto el monto pensional como la edad y tiempo de servicios fueron reconocidos bajo la Ley 33 de 1985, pero los aspectos como el IBL y los factores salariales escapan a esta aplicación y se deben regir bajo los preceptos de la Ley 100 de 1993.

Afirma que según el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en aplicación del régimen de transición, para las personas que les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho pensional el IBL será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, tal como sucede en el caso del actor.

Por otro lado, en cuanto a los factores salariales, sostiene que no hay lugar a reliquidación porque se debe dar aplicación al Decreto 1158 de 1994 que regula lo atinente a los factores salariales.

Propuso como excepciones: **(i) inexistencia de la obligación;** en el entendido que al demandante no le asiste el derecho solicitado debido a que no es procedente hacer una reliquidación pensional aplicando la Ley 33 de 1985 de forma integral, sino, en lo que respecta al IBL, de acuerdo al artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y en cuanto a los factores salariales, aplicando lo mencionado en el Decreto 1158 de 1994; **(ii) prescripción trienal,** por cuanto el pago de algunas de las mesadas solicitadas se encuentran prescritas en la actualidad luego de transcurridos 3 años desde su exigibilidad; **(iii) buena fe,** por cuanto siempre se actuó con amparo de los dispuesto en la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes y criterios jurisprudenciales. Por tanto, no existe mala fe dentro de las actuaciones realizadas.

[2] Fol. 94 - 106 C. Ppal

1.4 LA PROVIDENCIA IMPUGNADA[3].

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo encontró no probadas las excepciones propuestas por la entidad accionada, a excepción de la prescripción para las mesadas causadas con anterioridad al 18 de julio de 2010 y, por tanto, accedió el resto de las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de lo anterior afirmó que, el demandante es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por tanto, le es aplicable en su integridad el régimen anterior contenido en la Ley 33 de 1985 y no solamente lo concerniente a la edad y el tiempo de servicio, como lo menciona el parágrafo 2 de esta norma, sino también lo referente al monto de la pensión y para el cálculo del IBL , siendo necesario para calcular este último, la inclusión todos los factores salariales que devengó durante su último año de servicio, tal y como lo indica la norma mencionada.

En este sentido, declaró la nulidad de los actos administrativos que negaron la reliquidación de la pensión, por no incluir todos los factores salariales devengados por este en su último año de servicios.

En consecuencia, sostiene que al demandante le asiste el derecho de obtener la reliquidación y pago de su pensión de vejez con el monto del 75% del promedio de todos los factores salariales devengados por este en último año de servicio. Además, deberá pagarse al demandante las diferencias de las mesadas pensionales dejadas de percibir entre los valores reconocidos y pagados y los que dejó de percibir por la no inclusión de todos los factores salariales en su liquidación.

1.5 LA IMPUGNACIÓN[4].

La entidad demandada presentó recurso de apelación dentro del término correspondiente, en donde solicitó la revocación de los numerales primero, segundo, tercero, cuarto, sexto y séptimo de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia.

Como argumentos principales del mismo expresó que se encuentra en desacuerdo con la decisión del *A quo* pues considera que se equivocó el juzgador de primera instancia al ordenarle la reliquidación de la pensión de

[3] Fols. 133-140 C. Ppal.
[4] Fols. 146-152 C. Ppal.

vejez al demandante en los términos de la Ley 33 de 1985 de forma integral, debido a que al demandante le fue reconocida la pensión según lo establecido en el régimen de transición, es decir, aplicándosele el régimen anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que establece que solo se tendrá en cuenta el tiempo de servicio, la edad y el monto de la pensión.

Sin embargo, con respecto al IBL y a los factores salariales, sostiene la demandada que estos aspectos no hacen parte del régimen de transición, por lo que el cálculo del IBL debe hacerse según los parámetros establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, con el promedio de los últimos 10 años de servicios o lo que le faltare para alcanzar el derecho. En cuanto a los factores salariales, deben ser los que taxativamente establece el Decreto 1158 de 1994, los cuales son diferentes a los solicitados por el actor, motivo por el cual no deben ser reconocidos.

Para fundamentar lo anterior, cita la entidad demandada la sentencia SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional, que menciona que el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993 debe ser aplicado solo para tres aspectos, a saber, el monto de la pensión, la edad y el tiempo de servicios; mientras que el tema del Salario Base de Liquidación no se rige por estas disposiciones y no es un aspecto sometido al régimen de transición.

Por otra parte, en lo concerniente a la condena en costas, solicita que se siga un criterio subjetivo para minimizar la condena, en caso de que la haya, debido a que siempre se actuó con buena fe y sin incurrir nunca en temeridad ni mala prácticas. Por ende, en el caso de revocar la sentencia de primera instancia, deberá entenderse que las mismas también serán revocadas.

1.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

- **Parte demandante:** La parte demandante presentó alegatos de conclusión[5], en donde retoma los argumentos presentados con la demanda, resaltando el hecho que la posición del Consejo de Estado, como cabeza de esta jurisdicción, es la vinculante para estos casos, no la posición adoptada por la Corte Constitucional.

[5] Folios 17 – 23 C. Apelación.

- Parte Demandada: La entidad demandada presentó sus alegatos de conclusión[6] dentro del término legal correspondiente en escrito donde retoman los argumentos mencionados en el recurso de apelación.

- Ministerio Público: El Ministerio Público no presentó alegatos de conclusión.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1 LA COMPETENCIA.

Esta Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 del C.P.A.C.A., en Segunda Instancia.

Se advierte que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto.

2.2 PROBLEMAS JURÍDICOS.

Con fundamento en los anteriores planteamientos de las partes, entra el Tribunal a dilucidar los siguientes problemas jurídicos:

¿Tiene derecho el actor a la reliquidación de su pensión de jubilación teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, así como también, que para determinar el IBL, se tenga en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el mismo término, factores que por norma especial o por su naturaleza son salario, así estos no estén expresamente consagrados en las Leyes 33 y 62 de 1985?

¿En el régimen de condena en costas en la Ley 1437 de 2011 es necesario justificar la decisión de acuerdo con lo ocurrido en el transcurso del proceso? ¿El régimen de condena en costas en la Ley 1437 de 2011, es objetivo?

Para dar respuesta a los anteriores interrogantes, la Sala abordará los siguientes temas: **i)** La vigencia del sistema general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 y la aplicabilidad del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la misma, **ii)** Ingreso base de liquidación y factores salariales establecidos legalmente que conforman la base de liquidación pensional y su interpretación jurisprudencial, **iii)** Las costas en el régimen

[6] Folios 24 – 29 C. Apelación.

procesal contencioso administrativo regulado por la ley 1437 de 2011**,** y **iv)** El caso concreto.

2.3 LA VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES CONSAGRADO EN LA LEY 100 DE 1993 Y LA APLICABILIDAD DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 36 DE LA MISMA.

El sistema general de seguridad social, incluyendo el sistema general de pensiones, empieza a consolidarse en Colombia con la expedición y vigencia de la Ley 100 de 1993 *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*.

En la mencionada normativa, y para el estudio de su aplicabilidad a fin de respetar, por una parte, los derechos adquiridos y, por otra, las expectativas legítimas de las personas que habían consolidado su derecho antes de la entrada en vigencia o hubieran empezado su régimen de pensión con anterioridad a su aplicabilidad, es necesario integrar los artículos 36 y 151 de la ley en comento.

El primero de ellos consagra como supuestos de hecho para la aplicación de la transición y por tanto de la normativa vigente con anterioridad, el tener 40 años o más para los varones, o 15 o más años de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema. La segunda de las normas establece la vigencia del sistema general de pensiones para los servidores públicos del nivel nacional, desde el 1 de abril de 1994.

Por lo anterior, para determinar la normativa aplicable para la liquidación de la pensión de vejez ha de establecerse en cada caso si el potencial pensionado goza del régimen anterior o del de transición.

El artículo citado permitió el efecto en el tiempo de normas anteriores a la entrada en vigencia de la nueva normatividad, que para el caso de los empleados del sector público[7], deviene fundamentalmente en la Ley 33 de 1985, que exige para acceder la pensión de vejez 55 años de edad, 20 años de servicios y contempla una tasa de remplazo de la mesada equivalente al 75% del ingreso base de liquidación.

[7] Con alguna excepciones, como lo sería el caso de los miembros de la Rama Judicial y la ley 71 de 1988, que reguló la pensión de jubilación por aportes.

El H. Consejo de Estado refiriéndose al régimen de transición para los empleados públicos, ha señalado:

> "Conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, quienes para el 1º de abril de 1994 - fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 - tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior al cual se hallaban afiliados, esto es, en cuanto a la edad para acceder a la pensión de jubilación, al tiempo de servicio y al monto de la prestación. Para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante se hallaba dentro del régimen de transición, pues reunía los dos presupuestos exigidos en la norma legal y por tanto debió aplicársele el régimen anterior. Es claro entonces que el demandante tiene derecho a que se le aplique en su integridad el régimen consagrado en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, primero, por encontrarse dentro del régimen de transición y, segundo, por haber adquirido el status de pensionado el 13 de octubre de 1993. La aplicación del régimen anterior se hace en forma integral y no parcial, por lo cual no es aplicable en este asunto, y referente a la materia objeto de discusión, la Ley 100 de 1993"[8]

En tal sentido, los elementos que forman parte del régimen de transición pensional son: el tiempo de servicio, la edad y el monto de la pensión, las cuales como vimos deben ser tomados de la Ley 33 de 1985, lo que incluye la forma de determinar el salario base de liquidación, habida cuenta que es la norma jurídica vigente a la fecha de consolidación del derecho a la pensión.

2.4 INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN Y FACTORES SALARIALES ESTABLECIDOS LEGALMENTE QUE CONFORMAN LA BASE DE LIQUIDACIÓN PENSIONAL Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL.

El H. Consejo de Estado[9], refriéndose al ingreso base de liquidación, ha manifestado que este hace parte del monto de la pensión de vejez, de tal suerte que, el ente gestor al aplicar la tasa de remplazo, no debe tomar la preceptiva del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sino la que disponga la norma que por vía transicional corresponda, por cuanto liquidar la pensión tomando el monto de una norma y la base de liquidación de otra, sería vulnerar el principio de Inescindibilidad.

Entonces, siendo el IBL parte integrante del monto de la pensión, la mesada

[8] Consejo de Estado. Sección Segunda, expediente 76001-23-31-000-2002-01420-01(5852-05). 7 de junio de 2007. CP. Alejandro Ordoñez Maldonado. Demandado: Cajanal. Argumento que ya había sido expuesto en Sentencia del 21 de septiembre de 2006, expediente No. 25000-23-25-000-2002-04260-01(872-05), señalándose que, para los empleados públicos de todos los órdenes, la norma aplicable por vía de transición es la Ley 33 de 1985.
[9] Ver entre otras las siguientes sentencias de la Sección Segunda: Sentencia del 16 de febrero de 2006, radicación número: 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04). Sentencia del 23 de 2006, radicación número: 25000-23-25-000-2001-07475-01(1406-04). Sentencia del 26 de enero de 2006, radicación número: 25000-23-25-000-2002-05558-01(2985-05)

pensional debe ser liquidada tanto en su monto como en su base salarial con fundamentos en la norma que por vía de transición se aplique, para el caso que nos ocupa, repetimos la Ley 33 de 1985 y la cual establece que corresponde al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios[10].

Las normas aplicables para efectos de determinar el salario de liquidación son las Leyes 33 y 62 de 1985, y es en esta misma normativa donde se señalan los factores salariales que se han de tener en cuenta para conformar la base de liquidación pensional.

Al respecto el artículo 3 de la norma referenciada, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, establece la forma cómo se liquidaría la pensión de jubilación señalando los siguientes factores:

- Asignación básica.
- Gastos de representación.
- Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación.
- Dominicales y feriados.
- Horas extras.
- Bonificación por servicios prestados.
- Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

No obstante lo anterior, se han expuesto varias interpretaciones por la jurisprudencia frente a cómo se debe efectuar la liquidación y los factores a tener en cuenta para ello, en primer lugar se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que solo 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.

Lo dicho, dado que no obstante la claridad de la norma estudiada de forma aislada, existen otras normas que consagran diferentes medios remunerativas del servicio que son salario por disposición expresa del legislador o su naturaleza, por lo que en aplicación de los principios generales del derecho

[10] Consejo de Estado en la sentencia del 25 de marzo de 2010, Sección Segunda, Subsección A, expediente No. 66001-23-31-000-2006-00452-01(1415-07) C.P. Luís Rafael Vergara Quintero.

laboral de primacía de la realidad sobre la forma y de favorabilidad, han de interpretarse de manera integral para así establecer qué factores constituyen en realidad salario y liquidar la pensión con los ingresos efectivamente percibidos por el trabajador en su vida laboral active.

Por otro lado, se relieva la interpretación que de la Ley 33 de 1985 ha realizado el CONSEJO DE ESTADO en especial al tema del salario base de liquidación de la pensión, posición que la Sala comparte, y para lo cual se permite transcribir en su aparte más importante:

> "En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiado su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.
> …
> a) De los factores de salario para liquidar pensiones.
>
> Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, precisó el sentido y alcance de las expresiones salario y factor salarial, así:
> "(…) El salario (…) aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador (…)". En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) "constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones." En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que "además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios."
> (…)
> Según el artículo 42 ibídem son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador : la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.(…)."
>
> Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

> Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.
>
> No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional[11].[12]

Destaca la Sala que esta no es una posición aislada de la mencionada Alta Corporación, sino que es la línea que se consolida a partir de allí tal como se puede observar en decisiones más recientes[13].

Para esta Corporación, el salario base de liquidación de la pensión debe incluir todos aquellos pagos que conforme a su naturaleza o norma especial son salario, posición uniforme, reiterada y pacífica a la fecha en nuestra jurisdicción.

Es importante tener en cuenta en este punto, lo referente a la posición jurisprudencial de la CORTE CONSTITUCIONAL, vertida en la sentencia SU-230 de 2015, citada por el apelante y que constituye el argumento central del recurso de apelación.

En primer lugar, la Sala parte de la base, como ya se expresó, que la posición de esta jurisdicción y de su órgano de cierre, es la de aplicar todos los elementos del régimen anterior, a quienes gozan del régimen de transición (edad, monto, entendido este como tasa de reemplazo e IBL), lo anterior, atendiendo que de la interpretación sistemática de los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, así se infiere del texto mismo de la primera de ellas, pues define el IBL de las pensiones previstas en sistema general de seguridad social en pensiones, es decir, las del régimen de transición no se regulan por esta normativa sino por las anteriores.

---

[11] Al respecto, ver el concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.
[12] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Sentencia del 4 de agosto de 2010. Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). Actor: LUIS MARIO VELANDIA. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL
[13] Como decisión de este tipo, la Sala trae para soportar la siguiente: "Al examinar con detenimiento la anterior cita jurisprudencial (se refiere a la citada en el píe de página anterior), es claro que la entidad demandada debió efectuar los aportes que devengó el actor mientras estuvo prestando sus servicios sobre los factores salariales y que pretende se tengan en cuenta." (La nota entre paréntesis no es del texto original) CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. CONSEJERO PONENTE: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Sentencia del 20 de marzo de 2013. REF: EXPEDIENTE No. 76001233100020070021701. NÚMERO INTERNO: 03412012. ACTOR: JOSÉ OMAR GONZÁLEZ CRUZ. AUTORIDADES NACIONALES.

Igualmente, para la Sala, es claro que la posición asumida por la CORTE CONSTITUCIONAL en las sentencias en cita (C-258 de 2013 y SU-230 de 2015), posee una clara aplicación restrictiva, por las siguientes razones:

1. La sentencia C-258 de 2013, estudia la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, es decir, el régimen pensional de Representantes a la Cámara y Senadores, extensivo a Magistrados de Altas Cortes (artículo 28 del Decreto 104 de 1994) y ciertos funcionarios de la Rama Judicial, el Ministerio Público y órganos de control, como el Procurador General de la Nación (artículo 25 del Decreto 65 de 1998), el Fiscal General de la Nación, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, y los Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (artículo 25 del Decreto 682 de 2002). La argumentación sobre cómo interpretar el ingreso base de liquidación de las personas que gozan de régimen de transición, se limita a estos funcionarios, por lo que en este aspecto esta sería la *ratio decidendi* de la sentencia, y frente a cualquier otra aplicación o argumentación que en ella se contiene en torno al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la misma claramente sería *obiter dicta*, dado que este no es el fondo de la situación estudiada por la Corte.

2. El sustento evidente de la sentencia C – 258 de 2013, es la sostenibilidad del sistema pensional en Colombia, en tanto, las excesivas pensiones, percibidas por los funcionarios atrás mencionados, resultaron afectándolo y quebrando la balanza que lo debe regir (homeóstasis). Si esta es la consideración, en casos como el tratado, si de aplicación analógica se trata, debería acudirse a efectuar un análisis similar, esto es, establecerse si pensiones como las de la parte accionante, afectan la sostenibilidad del sistema pensional, para lo cual, es evidente que ello solo sería posible, si se determinara que el pago de esta pensión es desproporcionada, lo cual exige una carga probatoria, que en este proceso no existe, por ende, no es susceptible de consideración y valoración.

3. En este mismo sentido, al no estar la CORTE CONSTITUCIONAL estudiando la constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en la sentencia ya referida, la interpretación que de esta norma hace la

Corte no es *ratio decidendi* y por ello carece de la fuerza vinculante obligatoria que poseen sus fallos[14], dicha interpretación [15].

4. En la SU-230 de 2015, se estudia una tutela en contra de la Sala Laboral de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, quien interpreta de tiempo atrás que el monto consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es lo referente al porcentaje o tasa de reemplazo y no al Ingreso Base de Liquidación, y la CORTE CONSTITUCIONAL en la sentencia en estudio de forma clara establece que esta interpretación es acorde a la constitución, ello *per se* no excluye otro tipo de interpretaciones en torno a dicha norma, pues de lo contrario se borraría de un tajo la independencia como pilar de la función judicial.

5. El CONSEJO DE ESTADO, en sentencia de unificación, limitó de forma clara la aplicabilidad de la sentencia C-258 de 2013, a aquellas pensiones que sean adquiridas después de la vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005[16].

6. En caso de que la norma (el artículo 36 de la Ley 100 de 1993) genere duda en su interpretación, la misma debe solventarse a favor del trabajador, en aplicación del principio general del derecho laboral del *in dubio pro operario*, consagrado en el artículo 53 de la C.P.

7. Con fundamento en el mismo principio, toda interpretación que se haga de las fuentes formales del derecho, y la jurisprudencia lo es conforme lo consagra el C.P.A.C.A. y lo ha interpretado de forma unánime la Corte Constitucional[17], debe realizarse a favor del trabajador, por lo que

---

[14] Consagra la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia: *"ARTICULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:*
1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutiva. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.
…"

[15] *"En cuanto a la existencia de cosa juzgada constitucional indica que según el artículo 243 superior "los fallos que dicte la Corte hacen tránsito a cosa juzgada"; que el artículo 6º del Decreto 2067 de 1991 ordena rechazar "las demandas que recaigan sobre normas amparadas por una sentencia que hubiera hecho tránsito a cosa juzgada" y que el artículo 21 del mismo Decreto se refiere al carácter obligatorio de esas decisiones tanto para las autoridades como para los particulares, así como el artículo 48 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, señala que la parte resolutiva de las sentencias tiene carácter obligatorio y de efecto "erga omnes"."* CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1299 de 2005.

[16] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN. CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN (E). Sentencia del 12 de septiembre de 2014. REF: Expediente No. 25000-23-42-000-2013-00632-01 (1434-2014). Actor: GLADYS AGUDELO ORDÓÑEZ. Demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES -.

[17] Ver, entre otras, sentencias C-836 de 2001 y relacionada con la obligatoriedad de las sentencias de unificación del CONSEJO DE ESTADO, la sentencia C-634 de 2011.

existiendo posiciones jurisprudenciales que soportan las dos interpretaciones estudiadas (el monto no incluye el IBL por lo que este se encuentra regido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 – el monto incluye porcentaje e IBL por lo que este se encuentra regulado por la normativa anterior) debe aplicarse la que favorece el derecho en discusión del trabajador, es decir, para el caso concreto la segunda de las interpretaciones del alcance del IBL.

8. Suma a favor de la interpretación acá planteada, principio de la inescindibilidad del régimen o la normativa aplicable[18], pues el planteamiento de las últimas providencias referenciadas de la Corte Constitucional, toma elementos del régimen anterior y los amalgama con los de la Ley 100 de 1993, sin aplicar íntegramente una de las normativas.

Finalmente, dada la división de criterios existente y la postura tomada por la Corte Constitucional en la sentencia antes citada, el CONSEJO DE ESTADO fijó su posición recientemente a través de sentencia de unificación de fecha 25 de febrero de 2016, proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda de dicha Corporación, en la que reiteró sus criterio respecto de que el monto de las pensiones sometidas al régimen de transición comprende la base y la tasa de remplazo. Sobre el particular consideró:

> "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

[18] Sobre este punto, ha dicho la doctrina: *"Ahora bien, como se trata de diferentes regímenes pensionales, debe tenerse presente que la selección de uno u otro comporta la aceptación de todas sus condiciones, sin que sea jurídicamente posible acoger solamente lo favorable de uno y de otro, en razón del principio de inescindibilidad que rige la interpretación de la ley. Código Civil. Art. 31. "Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes"."* CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. Concepto del 9 de marzo de 2006. Radicación 1718.

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 predican 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."[19]

Por lo tanto, para este operador judicial, en ejercicio de su independencia y autonomía, atendiendo los anteriores argumentos, se inclina a aplicar en este caso, la posición del CONSEJO DE ESTADO y desecha la de la CORTE CONSTITUCIONAL planteada en sus decisiones ya referidas (C-258 de 2013 y SU-230 de 2015), concluyendo que el monto incluye el Ingreso Base de Liquidación de la pensión, el que se encuentra regido por las normas anteriores, para nuestro caso, las Leyes 33 y 62 de 1985.

2.5 LAS COSTAS EN EL RÉGIMEN PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO REGULADO POR LA LEY 1437 DE 2011.

Las costas en los procesos civiles y contencioso administrativos, entendidos como gastos procesales, es decir, como la asunción del valor de algunos actos procesales por las partes (notificaciones, honorarios de los auxiliares de la justicia, gastos procesales fijados al inicio del proceso, artículo 171 numeral 4

[19] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINSITRATIVO, Sala Plena de la Sección Segunda, sentencia del 25 de febrero de 2016, Exp. No. 25000234200020130154101 (4683-2013), M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

del C.P.A.C.A.) son claramente una carga procesal, de cuyo incumplimiento se puede derivar consecuencias procesales negativas, como por ejemplo la parálisis del proceso, el desistimiento tácito de la demanda (artículo 178 *ibídem*), etc.

Por otra parte, las costas ya entendidas como el costo que deben asumir las partes por el hecho de iniciar o resistir un proceso, para lo cual deben no solo cubrir los gastos procesales como cargas antes enunciados, sino que deben asumir el valor de la representación judicial que necesariamente debe estar presente en los procesos contencioso administrativos en donde se introducen pretensiones subjetivas (nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales) a través de abogado titulado e inscrito (artículos 24 y 25 del Decreto 196 de 1971), conocido este rubro como agencias en derecho, son valores que se impone cubrir para el ejercicio adecuado del derecho de acción o de contradicción, claramente son una obligación procesal que debe ser asumida en principio por quien ejerce el derecho, valga reiterar, de acción o contradicción, y que se queda como obligación procesal asumida por cada parte o se convierte en derecho a favor de una de ellas, de acuerdo a la regulación legal que el legislador consagre con relación a la condena en costas.

Sobre este punto, nos enseña el profesor MORALES MOLINA[20], que las diferentes teorías que soportan la condena en costas, son las siguientes:

- Que cada parte pague lo suyo, es decir, se impone a cada parte la carga de cubrir los costos que por su actuar se imponen.

- Que todo lo pague el vencido, es decir, las cargas procesales impuestas a lo largo del proceso a cada parte, adicionado en las agencias en derecho, se imponen de manera automática y objetiva a la parte vencida, por lo que a partir de éste momento la carga se convierte en una obligación procesal que debe asumir el vencido y un derecho procesal a favor de quien sacó avante el proceso, incidente o recurso.

- Que la carga u obligación de satisfacer el valor total, esté condicionada a ciertos elementos subjetivos como la culpa del vencido, lo que debe valorarse en la sentencia, es decir, la carga sólo se convierte en

[20] Este aparte es desarrollado con base en el siguiente texto: MORALES MOLINA, Hernando. CURSO DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Parte General. Bogotá: Editorial ABC, 1991. p. 562 a 564.

obligación y en el correlativo derecho, previa la verificación del elemento subjetivo de la responsabilidad al interior del proceso, lo que efectivamente debe valorarse por el juez en la decisión de fondo.

De acuerdo a nuestras regulaciones adjetivas, el Código de Procedimiento Civil, claramente se inclina frente a la teoría objetiva, dado que el artículo 392 numeral 1, en su redacción introducida por el artículo 42 de la Ley 794 de 2003, establece una condena automática para el vencido, quien debe correr con el costo de los gastos ocasionados en el proceso y debidamente soportados en el expediente, y las agencias en derecho.

Por su parte, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo adoptado a través de la Ley 1437 de 2011, a diferencia del Código Contencioso Administrativo, se inclina igualmente por la teoría objetiva al remitir de forma directa en el tema de las costas la regulación adjetiva civil, es decir, el artículo 188 del C.P.A.C.A. debe interpretarse en concordancia con el artículo 392 del C.P.C., ya citado, por lo que claramente en este punto el proceso contencioso administrativo sufre una importante modificación al pasar del régimen subjetivo (artículo 171 del C.C.A. en su redacción modificada por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998) en donde la condena estaba sujeta a la valoración que el juzgador realizará de la conducta procesal del vencido, a uno objetivo en donde quien pierde el proceso asume de forma automática la condena por este concepto.

En igual sentido regula la costas el Código General del Proceso en sus artículos 365 y 366, normativa aplicable a esta jurisdicción a partir del 1 de enero de 2014, tal como lo decidió la Sala Plena de lo Contencioso del CONSEJO DE ESTADO[21].

El Consejo de Estado Sección Segunda, en sentencia del 7 de abril de 2016, radicado No. 13001233300001300022O1 (12912014), sobre la condena en costas en los procesos regulados por la Ley 1437 de 2011, señaló:

> "Ahora bien, a raíz de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en anteriores oportunidades y en materia de condena en costas, la Subsección A sostuvo que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no implicaba la condena de manera *"automática"* u *"objetiva"*, frente a aquel que resultara vencido en el litigio.

[21] Ver CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Auto de 25 de junio de 2014. Radicación: 25000233600020120039501 (IJ). Número interno: 49.299. Demandante: Café Salud Entidad Promotora de Salud S.A. Demandado: Nación-Ministerio de Salud y de la Protección Social. Referencia: Recurso de Queja.

Ello, en consideración a que debían observarse una serie de factores, tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debía ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis mínimo en el que el juez evaluara las circunstancias para imponerla, o no.

Sin embargo, en esta oportunidad la Subsección A varía aquella posición y acoge el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe). Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. Las razones son las siguientes:

a) El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.

Asimismo, que la liquidación y ejecución se rigen por lo dispuesto en el Código de procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, artículo 365.

b) De la lectura del artículo 365 en comento, se observa que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad como lo refiere la postura anteriormente adoptada y que aquí se substituye.

c) En efecto, la evolución normativa de este concepto en nuestra legislación, específicamente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, permite resaltar tres etapas bien definidas y diferenciadas: Una primera etapa de prohibición, la segunda de regulación con criterio subjetivo, y la última de regulación con criterio objetivo. Veamos los detalles:

a) Prohibición de condena en costas al Estado: Consagrada originalmente en el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, conocido como Código Contencioso Administrativo, que prohibía la condena en costas al Estado, aunque sí autorizaba la condena en costas al particular vencido, incluso en incidentes, salvo en nulidad y electorales. Este criterio armonizaba con el antiguo inciso 2º del numeral 1º del artículo 392 del CPC16, modificado por el Decreto 2289 de 1989 artículo 1 numeral 19817, lo que luego derogó la Ley 794 de 2003 artículo 42.

b) Autorización de condena en costas, con criterio subjetivo. La Ley 446 de 1998, al modificar el original artículo 171, consagró una norma que autorizó la condena en costas, previa evaluación del juez de la conducta asumida por las partes19. Lo novedoso de la reforma fue la terminación del privilegio histórico que se le había conferido al Estado, el cual no podía ser condenado al pago de costas en el litigio.

Esta modificación fue objeto de análisis por parte de esta Corporación en sentencia de 18 de febrero de 199920, en la cual se precisó lo siguiente:

"[…] La nueva disposición contiene dos modificaciones sustanciales: a) posibilita la condena en costas para la entidad pública vencida, pues bajo la vigencia del artículo 171 del CCA sólo se permitía dicha condena para el litigante particular vencido en el proceso, incidente o recurso, con lo cual se atiende por este aspecto al principio de igualdad de las partes y, b) exige una valoración subjetiva para su condena, en tanto que en la norma anterior el criterio para su procedencia era simplemente objetivo, pues remitía al artículo 392 del Código de Procedimiento Civil. […]"

Se dijo de la referida modificación, que se trataba de una cláusula abierta o indeterminada, que debía concretarse con la apreciación del juez en cada caso particular.

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia C-043 del 27 de enero de 2004, declaró exequible la expresión *"[…] teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes podrá […]"* del artículo 171, modificado por la L. 446 de 1998.

En esta sentencia la Corte Constitucional retomó el recuento histórico hecho por el Consejo de Estado en la decisión citada anteriormente e hizo lo propio con las decisiones

adoptadas por ella misma sobre los criterios objetivos y subjetivos de imposición de condena en costas, tanto en el CPC como en el CCA.

Finalmente, en la sentencia de constitucionalidad se dio alcance a la reforma del artículo 171 del CCA al precisar que *"[…] No cabe duda ahora de que él permite la condena en costas a las entidades públicas vencidas, tanto en lo concerniente a las expensas judiciales como a las agencias en derecho (salvo el impuesto de timbre). […] "* Y que *"[…] es muy clara en cuanto introduce un factor subjetivo en la determinación de la responsabilidad de las partes por el reembolso de las costas judiciales y así lo ha reconocido también el Consejo de Estado […]"*. Ello, señaló la sentencia, pese a la remisión que se hacía al artículo 392 del CPC que regulaba un criterio objetivo en tal sentido. Continúa la Corte Constitucional, *"[…] pues este aspecto es regulado de manera distinta por esa misma norma, introduciendo un factor subjetivo para la definición de esa responsabilidad […]"* tal como lo había precisado el Consejo de Estado en decisión que es objeto de cita en esta sentencia.

a. La condena en costas con criterio objetivo. El CPACA adoptó la misma línea del CPC y CGP en el sentido de acoger el criterio objetivo para la condena en costas. Veamos las normas que lo consagran:

i. El artículo 178 que se refiere a condena en costas en los casos del desistimiento tácito.
ii. El artículo 188 que regula la condena en costas cuando se trate de sentencias, salvo en los procesos en los que se ventile un interés público.
iii. El artículo 267, regula que en caso de que fuere desestimado el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, se condenará en costas al recurrente.
iv. El artículo 268, regula la condena en costas en caso de que alguno de los recurrentes desista del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, salvo que se interponga ante el Tribunal antes de haberse enviado al Consejo de Estado.

Las reglas previstas en los literales 1, 3 y 4 de la anterior relación, permiten interpretar el enunciado deóntico "dispondrá" que consagra el artículo 188 *ibídem,* el cual puede asimilarse al enunciado "decidirá", lo que necesariamente lleva a señalar que se supera el criterio optativo propio del criterio subjetivo, para avanzar hacia la condena en costas por un criterio valorativo, con base en los presupuestos objetivos reseñados por la legislación procesal civil.

d- Por su parte, el artículo 365 del CGP que fue objeto de análisis por la Corte Constitucional en sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013, ratificó el criterio objetivo valorativo de la norma, al señalar lo siguiente:

"[…] La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto en el artículo 365.

Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra. […]"

e- En virtud de lo anterior y conforme la evolución normativa del tema, puede concluirse que el legislador cambió su posición al respecto23, para regular la condena en costas a ambas partes en la jurisdicción de lo contencioso administrativo con un criterio netamente objetivo, excepto en cuanto corresponda a los procesos en los que se ventile un interés público, en los cuales está legalmente prohibida la condena en costas.

f- Esta postura fue adoptada recientemente por la Corporación en sede de tutela, decisión que se transcribe *in extenso* por ser perfectamente aplicable puesto que corrobora el criterio objetivo en la materia.

"[…] 2.5.3. Sobre la condena en costas y agencias en derecho en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho

"En cuanto al último motivo de inconformidad de la accionante, relativo a que se le condenó a asumir las costas del proceso y las agencias en derecho, aunque no actuó de

mala fe o de manera temeraria, se destaca que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 señala, 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 de Procedimiento Civil", actualmente por el Código General del Proceso, que en sus artículos 361 y siguientes regula lo correspondiente a la costas del proceso.

"Para el caso de autos se estima pertinente precisar en primer lugar, que según el artículo 361 del mencionado código, "las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho24", y que de conformidad con el artículo 365 del mismo estatuto, las siguientes constituyen algunas de las circunstancias por la que puede condenarse en costas:

En consonancia con lo anterior, se encuentra el artículo 80 del Código General del Proceso, en el cual puede apreciarse que un asunto es que pueda sancionarse a una de las partes por actuar de mala fe o de manera temeraria, y otra, que deba imponérsele a una de las partes el pago de las costas:

"Artículo 80. Responsabilidad patrimonial de las partes.

Cada una de las partes responderá por los perjuicios que con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe cause a la otra o a terceros intervinientes. Cuando en el proceso o incidente aparezca la prueba de tal conducta, el juez, sin perjuicio de las costas a que haya lugar, impondrá la correspondiente condena en la sentencia o en el auto que los decida. Si no le fuere posible fijar allí su monto, ordenará que se liquide por incidente.
[…]".
Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, tampoco se advierte que el Tribunal accionado haya incurrido en alguna de las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias, al haberle impuesto a la demandante al pago de las costas del proceso, que incluyen las agencias del derecho25, en tanto al revocarse la sentencia de primera instancia proferida en su favor, la peticionaria resultó vencida en el juicio. […]"

El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio *"subjetivo" –CCA-* a uno *"objetivo valorativo" –CPACA*.

b) Se concluye que es *"objetivo"* porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de *"valorativo"* porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP27, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia."

Teniendo en cuenta el análisis normativo y jurisprudencial realizado, pasa esta Corporación a estudiar:

2.6 CASO EN CONCRETO

En el sub examine está probado que el señor CARLOS DANIEL VILLADIEGO MADRID es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como CAJANAL E.I.C.E. (hoy UGPP) lo reconoce en la Resolución No. 52607 del 5 de octubre de 2006[22].

Ello encuentra respaldo en el hecho que el actor nació el 16 de abril de 1946 como consta en el Registro Civil de Nacimiento (Folio 110 CD), contando para el 1º de abril de 1994 con más de 47 años, cumpliendo con uno de los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para el efecto.

Ahora, en lo que comporta al argumento de alzada, advierte la Sala que de la lectura de la Resolución No. 52607 del 5 de octubre de 2006, se puede apreciar que el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez del actor, se determinó aplicando lo previsto en el artículo 36, párrafo 3 de la Ley 100 de

[22] Folios 15 – 20 C Ppal.

1993, lo cual contraviene lo considerado en el derrotero jurisprudencial citado y que esta Sala comparte.

Por otro lado, conforme certificación expedida por el Subgerente Administrativo y Financiero del Hospital Regional II Nivel Nuestra Señora de las Mercedes de Corozal – Sucre E.S.E.[23], en el último año de servicio, es decir, entre el 27 de septiembre de 2004 y el 27 de septiembre de 2005, devengó los siguientes factores salariales: asignación básica, auxilio de transportes, auxilio de alimentación, recargos nocturnos, dominicales y festivos, prima de vacaciones y prima de navidad. Además, se advierte que a la hora de liquidar la pensión en la Resolución No. 52607 del 05 de octubre de 2006, no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales devengados.

En atención a su condición de empleado público y beneficiario del régimen de transición, la pensión del señor CARLOS DANIEL VILLADIEGO MADRID debió reconocerse y liquidarse conforme los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985, esto es, con una tasa de remplazo del 75% del IBL, el cual conforme las precisiones jurisprudenciales efectuadas líneas antes, debe determinarse conforme lo señala la Ley 33 de 1985 y no acudiendo a lo previsto en el artículo 36, párrafo 3, y artículo 21 de la Ley 100 de 1993, además de incluir todos los factores salariales devengados por el empleado durante el último año de servicio.

Vertiendo lo dicho al sub judice, tenemos que la entidad demandada dejó de incluir factores salariales en el IBL, no obstante que la norma que regula por transición la pensión de la parte demandante era la Ley 33 de 1985, tal como lo advirtió el *A-quo*. Así mismo, para determinar el IBL se aplicó el párrafo 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que para determinar el monto de la pensión se tuvo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de los años que le faltaban al demandante para adquirir su derecho a la pensión, es decir, entre el 1º de enero de 1995 y el 30 de diciembre de 2004.

En tal sentido, concluye la Sala, que la decisión del Juez de Primera Instancia al ordenar la reliquidación de la pensión de vejez del actor, quien es beneficiario de la transición pensional, se ajusta al precedente judicial sentado

[23] En Folio 110 C Ppal, se encuentra CD en el que se puede encontrar el certificado de los factores salariales devengados por el actor en su último año de servicios.

de forma uniforme por el H. Consejo de Estado, el cual comparte esta Sala, razones por las cuales se procederá a su confirmación.

En consecuencia, la pensión del demandante debe ser reliquidada teniendo en cuenta para su liquidación el 75% del promedio de lo devengado por este en el último año de servicios, esto es, entre el 27 de septiembre de 2004 y el 27 de septiembre de 2005, dado que mediante Resolución No. 52607 del 05 de octubre de 2006, la pensión se reconoció con efectos fiscales desde el 28 de septiembre de 2005, y con base en todos los factores salariales devengados en dicho período, conforme certificación expedida por el Subgerente Administrativo y Financiero del Hospital Regional II Nivel Nuestra Señora de las Mercedes de Corozal – Sucre E.S.E., última entidad empleadora, los cuales son: asignación básica, auxilio de transportes, auxilio de alimentación, recargos nocturnos, dominicales y festivos, prima de vacaciones y prima de navidad.

Finalmente, en lo que hace relación a la condena en costas decretadas por el *A quo*, en consideración a que no se tuvo en cuenta lo reflejado en el trascurso del proceso, es necesario recordar que, como se explicó en apartes anteriores, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo adoptado a través de la Ley 1437 de 2011 adoptó un criterio objetivo de imposición de costas, por lo que no es necesario auscultar la conducta de las partes para ello, circunstancia que tampoco ha de advertirse en la fijación de las agencias en derecho, dado que para esto último se tiene en cuenta los criterios señalados en el Acuerdo 1887 de 2007 de la Sala Administrativa del CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA.

En consecuencia sin ahondar en mayores disquisiciones, dispondrá esta Judicatura **CONFIRMAR** la sentencia objeto de alzada.

2.7 CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. y por la no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada apelante, y a favor del demandante. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las

normas ya citadas.

3. DECISIÓN

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SINCELEJO, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 24 de mayo de 2016 por el **JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO**, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la parte demandada apelante y a favor del demandante. En firme la presente providencia, por el *A quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta Nº 219.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA