



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, treinta y uno (31) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

SALA PRIMERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

REFERENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
PROCESO: 70-001-33-33-004-2015-00150-01
DEMANDANTE: ANIBAL EDUARDO MORA PORTILLA
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES –
U.G.P.P.

TEMAS: RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL APLICABLE
A LOS DETECTIVES DEL DEPARTAMENTO
ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS -
FACTORES SALARIALES ESTABLECIDOS
LEGALMENTE Y QUE CONFORMAN LA BASE DE
LIQUIDACIÓN PENSIONAL – PRIMA DE RIESGO
DAS COMO FACTOR SALARIAL A TENER EN
CUENTA EN LA PENSIÓN.

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 24 de febrero de 2016 por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Sincelejo¹, la cual resolvió conceder las súplicas de la demanda que, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, promovió el señor

¹ Sentencia dictada dentro de la Audiencia inicial.

ANIBAL EDUARDO MORA PORTILLA contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES – U.G.P.P.**

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA²

El señor JAVIER RINCON SANTOS instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de que (i) Se declare la nulidad Parcial de la Resolución No.013717 de octubre 29 de 1996, por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez, por valor de \$279.842.94, efectiva a partir del 01 de agosto de 1995, condicionada a demostrar el retiro definitivo del servicio en los términos provistos por la ley, expedida por la Nacional de Previsión Social CAJANAL E.I.C.E.; (ii) Nulidad de la Resolución No. 08845 de Mayo 13 de 2003, por la cual se niega una reliquidación de pensión de jubilación, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL E.I.C.E; (iii) Nulidad Parcial de la Resolución No. 14572 de agosto 05 de 2003, por la cual se resuelve un Recurso de Reposición, revocando la Resolución No. 08845 del 13 de mayo de 2003 y ordena reliquidar la pensión, elevando la cuantía a la suma de \$343.214.04, efectiva a partir del 01 de enero de 1997, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL E.I.C.E. (iv) Nulidad Parcial de la Resolución 6972 de agosto 25 de 2004, por la cual resuelve un Recurso de Apelación, y confirma la Resolución No. 14572 del 05 de agosto de 2003, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL E.I.C.E y así también la declaratoria de nulidad parcial de la Resolución No.03410 de enero 24 de 2005 por la cual da cumplimiento del fallo del Juzgado 4 Penal del Circuito de Villavicencio de fecha 25 de octubre de 2004, ordenando RELIQUIDAR por nuevo factor salarial, elevando la cuantía a la suma de \$418.530.81, efectiva a partir del 01 de enero de 1997 (v) La Nulidad parcial de la Resolución No. 18533 de abril 06 de 2005, por la cual se resuelve un recurso de reposición, y también nulidad de la Resolución No. 36550 de Julio 28 de 2008, por la cual se niega una reliquidación pensión de vejez por nuevo factor salarial; (vi) de declaratoria Nulidad del auto ADP003231 de Abril 20 de 2015, por la cual ordena el

² Fol. 34-41 C. Ppal.

archivo de la solicitud – Derecho de Petición de Revisión y/o Reliquidación de una pensión Vitalicia de Jubilación, presentada el 23 de diciembre de 2014, sin permitir agotar los recursos en la Vía Administrativa, expedido por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP.

Que como consecuencia de lo anterior, se ordene:

(i) A título de restablecimiento del derecho declarar que le asiste la razón jurídica para que UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIN SOCIAL – UGPP, le re-liquide y pague su pensión de jubilación calculada con todos los factores de salario devengados y certificados en el último año de servicio, esto es, con lo devengado en por todo concepto en el período del (enero 01 de 1996 a diciembre 30 de 1996), además de los ya reconocidos: asignación básica, bonificación por servicios prestados y Prima de Antigüedad, los siguientes: Prima de Riesgo, Prima de Servicio, Prima de Navidad, Prima de Vacaciones, pensión que habrá de pagarse en cuantía no inferior a \$559.697.00 efectiva a partir del 01 de Enero de 1997, ordenando aplicar los reajustes de ley 100/93, sobre la cuantía de \$559.697.00; (ii) Que se ordene liquidar y pagar a expensas de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP y a su favor, las diferencias entre lo que se ha venido cancelando por concepto de la Resolución No. 03410 del 24 enero de 2005, y lo que se determine pagar en la sentencia que ordene la liquidación de la pensión en los términos de la pretensión anterior, de este acápite, es decir, que sea calculada con todos los factores de salario, tales como: asignación básica, bonificación por servicios prestados, Prima de Antigüedad, Prima de Riesgo, Prima de Servicio, Prima de Navidad, Prima de Vacaciones, diferencias efectivas partir del 01 enero de 1997, calculadas sobre la base de una cuantía inicial pretendida de \$559.697.00; (iii) Condenar a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP, para que sobre las mesadas adeudadas se le pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme

al Índice de Precios al Consumidor, conforme a lo ordenado por el artículo 187 último inciso del C.P.A.C.A.

Como **FUNDAMENTOS FÁCTICOS** expresó que fue servidor público en calidad de funcionario del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, por un tiempo de veintiuno (21) años, nueve (9) meses, comprendido del 17 de Marzo de 1975 al 30 de Diciembre de 1996.

Señaló que a partir del 31 de Diciembre de 1996, mediante resolución No.2231, se retiró del servicio por renuncia del cargo de Detective Profesional 207-09 – Seccional Sucre.

Expone el demandante que, laboró al servicio del Estado por más de 20 años, y adquirió su estatus jurídico el 19 de marzo de 1995, razón por la cual, la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL E.I.C.E. mediante Resolución No.013717 de octubre 29 de 1996, le reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez, por valor de \$279.842.94, efectiva a partir del 01 de agosto de 1995, condicionada a demostrar el retiro definitivo del servicio en los términos provistos por la ley, la que fue revocada por la Resolución 03410 de enero 24 de 2005.

Manifiesta el actor que, la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL E.I.C.E. mediante Resolución No. 08845 de mayo 13 de 2003, negó la reliquidación de pensión de jubilación, la cual fue revocada por la Resolución 14572 de agosto 05 de 2003.

Aduce el demandante que, la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL E.I.C.E., mediante Resolución No. 14572 de agosto 05 de 2003, resuelve un Recurso de Reposición, revocando la Resolución No. 08845 del 13 de mayo de 2003 y ordena reliquidar la pensión de jubilación, elevando la cuantía a la suma de \$343.214.04, efectiva a partir del 01 de enero de 1997.

Sostiene que el Ministerio de Protección Social – Caja Nacional de Previsión, mediante Resolución 6972 de agosto 25 de 2004, resuelve un Recurso de Apelación, por el cual confirma la Resolución No. 14572 del 05 de agosto de 2003.

Afirma que la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL E.I.C.E., mediante Resolución No.03410 de Enero 24 de 2005, da cumplimiento a un fallo proferido por el Juzgado 4 Penal del Circuito de Villavicencio de fecha 25 de octubre de 2004, revocando la Resolución No. 013717 de octubre 29 de 1996, la Resolución 08845 del 13 de mayo 2003; resolución No. 14572 del 05 de agosto de 2003 y 6972 del 25 de agosto de 2004.

Manifestó el demandante que, mediante Resolución No.03410 de Enero 24 de 2005 y en cumplimiento del fallo del Juzgado 4 Penal del Circuito de Villavicencio de fecha 25 de octubre de 2004, ordenó reliquidar por nuevo factor salarial, elevando la cuantía a la suma de \$418.530.81, efectiva a partir del 01 de enero de 1997.

Comentó que la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL E.I.C.E. efectúa la liquidación con el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario del último año de servicios, 01 de enero de 1995 al 30 de diciembre de 1996, desconociendo el régimen especial aplicable a los Detectives del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, no solo las normas especiales sino que también desconoce el contenido del inciso 2º del artículo 1º de la ley 33 de 1985, y el art. 4º decreto 1835 de 1994, el artículo 10 del decreto 1933 de 1989 y el artículo 1º del Decreto 1047 de 1978.

Que la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL EICE – EN LIQUIDIACION, efectuó la liquidación con el 75% del promedio de lo devengado en los últimos 10 años, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin tener en cuenta el Régimen Especial consagrado a favor de los DETECTIVES DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – D.A.S. contenido en los decretos 1047/78, 1933/89, 1835/94, en concordancia con el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, por lo tanto debió tener en cuenta para determinar la cuantía de la pensión, TODOS los factores devengados y certificados en el último año de servicio, es decir del 01/01/1996 a 30/12/1996.

Por último Indicó que de acuerdo con la certificación expedida por el Archivo General de la Nación, de fecha 30 de octubre de 2014, se envió cotización a cargo del patrono correspondiente al 8.5% por Actividad de Alto Riesgo., según Decreto 2646 de 1994.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA³

La entidad accionada se opone a los hechos y pretensiones de la demanda fundamentándose en que estas carecen de fundamento jurídico, toda vez que la entidad actuó, en todo caso, bajo las normas vigentes.

Propuso como excepciones:

(i) **inexistencia de la obligación**, en el sentido en que al demandante se le reconoció la pensión en virtud de las normas aplicables por haber prestado sus servicios al D.A.S., y para el reconocimiento se tuvo en cuenta lo que en este se estableció, y el régimen de transición previsto en la ley 100 de 1993 lo que permite que se le de aplicación al régimen anterior al que se encontraba cotizando, es decir la norma del Decreto 1835 de 1994. (ii) **Buena fe**, por cuanto la entidad actuó con fundamento en las normas vigente que regulan la materia, según la ley 100 de 1993, y los criterios jurisprudenciales sobre el tema. en tal sentido que no ha existido mala fe en el trámite dado en sede administrativa a las peticione y hechos de que trata el proceso (iii) **prescripción trienal**, por cuanto el pago de algunas de las mesadas solicitadas se encuentran prescritas en la actualidad.

1.3 LA SENTENCIA APELADA⁴

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Sincelejo, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y no probada la excepción de inexistencia de la obligación, por tanto, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos:

³ Fol. 88 a 97.

⁴ Fols. 112 a 125 C. Ppal.

Afirmó que, una vez identificado el régimen pensional aplicable al demandante, de conformidad con el artículo 36 de la ley 100 de 1993, y las normas contenidas en el Decreto 1047 de 1978, Decreto 1933 de 1989 y la ley 33 de 1985, se pudo establecer que el acto acusado se encuentra viciado de nulidad al ser contrario a las normas señaladas, atendiendo a que no se liquidó correctamente la pensión de jubilación del accionante, por lo que da lugar que a título de restablecimiento tiene derecho a la reliquidación reconocida en cuantía equivalente al 75% del promedio de todos los factores devengados durante el último año de servicio incluyendo la prima de riesgo y como consecuencia de esto, el pago de las diferencias generadas entre las mesadas pagadas y la suma reliquidada.

En este sentido, declaró la nulidad del acto administrativo que le negó la reliquidación de la pensión de vejez por un nuevo factor salarial, y en consecuencia ordenó el ajuste en la suma equivalente al 75% del promedio de los factores salariales devengado durante el último año de servicio.

1.4 DEL RECURSO DE APELACIÓN⁵

La parte accionada presentó recurso de apelación dentro del término correspondiente, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia. Como argumentos principales que, el demandante, por acreditar los requisitos de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se hizo beneficiario del régimen de transición previsto dentro de tal preceptiva, lo cual representó el fundamento para que la entidad demandada, en su momento la Caja Nacional de Previsión Social, reconociera y ordenara el pago de una pensión de jubilación de acuerdo al régimen especial propio de todos aquellos empleados que prestaron sus servicios al DAS.

Sostuvo que, las normas que desarrollan el régimen pensional que cubre al actor nada dicen de la forma en cómo se ha de calcular la respectiva pensión, que en lo relacionado con el ingreso base de liquidación, el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es lo bastante claro, dentro de dicha preceptiva se apunta

⁵ Fls. 138 a 140 C. Ppal.

concretamente que el ingreso base para liquidar la pensión de las personas beneficiarias del régimen de transición será producto de una de estas dos fórmulas, cuales son que al interesado le hagan falta menos o más de 10 años para consolidar el estatus de pensionado; así, en el primer caso, el IBL resultará del promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para adquirir el estatus pensional.

Razones por las cuales se le reconoció al demandante su derecho pensional conforme e régimen de transición previsto en la ley 100 de 1993 reliquidando la prestación, teniendo en cuenta los factores salariales devengados dentro del último año de prestación del servicio, 01-01-1996 al 30-12-1996, fecha en la cual se efectuó el retiro del servicio, aplicando en su integralidad el régimen anterior y con los factores salariales establecidos en el Decreto 1933 de 1989 artículo 18.

Finalmente, exteriorizó no compartir la orden impartida por el A quo, en el sentido de condenar en costas y agencias en derecho, a la entidad demandada por lo que a la luz del artículo 365 del C.G.P. solicita revocar este punto de la sentencia.

1.5 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA⁶

Solo la parte demandada presentó sus alegatos de conclusión dentro del término legal correspondiente en escrito donde retoman los argumentos mencionados tanto en la contestación a la demanda como en el recurso de apelación.

1.6 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El representante del Ministerio Público ante esta Corporación no emitió concepto.

2 CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. 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 de la Ley 1437 de 2011.

⁶ Fol. 21 a 23 C. Apelación.

2.2 PROBLEMA JURÍDICO.

De conformidad con los antecedentes reconstruidos, entra el Tribunal a establecer, *¿si le asiste derecho el actor a la reliquidación de su pensión de jubilación teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, factores que por norma especial o por su naturaleza son salario, así estos no estén expresamente consagrados en las normas que regulan el régimen especial de pensiones de los detectives del DAS?*

Para dar respuesta a los anteriores interrogantes, la Sala abordará los siguientes tópicos: (i) Régimen de transición pensional aplicable a los detectives del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, (ii) Factores salariales establecidos legalmente que conforman la base de liquidación pensional y la prima de riesgo como uno de estos factores a tener en cuenta para el cálculo de tal acreencia laboral, (iii) Las costas en el régimen procesal contencioso administrativo regulado por la ley 1437 de 2011, y (iv) El caso concreto.

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL APLICABLE A LOS DETECTIVES DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD - DAS:

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 interpretar el artículo 36 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, 35 o más años de edad si son mujeres o 15 o más años de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema.

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.

Para el caso concreto, encontramos que el actor se encuentra cobijado por el régimen de transición contenido en el mencionado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que por una parte, al haber nacido el día 06 de marzo de 1953⁷, a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones -1 de abril de 1994-, contaba con más de 40 años de edad. Por otra parte, se tiene que ingresó el 17 de marzo de 1975⁸ al cargo de Detective en el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, luego entonces, es claro que tenía más de 15 años de servicios cotizados a la entrada en vigencia del sistema aludido.

Así entonces, decantado lo preliminar se puede establecer claramente que el régimen aplicable es el dispuesto por el artículo 36 de la ley 100 de 1993, régimen pensional que regulaba la situación particular del señor MORA PONTILLA, para efectos de determinar si le asiste la reliquidación deprecada en el caso de marras.

Es importante mencionar en este punto, que el régimen pensional especial de los detectives del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, ha tenido un amplio desarrollo normativo a través de diversos decretos y leyes, en consecuencia para efectos de dilucidar la preceptiva que resulta aplicable al *sub examine*, se citará *in extenso*, lo bosquejado por la Sala de Consulta y Servicio Civil en providencia calendada doce (12) de diciembre de dos mil seis (2006)⁹, así:

“3.1 La normatividad pensional especial de los detectives del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, y su régimen de transición.

⁷ Ver folio 4 del C. Principal N° 1.

⁸ Ver fol. 4 y ss, acto administrativo demandado y certificación que obra a fol. 32 del C. de Segunda instancia.

⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero ponente: GUSTAVO APONTE SANTOS Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil seis (2006) Radicación numero: 11001-03-06-000-2006-00116-00(1790) Actor: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD Referencia: REGIMEN PENSIONAL DETECTIVES DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD –DAS.

En el caso del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, se estableció un régimen pensional especial para determinados servidores públicos, de una parte por consideraciones de riesgo para la salud, como en el caso de los dactiloscopistas, y de otra, por motivo de alto riesgo, como en el de los detectives.

La consulta se refiere inicialmente al régimen de transición pensional de los detectives de la institución, para lo cual es oportuno ver la secuencia normativa sobre este tema, que la Sala presenta, haciendo el correspondiente análisis jurídico y destacando en negrilla los principales apartes de las disposiciones:

1) Decreto ley 1047 de 1978.

En primer lugar, es preciso citar dos normas que si bien, en principio, no se dirigen a los detectives, sí se van a aplicar a ellos por remisión de un decreto posterior.

Son los artículos 10 y 20 del decreto ley 1047 del 7 de junio de 1978, “Por el cual se determina el régimen de pensión vitalicia de jubilación para las personas que desempeñen funciones de dactiloscopistas en el Departamento Administrativo de Seguridad”, los cuales dicen así:

“Artículo 10. Los empleados públicos que ejerzan por veinte años continuos o discontinuos las funciones de dactiloscopistas en el Departamento Administrativo de Seguridad, y que hayan aprobado el curso de formación en dactiloscopia impartido por el instituto correspondiente de dicho Departamento, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación cualquiera sea su edad”.

“Artículo 20. Los empleados públicos que hayan aprobado el curso a que se refiere el artículo anterior y que permanezcan al servicio del Departamento Administrativo de Seguridad por un término no menor de 18 años continuos en el desempeño de funciones de dactiloscopista, tendrán derecho a la pensión de jubilación al cumplir 50 años de edad, siempre que para esta época fueren funcionarios de ese Departamento”.

En consecuencia, estas disposiciones consagran un régimen especial de pensión de jubilación para los dactiloscopistas del DAS en dos eventos, siempre con aprobación del respectivo curso de formación.

20 años de servicios continuos o discontinuos y cualquiera edad.

18 años de servicios continuos y 50 años de edad.

2) Decreto ley 1933 de 1989.

El decreto ley 1933 del 28 de agosto de 1989, “Por el cual se expide el régimen prestacional especial para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad”, dispone en el artículo 10:

“Artículo 10. Pensión de jubilación. Las normas generales sobre pensión de jubilación previstas para los empleados de la administración pública del orden nacional se aplicarán a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad.

Los empleados que cumplan funciones de dactiloscopistas en los cargos de Detective Agente, Profesional o Especializado, se registrarán por lo establecido, en cuanto a régimen de pensión vitalicia de jubilación, por el Decreto-ley 1047 de 1978, cuyas normas serán igualmente aplicables al personal de detectives en sus distintos grados y denominaciones”.

Esta norma de rango legal extiende el régimen especial de la pensión de jubilación de los dactiloscopistas, a:

Los detectives agente, profesional o especializado, que desarrollen funciones de dactiloscopistas.

Los demás detectives en los distintos grados y denominaciones.

3) Ley 100 de 1993.

El artículo 140 de la ley 100 de 1993, que crea el Sistema de Seguridad Social Integral, faculta al gobierno nacional para regular las actividades de alto riesgo y sus condiciones pensionales así:

“Artículo 140. De conformidad con la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expedirá el régimen de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, teniendo en cuenta una menor edad de jubilación o un número menor de semanas de cotización, o ambos requisitos. Se consideran para este efecto como actividades de alto riesgo para el trabajador aquellas que cumplen algunos sectores tales como el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Nacional Penitenciaria. Todo sin desconocer derechos adquiridos.

El Gobierno Nacional establecerá los puntos porcentuales adicionales de cotización a cargo del empleador, o del empleador y el trabajador, según cada actividad”.

4) Decreto especial de rango legal 1835 de 1994.

El decreto 1835 del 3 de agosto de 1994, “Por el cual se reglamentan las actividades de alto riesgo de los servidores públicos”, fue dictado con base en las facultades conferidas al Presidente de la República por “el ordinal 11 del artículo 189 y los literales e) y f) del ordinal 19 del artículo 150 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 140 de la ley 100 de 1993”.

De acuerdo con la doctrina de esta Sala el decreto 1835 ha de considerarse de rango legal, en la medida en que, si bien reglamenta la ley 100, es ante todo, un decreto de ley marco, no solo por la invocación de los literales e) y f) del ordinal 19 del artículo 150 de la Carta, sobre la facultad presidencial de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, sino

porque desarrolla una ley marco, como es la ley 4ª de 1992, a la cual remite el artículo 140 de la ley 100, como facultad para expedir el régimen de las actividades de alto riesgo.

El decreto 1835 de 1994, que fue derogado por el decreto ley 2090 de 2003 y que, posteriormente, la ley 860 de 2003, se remite expresamente a algunas de sus disposiciones, reguló varias situaciones que inciden en el tema bajo examen, así:

a) Para el caso del DAS, determinó cuáles de sus servidores desempeñan actividades consideradas como de alto riesgo, mencionando a las tres clases de detectives de la institución. Dice así esta norma:

“Artículo 20. Actividades de alto riesgo. En desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993, sólo se consideran actividades de alto riesgo las siguientes:

1. En el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS:

Personal de detectives en sus distintos grados y denominaciones de especializado, profesional y agente.
(...)”.

b) De otra parte, mantuvo el régimen de transición pensional especial, para los detectives del DAS, en la siguiente forma:

“Artículo 40. Artículo corregido por el art. 10 del decreto 898 de 1996. Régimen de transición. Los funcionarios de las entidades señaladas en este capítulo que laboren en las actividades descritas en los numerales 10 y 50 del artículo 20 de este Decreto, que estuviesen vinculados a ellas con anterioridad a su vigencia, no tendrán condiciones menos favorables, en lo que respecta a la edad para acceder a la pensión de vejez o jubilación, el tiempo de servicio requerido o el número de semanas cotizadas, y el monto de esta pensión, a las existentes para ellos en las normas vigentes con anterioridad a la ley 100 de 1993.

Para los demás servidores, las condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez o jubilación, se regirán por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos, particularmente en lo relacionado al monto de las cotizaciones a cargo del respectivo empleador”.

De esta norma, se desprenden varias observaciones:

El régimen de transición pensional para los detectives del DAS en sus distintos grados y denominaciones de especializado, profesional y agente, es especial y se encuentra consagrado en esta disposición.

Es evidente que dicho régimen de transición no es el general establecido por el artículo 36 de la ley 100 de 1993, que exige para lograr la pensión con el régimen anterior, tener 35 o más años de edad, las mujeres, o 40 o más años de edad, los hombres, o 15 años o más de servicios cotizados, al 10 de abril de 1994, puesto que el citado artículo 40 deja a salvo las condiciones más favorables sobre los requisitos pensionales. Además, no establece una edad o un tiempo

de servicios en una fecha determinada, como en el régimen general, sino que tan solo señala dos condiciones:

- Que el servidor público labore como detective del DAS.
- Que haya sido vinculado con anterioridad al 4 de agosto de 1994, fecha de iniciación de vigencia del decreto 1835 de 1994.
- En ese orden de ideas, la jurisprudencia ha definido que ese régimen de transición especial anterior es el contenido en los decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989.

(...)

5) Decreto ley 2090 de 2003.

El decreto ley 2090 del 26 de julio de 2003, “Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades”, reguló el régimen pensional de los trabajadores de actividades de alto riesgo, salvo el de los detectives del DAS, que se realizó en el decreto 2091 de 2003, promulgado en la misma fecha.

Este decreto entró a regir el 28 de julio de 2003 y derogó el 1835 de 1994 como se mencionó atrás.

6) Decreto ley 2091 de 2003.

El decreto ley 2091 del 28 de julio de 2003, “Por el cual se reforma el régimen de pensiones de los servidores públicos del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS”, ha de considerarse inexecutable como consecuencia de la declaratoria de inexecutable de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente, decisión tomada en la sentencia C-1056 de noviembre 11 de 2003.

En efecto, el decreto ley 2091 de 2003 fue dictado con base en las facultades extraordinarias conferidas al Presidente, en el numeral 30 del artículo 17 de la ley 797 de 2003, para reformar el régimen pensional del DAS.

Ocurre que la Corte Constitucional, declaró la inexecutable de la expresión “y DAS”, contenida en dicho numeral 30, con lo cual dejó sin fundamento jurídico al decreto ley 2091 de 2003, que devino “inexecutable por consecuencia” de dicho fallo, como lo ha expresado la Corte en otras oportunidades en que se ha presentado este fenómeno.

Se podría pensar entonces, que el numeral 10 del artículo 20 del decreto 1835 de 1994, que fue derogado por el decreto ley 2091, “revivió”, al desaparecer del ordenamiento jurídico su decreto derogatorio. Sin embargo, ello no fue así, pues como ya se dijo, el decreto ley 2090 de 2003, había derogado en su integridad el 1835 de 1994, generándose entonces, un vacío normativo respecto de los regímenes pensionales para cargos de alto riesgo en el DAS.

7) Ley 860 de 2003.

La ley 860 del 26 de diciembre de 2003, “Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones” vino a llenar, mediante su artículo 20, el vacío legislativo generado por la inexequibilidad del decreto ley 2091 de 2003, en la siguiente forma:

“Artículo 20. Definición y campo de aplicación.- El régimen de pensiones para el personal del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, al que se refieren los artículos 10 y 20 del decreto 2646 de 199 (sic) o normas que lo modifiquen o adicionen, será el que a continuación se define.

Para el personal del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que labore en las demás áreas o cargos, se les aplicará en su integridad el Sistema General de Pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Parágrafo 10. Pensión de vejez por exposición a alto riesgo. Los servidores públicos señalados en este artículo, dada su actividad de exposición a alto riesgo, que efectúen la cotización especial señalada en el artículo 12 del decreto 1835 de 1994 y la que se define en la presente ley, durante por lo menos 650 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión de vejez, siempre y cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente (se refiere al parágrafo siguiente) como servidores del Departamento de Seguridad (sic), DAS, en los cargos señalados en los artículos 10 y 20 del decreto 2646 de 1994.

Parágrafo 20. Condiciones y requisitos para tener derecho a la pensión de vejez por exposición a alto riesgo (DAS). La pensión de vejez, se sujetará a los siguientes requisitos:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad.
2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones al que se refiere el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

La edad para el reconocimiento de la pensión especial de vejez se disminuirá un (1) año por cada sesenta (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.

Parágrafo 30. Monto de la cotización especial.- El monto de la cotización especial para el personal del DAS del que trata la presente Ley, será el previsto en la Ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003, más diez (10) puntos adicionales a cargo del empleador.
(...)

Parágrafo 50. Régimen de transición. Los detectives vinculados con anterioridad al 3 de agosto de 1994 que a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley hubieren cotizado 500 semanas les serán (sic) reconocida la pensión de vejez en las mismas condiciones del régimen de transición contenidas en el decreto 1835 de 1994.
(...) ”.

La ley 860 de 2003 empezó a regir el día de su promulgación (art. 50), el 29 de diciembre de 2003 (Diario Oficial 45.415).

Como se observa, la ley 860 de 2003, en el párrafo 50 del artículo 20 estatuyó que las condiciones del régimen de transición para los detectives vinculados con anterioridad al 3 de agosto de 1994, que hubieren cotizado 500 semanas (exigencia adicional, que carece de fundamento constitucional, como se verá más adelante), serían las del régimen de transición contenidas en el decreto 1835 de 1994, el cual estaba derogado en el momento de promulgación de la ley 860. Esta circunstancia obliga a profundizar el análisis de aplicabilidad de dicho decreto, porque podría interpretarse que la ley “restauró” el artículo 40 del decreto 1835 de 1994, sin cumplir el requisito de técnica legislativa consistente en reproducir el texto derogado en la nueva ley, según lo manda el artículo 14 de la ley 153 de 188.

Al respecto, la Sala considera que en el presente caso el requisito de la reproducción del texto no se necesita porque el derecho al régimen de transición especial contenido en ese decreto derogado, ya había consolidado a favor de los detectives que ingresaron al DAS antes del 3 de agosto de 1994, una “expectativa legítima” que no era posible modificar, según la doctrina de la Corte Constitucional plasmada en la sentencia C-754 de 2004.

(...)

Es evidente, que al aplicar la doctrina anterior al caso bajo estudio, los detectives del DAS vinculados con anterioridad al 3 de agosto de 1994, cuyo régimen de transición pensional especial reconoció el decreto 1835 de 1994, continúan con ese régimen especial, ya que los componentes legales de su situación pensional se habían consolidado y no era posible modificarlos. Por tanto, hay que entender que la ley 860 de 2003, al remitirse a las condiciones del régimen de transición contenido en el derogado decreto 1835, simplemente está ratificando el derecho que tienen esos empleados a dicho régimen especial.

Así las cosas, para la Sala, hoy en día, los detectives del DAS que ingresaron antes del 3 de agosto de 1994, deben reunir las condiciones para la pensión establecidas por el artículo 4 del decreto 1835 de 1994, las cuales son, por remisión a los decretos 1047/78 y 1933/89, conforme a lo explicado:

20 años de servicios continuos o discontinuos a la institución, y cualquiera edad, o 18 años de servicios continuos y 50 años de edad.

...” (Negrilla y subrayado por fuera del texto original)

Así las cosas, conforme al anchuroso recuento normativo señalado anteriormente, para la Sala es claro, dado que la normativa aplicable son los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989, como se dijo anteriormente, estatutos anteriores a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, aplicable al demandante por cumplimiento de los presupuestos que allí se señalan, así como las disposiciones contenidas en el ley 33

de 1985, son a estos a los que hay que acudir para efectos de determinar el salario base de liquidación, habida cuenta que son las normas jurídicas vigentes a la fecha de consolidación del derecho a la pensión del actor y por lo tanto las aplicables en el sub *judice*.

FACTORES SALARIALES ESTABLECIDOS LEGALMENTE QUE CONFORMAN LA BASE DE LIQUIDACIÓN PENSIONAL Y LA PRIMA DE RIESGO COMO UNO DE ESTOS FACTORES A TENER EN CUENTA PARA EL CÁLCULO DE TAL ACREENCIA LABORAL.

Como se expuso con anterioridad, las normas aplicables para efectos de determinar el salario de liquidación son los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989, y es en estas mismas normativas donde se señalan los factores salariales que se han de tener en cuenta para conformar la base de liquidación pensional.

Al respecto el artículo 18 de la última de las normas referenciadas, establece la forma cómo se liquidaría la pensión de jubilación señalando los siguientes factores:

- La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;
- Los incrementos por antigüedad;
- La bonificación por servicios prestados;
- La prima de servicio;
- El subsidio de alimentación;
- El auxilio de transporte;
- La prima de navidad;
- Los gastos de representación;
- Los viáticos que reciban los funcionarios en comisión, dentro o fuera del país, cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta (180) días en el último año de servicio;
- La prima de vacaciones.

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 remunerativos del servicio que son salario por disposición expresa del legislador o su naturaleza, por lo que en aplicación de los principios generales del derecho laboral de primacía de la realidad sobre la forma y de favorabilidad, han de interpretarse de manera integral para así establecer qué factores que constituyen en realidad salario y liquidar la pensión con los ingresos efectivamente percibidos por el trabajador en su vida laboral activa.

Por otro lado, se reliva la interpretación que de la Ley 33 de 1985 ha realizado el H. CONSEJO DE ESTADO, norma que si bien no resulta aplicable al caso que ahora centra la atención de esta Colegiatura en lo que al régimen pensional se trata, lo manifestado en torno al tema del salario base de liquidación de la pensión, sí deriva pertinente y por tanto debe ser atendido, 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 2002¹⁰, 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.

¹⁰ Magistrado Ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

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 (Resaltado por fuera del original)

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 recientes¹³.

Como conclusión de este tópico, 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.

Ahora bien, en este punto de las disquisiciones, imperativo es señalar en cuanto a la prima de riesgo, que atendiendo la literalidad de las normas que la consagran a favor de los empleados del DAS¹⁴, en un primer instante la jurisprudencia contenciosa determinó su no inclusión en la base de liquidación¹⁵, posición que empezó a cambiar y en decisiones posteriores se toma en cuenta dicho factor en la liquidación pensional¹⁶, siendo unificado este último criterio en la providencia de la Sala Plena de la Sección Segunda, que este Tribunal trae a colación por su importancia en el tema:

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: VÍCTOR 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 pie 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.

¹⁴ De forma expresa las siguientes normas consagran la calidad no salarial de la prima de riesgo: Decreto 1933 de 1989, Decreto 132 de 1994, Decreto 1137 de 1994, decreto 2646 de 1994.

¹⁵ Al respecto puede verse CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 4 de octubre de 2007, expediente No. 25000232500020031688, M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

¹⁶ “No comparte la decisión en cuanto negó la inclusión de la proporción correspondiente a la prima de riesgo, puesto que si bien es cierto que ella no está enlistada como uno de los factores sobre los cuales se establece la cuantía de la mesada pensional en el artículo 18 del

“Teniendo en cuenta lo anterior, y con la finalidad de unificar criterios en torno al asunto específico de la prima de riesgo de los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, como factor para el reconocimiento de las pensiones de jubilación o de vejez de quienes sean sujetos del régimen de transición pensional, la Sala en esta ocasión se permite precisar que dicha prima sí debe ser tenida en cuenta para los fines indicados.

Lo anterior, en primer lugar, porque la jurisprudencia de esta Corporación¹⁷, ha entendido por salario la remuneración que percibe el trabajador por la prestación de un servicio a favor del empleador, de forma personal, directa y subordinada, el cual, no sólo está integrado por una remuneración básica u ordinaria sino también, por todo lo que bajo cualquier otra denominación o concepto, en dinero o en especies, ingrese al patrimonio del trabajador en razón a la prestación de sus servicios.

*Bajo estos supuestos, ha de decirse que todas las sumas que de manera **habitual y periódica** perciba el trabajador, son factores que integran el salario que éste percibe lo que incide de manera directa en la forma cómo se establecen los ingresos base de cotización y liquidación de una prestación pensional.”¹⁸*

Luego entonces, para este dispensador de justicia, es claro que la prima de riesgo reconocida a ciertos empleados del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, tiene la cualidad de factor salarial que debe ser tenido en cuenta por la entidad de previsión ante la cual se solicite el reconocimiento de la pensión de jubilación, para efectos de calcular la misma, ya que tal emolumento se le cancela al trabajador como consecuencia directa y en razón de la prestación de sus servicios.

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 del C.P.A.C.A.) son

Decreto 1933 de 1989, y que a la luz de los Decretos 2646 de 1994 y 1137 del mismo año, ella no constituye factor de salario, por tratarse en este caso particular de la aplicación de las previsiones de la Ley 100/93 en cuanto en el artículo 36 inciso tercero dispone que quienes se encuentren en el régimen de transición, que le faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, se ordenará su inclusión.” CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN “B”. Consejero ponente: ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO. Sentencia del 3 de agosto de 2006. Radicación número: 25000-23-25-000-2002-09539-01(4788-05). Actor: ÁLVARO GÓMEZ CASTRO. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL.

¹⁷ Sentencia de 8 abril de 2010. Rad. 1026-2008. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. MAGISTRADO PONENTE: Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE. Sentencia del 1 de agosto de 2013. Expediente: 440012331000200800150 01. Referencia: 0070-2011. Actor: HÉCTOR ENRIQUE DUQUE BLANCO. AUTORIDADES NACIONALES.

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 MOLINA¹⁹, 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

¹⁹ 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.

debe asumir el vencido y un derecho procesal a favor de quien sacó adelante 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 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 ESTADO²⁰.

El Consejo de Estado Sección Segunda, en sentencia del 7 de abril de 2016, radicado No. 1300123330000130002201 (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.

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:

²⁰ Ver CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Auto de 25 de junio de 2014. Radicación: 25000233600020120039501 (1J). 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.

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 2° del numeral 1° 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 los 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:

4. EL CASO CONCRETO.

Una vez analizado el *sub lite* a la luz del acervo probatorio existente en el proceso, este Cuerpo Colegiado precisa, que se encuentra debidamente probado que señor ANÍBAL EDUARDO MORA PONTILLA ingresó el 17 de marzo de 1975 al cargo de Detective Profesional en el Departamento Administrativo de Seguridad DAS y por tanto, como ya se mencionó, su régimen pensional se encuentra regido por los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989.

Igualmente, se parte de un hecho cierto, como es que le fue reconocida la pensión de vejez por parte de la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL “CAJANAL” E.I.C.E. – EN LIQUIDACIÓN, en su calidad de Detective Profesional en el Departamento Administrativo de Seguridad –DAS-, a partir del 1 de agosto de 1995.

Inconforme con la anterior determinación, el actor solicitó la reliquidación para que se tuvieran en cuenta todos los factores salariales devengados durante su último año de servicio²¹, la cual le fue negada, lo que dio paso a la interposición del recurso de reposición²², el cual fue desatado por la entidad de previsión aludida, a través de la Resolución 14572 de 2003, revocando la Resolución No. 08845 de 2003, por medio de la cual se negó la solicitud de reliquidación pensional, ordenando el aumento de los haberes pensionales en la suma de TRECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS CATORCE PESOS (\$343.214.04) efectiva a partir del 01 de enero de 1997²³.

²¹ Folio 6-7.

²² Folio 8 y ss.

²³ Folio 8 a 12.

Se encontró demostrado igualmente, que la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL E.I.C.E., mediante Resolución No.03410 de enero 24 de 2005, da cumplimiento a un fallo proferido por el Juzgado 4 Penal del Circuito de Villavicencio de fecha 25 de octubre de 2004, revocando la Resolución No. 013717 de octubre 29 de 1996, la Resolución 08845 del 13 de Mayo 2003; resolución No. 14572 del 05 de agosto de 2003 y 6972 del 25 de agosto de 2004 y reliquidar por un nuevo factor salarial la pensión de vejez del accionante elevándola a la cuantía de \$.418.530.081 efectiva a partir del 01 de enero de 1997.

Que mediante Resolución No. 36550 de 2006, Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL E.I.C.E. negó la reliquidación de la pensión de vejez del demandante, con la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial a tener en cuenta²⁴

Por otro lado, se encuentra claramente demostrado que en el último año de servicios del actor, el que transcurrió entre el 01 enero al 30 de diciembre del 1996²⁵, le fueron cancelados, según certificación expedida por la Pagadora Seccional del Departamento Administrativo de Seguridad Seccional de Sucre; la prima de riesgo, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones²⁶, las que no fueron tenidas en cuenta al momento de liquidar la pensión vitalicia de jubilación.

Así las cosas, analizado el caso concreto a la luz del concepto de la violación presentado, es claro que efectivamente los actos administrativos demandados han trasgredido las normas violadas pretendidas por el accionante, dado que es necesario liquidar su pensión de vejez, teniendo en cuenta lo estipulado en los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989, debiéndose incluir de acuerdo con las preceptivas señaladas, la totalidad de los factores salariales legales devengados en el último año de servicio, atendiendo a los principios de favorabilidad y progresividad de los derechos laborales, esto en aras de propender por la condición más beneficiosa para el trabajador.

²⁴ Folio 21 y 22.

²⁵ Folio 32.

²⁶ Ver folios 32 revés del cuaderno principal N° 1.

En consecuencia , la Sala considera que los actos administrativos objetos de censura, vulneraron las normas pretendidas por el extremo activo, por lo que su presunción de legalidad se encuentra desvirtuada y por tanto ha de **CONFIRMARSE** su declaratoria de nulidad en los términos antes señalados.

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 demandada apelante, 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

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de febrero de 2016 por el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL 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, **CANCELESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

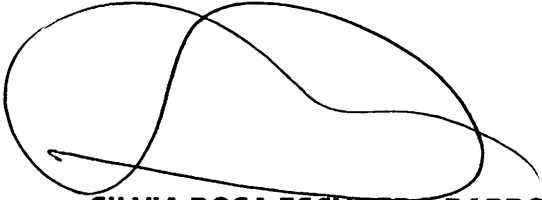
Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 143

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



CESAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS



SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA



RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY