



## **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

Sincelejo, veinticuatro (24) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

### **SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL**

**Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS**

<b>REFERENCIA:</b>	<b>SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.</b>
<b>M. DE CONTROL:</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO</b>
<b>PROCESO:</b>	<b>70-001-33-33-002-2014-00101-01</b>
<b>DEMANDANTE:</b>	<b>LIBIA ELENA MORENO BENÍTEZ</b>
<b>DEMANDADO:</b>	<b>UGPP</b>

### **OBJETO DE LA DECISIÓN**

El Tribunal decide los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 10 de agosto de 2016 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo, la cual resolvió conceder las súplicas de la demanda.

## **1. ANTECEDENTES**

### **1.1. La demanda.**

La señora LIBIA ELENA MORENO BENÍTEZ instauró medio control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, con el fin de que **(i)** se declare la nulidad de la Resolución N° RDP 024950 del 30 de mayo de 2013, proferida por la Subdirectora de Determinación de Derechos Pensionales de la UGPP, por medio de la cual se le negó la reliquidación de la pensión de jubilación, **(ii)** se declare la nulidad de la Resolución N° RDP 036877 del 12 de agosto de 2013, proferida por el Director de Pensiones de la UGPP, por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación en contra de la Resolución No. 024950 del 30 de mayo de 2013, confirmándola en todas sus partes, **(iii)** a título de restablecimiento del derecho se condene al ente demandado UGPP, a reliquidar la pensión, teniendo en cuenta para su cálculo el promedio del 75% de todos los factores devengados en el último año de servicio, incluyendo en el IBL mensual los siguientes factores: Asignación básica, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y

cualquier otro emolumento que se demuestre haber recibido, **(iv)** que se ordene a la entidad COLPENSIONES, que al momento de reliquidar la pensión, para efectos del cálculo del IBL mensual, se debe tener en cuenta que los factores salariales que se causen en anualidad deben comprender una doceava parte del valor certificado en el último año de servicio, **(v)** que se ordene a la entidad demandada, liquidar y pagar a expensas de la entidad demandada a reconocer a favor de la adora, las diferencias de mesadas entre lo que se ha venido cancelando y lo que se determine pagar en la sentencia, a partir del 1º de agosto de 2009, **(vi)** condenar a la demandada a reconocer sobre los mesadas adeudadas a la demandante, los ajustes de valor de dichas sumas, conforme al IPC y al mayor, y tal como lo autoriza el artículo 193 de la ley 1437 de 2011, **(vii)** condenar a la demandada a reconocer a favor del demandante los intereses moratorios, contados después de la ejecutoria del fallo, si no da cumplimiento al mismo dentro del término previsto en el artículo 195 de la Ley 1437 de 2011.

Como **FUNDAMENTOS FÁCTICOS** expuso que:

Se relató en la demanda que, la señora LIBIA ELENA MORENO BENÍTEZ laboró al servicio del Estado, por un periodo superior a 20 años, siendo su último lugar de servicio el Centro de Salud de Ovejas Sucre, adquiriendo el status de pensionada el 7 de diciembre de 2007.

Que la Caja Nacional de Previsión Social — Hoy UGPP-, mediante la Resolución N° 02438 del 26 de enero de 2009, reconoció la pensión de vejez en cuantía de \$807.590,69 efectiva a partir del 1º de mayo de 2008, condicionada a demostrar el retiro definitivo del servicio.

Que mediante resolución No. PAP 009699 del 20 de agosto de 2010 se reliquida la pensión de jubilación a favor de la actora por retiro definitivo, elevando la cuantía en \$870.095,4 efectiva a partir del 1 de agosto de 2009.

Que en los actos administrativos de reconocimiento la UGPP no tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio.

En virtud de lo anterior, mediante derecho de petición del 21 de marzo de 2013, solicitó la inclusión de todos los factores devengados por la actora en

el último año de servicio, dando respuesta la entidad demandada con los actos administrativos acusados.

Como **NORMAS VIOLADAS** señaló Constitución política Art 2, 13, 25 y 58; Ley 57 y 153 de 1887; Decretos 1045 de 1978, 3135 de 1968, 1848 de 1968, 1158 de 1994 y 2143 de 1995.

Como **CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN** indicó que la entidad de previsión viola normas de carácter sustancial y constitucional, pues si bien la entidad demandada ha entendido que la actora es beneficiaria del régimen de transición, considera que los factores de salario para determinar el monto pensional es aplicable en pleno la Ley 100 de 1993. Que las violaciones nacen por supuesto de la incorrecta y desfavorable interpretación del inciso 2, Art. 36 de la Ley 100 de 1993. Que históricamente todo régimen de transición consagra por razones de equidad y de justicia algunas prerrogativas y la Ley 100 de 1993 no es la excepción, las que encuentran su razón de ser en el respeto no solo por los derechos adquiridos, sino por las expectativas de las personas por su edad y tiempo que están próximas a que se les reconozca un derecho.

Indicó igualmente que se vulnera la norma constitucional que garantiza el reconocimiento total de los derechos adquiridos, en efecto la actora tiene derecho a la pensión con régimen legal excepcional, el cual fue genéricamente desprotegido, pues al ser la pensión un derecho derivado de una relación laboral con ello se transgredió la disposición constitucional que ordena para el trabajador una especial protección.

## **1.2 ACTUACIÓN PROCESAL**

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 21 de abril de 2014 (Folio 43).
- Admisión de la demanda: 4 de septiembre de 2014 (Folio 91).
- Notificación a las partes: 27 de febrero de 2015 (Folio 96).
- Contestación de la demanda: 13 de mayo de 2015 (Folio 141 a 149).
- Audiencia inicial: 1 de diciembre de 2015 (Folio 161 a 175).
- Sentencia: 10 de agosto de 2016 (Folio 200 a 212).

- Recursos de apelación: 23 y 26 de agosto de 2016 (Folio 218 a 227).
- Audiencia de conciliación y concesión de recurso: 21 de septiembre de 2016 (Folio 236 a 238).
- Auto que admite el recurso de apelación: 31 de octubre de 2016 (Folio 4 C. de Apelación).
- Auto que corre traslado para alegar en segunda instancia: 25 de enero de 2017 (Folio 12 C. de Apelación).

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La entidad accionada se opuso a las pretensiones de la demanda fundamentándose en que estas apuntan a que se reliquide la pensión teniendo en cuenta la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año, lo cual no es procedente porque la pensión fue adquirida en vigencia de la Ley 100 de 1993 y su liquidación se realiza de acuerdo a lo establecido en el Art. 36.

Funda su defensa, primeramente transcribiendo lo dispuesto en el Art. 17 de la Ley 153 de 1987 y manifiesta que no hay duda de que las personas a quienes se refieren el régimen de transición de la L 100 del 93, respecto al derecho pensional, era solo una expectativa y no un derecho adquirido. Que del análisis del Art. 36 de la Ley 100, se colige que el Inc. 2do, respeta del régimen anterior la edad, el tiempo y el monto, que corresponde al porcentaje a tener en cuenta del promedio determinado una vez se haya obtenido el IB para liquidar la pensión, pero no incluye el IBL, toda vez que el mismo está expresamente determinado en el inciso 3º de dicho artículo.

Manifiesta que el beneficiario del régimen de transición no tiene un derecho adquirido frente a normas anteriores a la Ley 100 del 93, en los eventos en que no se ha cumplido con los requisitos legales y extralegales para adquirir el derecho a una pensión bajo la vigencia de la ley anterior, situación encuadrada en una mera expectativa.

Precisa que en lo que respecta al IBL de las pensiones de jubilación de quienes son beneficiarios del régimen de transición, como lo es la actora, existen dos fórmulas para obtener y calcular tal elemento; la primera consiste en obtener el promedio de los salarios devengados durante el tiempo

que le hiciera falta para consolidar el derecho, contado desde la entrada en vigencia del sistema general de pensiones y la segunda fórmula señala que el IBL se conformará del promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio, cuando el tiempo que hiciera falta fuere superior a 10 años, como en efecto se hizo al liquidar la pensión de la actora.

#### **1.4 LA PROVIDENCIA IMPUGNADA.**

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo accedió a las pretensiones de la demanda, para lo cual manifestó que la actora al encontrarse cobijada en el Régimen de Transición consagrado en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, se da la aplicación de la Ley 33 de 1985, atendiendo la tesis que ha mantenido el H. Consejo de Estado, y ratificadas en jurisprudencias de esa misma Corporación, consistente en que se deberá incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, teniendo entonces derecho a que se incluyan en su pensión todos los emolumentos percibidos en el año inmediatamente anterior al retiro del servicio, sin importar si se encuentran enlistados o no en las leyes aplicables a cada caso en particular, observando el principio de favorabilidad para la aplicación de éstos, aún más cuando se ha expresado que los factores enumerados en las Leyes 33 y 62 de 1985 no son taxativos, ya que son un principio general que buscan garantizar el principio de igualdad, primacía de la realidad sobre las formalidades (Art. 53 de la C.P.), entre otros permitiendo incluir factores devengados por los trabajadores durante el último año de prestación de servicios.

Indicó el A quo que, seguirá la tesis expuesta por el Consejo de Estado, apartándose del criterio sostenido por la H. Corte Constitucional en la SU 258 de 2013 reiterada en la SU 230/2015 con ponencia del Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la cual, se aduce que el IBL, no es un aspecto de la transición y que para establecer el monto de la pensión se deben tener en cuenta las reglas contenidas en el régimen general; por considerar que la misma posee una aplicación desfavorable para el trabajador.

Reiteró que a la demandante le es aplicable en su integridad el régimen pensional contenido en la Ley 33 de 1985 y no solamente en lo relativo al requisito de la edad y tiempo de servicio, como lo establece el parágrafo 2 de esa norma, sino también lo concerniente al monto de la pensión, el cual

fue respetado en la Resolución demandada en cuanto al porcentaje (75%), pero no el cálculo del IBL, debiéndosele incluir para efectos de determinar el ingreso base de liquidación, todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicio, contenido en el mismo estatuto y los definidos en la sentencia del 4 de agosto de 2010.

En consecuencia, el despacho declaró no probadas las excepciones propuestas por el apoderado de la entidad demandante, al tiempo que declaró la nulidad de los actos demandados; y como consecuencia de lo anterior a título de restablecimiento del derecho, ordenó a la entidad demandada a reliquidar la pensión de jubilación de la demandante, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

En cuanto a la prescripción, el A quo dispuso que la demandante adquirió su estatus jurídico pensional el 7 de diciembre de 2007, según se reconoció en la Resolución N° 02438 del 26 de enero de 2009, la prescripción de las mesadas pensionales se interrumpe por una sola vez, por lo que se tendrán en cuenta a partir de la primera petición de revisión elevada por la actora con fundamento en la Ley 33 de 1985, que fue el 21 de marzo de 2013, por lo que decretó la prescripción trienal con anterioridad al 21 de marzo de 2010.

## **1.4 IMPUGNACIÓN.**

### **1.4.1 DEMANDANTE.**

El demandante presentó recurso de apelación parcial contra la sentencia de primera instancia, manifestando su desacuerdo respecto de la prescripción decretada sobre las mesadas causadas con anterioridad al 21 de marzo de 2010, dado que no opera dicho fenómeno en el presente caso.

Indicó que mediante Resolución No. 2438 del 26 de enero de 2009, la Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL, reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia por vejez a favor de la señora LIBIA ELENA MORENO BENITEZ, efectiva a partir del 1 de mayo de 2008 condicionada a demostrar el retiro definitivo.

Posteriormente, el 30 de septiembre de 2009, la actora solicitó la reliquidación de la pensión por retiro definitivo, solicitud atendida casi un año después y que dio origen a la Resolución PAP 009699 del 20 de agosto de 2010, por medio de la cual CAJANAL reliquidó la pensión a partir del 1 de agosto de 2009.

Mediante petición radicada el 21 de marzo de 2013, se elevó nuevamente ante el ente de previsión la solicitud de reliquidación de la pensión otorgada, dando origen a las Resoluciones RDP 024950 del 30 de mayo de 2013 y RDP 036877 del 12 de agosto de 2013, actos administrativos que niegan la petición.

Para el caso en concreto la Prescripción Trienal no aplica, pues como se aprecia desde el momento en que la pensión fue efectiva por retiro definitivo, el 01 de agosto de 2009, es decir desde el momento en que la obligación se hizo exigible, no transcurrieron tres años entre las peticiones elevadas ante el ente de Previsión y los actos administrativos proferidos, pues la petición de reliquidación por retiro definitivo se elevó el 30 de septiembre de 2009, resuelta mediante Resolución PAP 009699 del 20 de agosto de 2010, resolución que en efecto, interrumpe la prescripción, pues entre esta fecha y la petición de reliquidación del 21 de marzo de 2013 no transcurrieron tres años.

Así las cosas, los tres años deben contarse hacia atrás de la petición que originó la Resolución PAP 009699 de 2010, acto administrativo que interrumpió la prescripción, el cual data del 20 de agosto de 2010, esto es, que quedan prescritas las diferencias de mesadas anteriores al 20 de agosto de 2007, lo que finalmente operaría para el caso concreto a partir de la efectividad de la pensión, esto es del 1 de agosto de 2009, fecha en que es efectiva la pensión con ocasión del retiro definitivo y no como lo definió la sentencia que se impugna.

#### **1.4.2 ENTIDAD DEMANDADA.**

La entidad demandada presentó recurso de apelación dentro del término correspondiente, en donde solicitó la revocación de todas las partes del fallo proferido por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Sincelejo. Como razones de su inconformismo manifestó que los actos demandados fueron

expedidos en atención a las normas aplicables al caso concreto, es decir, Ley 100 de 1993 y Ley 33 de 1985, y en tal sentido muestra su desacuerdo con la decisión adoptada por el Despacho en cuanto a la orden impuesta a la entidad, de reliquidar la prestación de la demandante en aplicación integral del régimen anterior al cual se encontraba afiliada antes de la entrada en vigencia de la Ley 100/93, con inclusión de todos los factores salariales devengados dentro del último año de servicios, en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100.

Manifestó que la entidad demandada al reconocer la prestación dio aplicación de manera correcta al régimen de transición del cual es beneficiaria la actora, sin embargo la misma considera que su prestación debe ser reliquidada con inclusión de todos los factores salariales devengados dentro del último año de prestación de servicios.

Considera que no es procedente el reconocimiento pensional efectuado a la actora en los términos de la Ley 33 en forma integral, teniendo en cuenta el tratamiento que se le venía dando a la prestación por parte de la entidad, pues ésta fue reconocida en cumplimiento de lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, impartiendo la interpretación correcta que del tenor literal de la norma se desprende.

Señaló que el régimen anterior al cual se encontraba afiliada la demandante es el contenido en la Ley 33 de 1985, es decir que de dicho régimen se deben respetar únicamente la edad, el tiempo de servicio o semanas cotizadas y monto de pensión, entendido este último como el porcentaje que se le debe aplicar al Ingreso Base de Liquidación, para obtener la mesada pensional de la actora, lo que nos indica que la prestación en comento se reconoció respetando, 55 años de edad, 20 años de servicios y un monto de pensión del 75%.

Resaltó que la transición no determinó en ninguno de sus apartes que el ingreso Base de Liquidación IBL, debía respetarse del régimen anterior, todo lo contrario en el inciso tercero de la norma en cuestión, se señaló la forma como éste elemento debía obtenerse, estableciendo que para ello, se seguirán las reglas contenidas en la norma general (Ley 100 de 1993), razón está por la que considera desacertada la decisión del Despacho al creer que el IBL es un elemento más, sometido a transición, es decir que también deba

respetarse y por consiguiente aplicarse de acuerdo a lo establecido en el régimen anterior.

Reiteró nuevamente la postura adoptada por la Honorable Corte Constitucional en pronunciamiento del año pasado a través de la sentencia de Unificación SU-230/15 (abril 29) M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la cual sentó precedente respecto de la aplicación del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1933, para que el despacho acoja dicha posición y le de aplicación total a la misma.

Considera que la interpretación que le imprime la Corte Constitucional al régimen de transición establecido en la Ley 100/93, es la correcta de acuerdo a lo que establece la norma en su tenor literal, es decir que solo se deben aplicar del régimen anterior los tres aspectos que dicho régimen expresamente dispuso salvaguardar y no aplicar de manera integral la normatividad anterior, tal como lo reconoció el A quo en sede de instancia.

Finalmente muestra su desacuerdo en cuanto a la condena en costas, por cuanto las mismas no se causan o se imponen únicamente cuando una de las partes resulta vencida en un juicio, pues para su procedencia el titular del Despacho debe observar otras conductas que las partes o sus apoderados hubieren efectuado dentro de! proceso, de allí la posibilidad que a la parte que le fue favorable una providencia pueda ser condenada en costas, puesto que el hecho que la decisión le sea favorable no la exime ipso facto de una eventual condena en tal sentido. Por lo expuesto COLPENSIONES solicita que se revoque la decisión de fecha 12 de julio de 2016.

### **1.5 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.**

#### **- Parte demandante:**

La parte demandante presentó alegatos de conclusión, manifestando que se reitera en todos y cada uno de los fundamentos de derecho expuestos en el recurso de apelación.

#### **- Parte Demandada:**

La entidad demandada alegó de conclusión, reiterando lo expuesto en su recurso de apelación.

## **2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

### **2.1 LA COMPETENCIA.**

Este Tribunal 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.

### **2.2 PROBLEMAS JURÍDICOS.**

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

*¿La demandante tiene derecho a que la UGPP le reliquide su pensión de jubilación incluyendo todos los factores devengados en el último año de servicios previo a la adquisición del status? ¿Se encuentran prescritas las mesadas pensionales anteriores al 21 de marzo de 2010?*

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)** 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<sup>1</sup>, 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.

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*

---

<sup>1</sup> 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.

*cual no es aplicable en este asunto, y referente a la materia objeto de discusión, la Ley 100 de 1993*<sup>2</sup>

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<sup>3</sup>, refiriéndose 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 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<sup>4</sup>.

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.

---

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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)

<sup>4</sup> 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.

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.

Ahora, 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 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 reliva 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<sup>5,6</sup>*

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<sup>7</sup>.

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.

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:

---

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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

<sup>7</sup> 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.

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 acudir 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<sup>8</sup>, dicha interpretación <sup>9</sup>.

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<sup>10</sup>.
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<sup>11</sup>, debe realizarse a favor del trabajador, por lo que existiendo posiciones jurisprudenciales que

---

<sup>8</sup> 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 resolutive. 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.

..."

<sup>9</sup> "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 resolutive de las sentencias tiene carácter obligatorio y de efecto "erga omnes"." CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1299 de 2005.

<sup>10</sup> 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 -

<sup>11</sup> 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.

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<sup>12</sup>, 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*

---

<sup>12</sup> 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.

*transición pensional. El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como lo son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico, que en todo caso ya se asumió para la generalidad de los pensionados, quedando muy pocos pendientes de esa decisión. Debe recordarse que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, además de introducir el concepto de sostenibilidad financiera al sistema pensional, dispuso que el Estado "asumirá la deuda pensional que esté a su cargo".*

*3) Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas.*

*4) La Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa, en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le sería aplicable, dado que como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a defender su posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos aquí expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema.*

*5) Los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que la misma Corte Constitucional ha estimado incorporados a la Constitución Política colombiana en virtud del llamado "bloque de constitucionalidad", no se predicán exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales. Si la interpretación tradicional del Consejo de Estado sobre el concepto de "monto" en las pensiones del régimen de transición del sector público se ha aplicado a la generalidad de los pensionados de dicho sector, tanto en sede administrativa como en las decisiones judiciales, y esa interpretación ha sido compartida por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y de tutela, no parece acorde con los referidos principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que se pretende introducir con la sentencia SU-230 de 2015.*

*En efecto, si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional y queda pendiente, en consecuencia, un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el asunto conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera que imponga el cambio jurisprudencial que plantea la sentencia SU-230 de 2015, y en cambio sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los principios de igualdad y de progresividad."<sup>13</sup>*

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.

---

<sup>13</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de la Sección Segunda, sentencia del 25 de febrero de 2016, Exp. No. 25000234200020130154101 (4683-2013), M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

## **2.5 CASO EN CONCRETO**

En el sub examine está probado que la señora LIBIA ELENA MORENO BENÍTEZ le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución N° 02438 del 26 de enero de 2009, efectiva a partir del 1 de mayo de 2008, dándosele aplicación al régimen de transición.

Ello encuentra respaldo en el hecho que la actora nació el 7 de diciembre de 1952, y que para la fecha en que entró en vigencia la ley 100 de 1993, 1 de abril de 1994 esta contaba con 41 años de edad, lo que permite determinar que se encontraba en el régimen de transición del artículo 36 de la citada ley.

Así mismo se encuentra acreditado que mediante Resolución No. PAP 009699 del 20 de agosto de 2010 se reliquidó la pensión de jubilación a favor de la actora, con ocasión de su retiro definitivo, efectiva a partir del 1 de agosto de 2009.

Ahora bien, en lo que respecta a los factores salariales tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión, se observa que no se atendió lo dispuesto por la Ley 33 de 1985, dado que la pensión debió ser liquidada en cuantía del 75% del promedio de los factores salariales y demás sumas de dinero que reciba el trabajador, como contraprestación directa de sus servicios, percibidos durante el último año de servicios y que sirvieron de base para realizar los aportes.

Teniendo en cuenta su condición de empleada pública y beneficiaria del régimen de transición, la pensión de la señora LIBIA ELENA MORENO BENÍTEZ debe ser reliquidada en cuantía equivalente al 75% del promedio de todos los factores devengados durante el último año de servicio, puesto que no se liquidó correctamente la pensión de jubilación vejez, teniendo presente que no se incluyeron todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Vertiendo lo dicho al sub judge, tenemos que la entidad demandada dejó de incluir factores salariales en el IBL, los cuales se detallan en el certificado visible a folio 29 del expediente, esto es, la bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad, 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*.

En tal sentido, concluye la Sala, que la decisión del Juez de Primera Instancia al ordenar la reliquidación de la pensión de vejez de la actora, quien es beneficiaria de la transición pensional, se ajusta al precedente judicial sentado 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 de la demandante debe ser reliquidada teniendo en cuenta para su liquidación el 75% del promedio de lo devengado por esta en el último año de servicios, esto es, entre el 1 de agosto de 2008 y el 1 de agosto de 2009, incluyendo, además de la asignación básica, la bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y la prima de navidad.

En cuanto al reparo hecho por el apoderado de la parte actora en relación con la prescripción de las mesadas anteriores al 21 de marzo de 2010, es necesario advertir que, tal como lo señaló el recurrente, mediante Resolución No. 2438 del 26 de enero de 2009, la Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL, reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia por vejez a favor de la señora LIBIA ELENA MORENO BENITEZ, efectiva a partir del 1 de mayo de 2008 y condicionada al retiro del servicio, el cual se produjo el 1 de agosto de 2009, razón por lo que el día 30 de septiembre de 2009 solicitó la reliquidación de la pensión por retiro definitivo. En consecuencia, mediante Resolución PAP 009699 del 20 de agosto de 2010, CAJANAL reliquidó la pensión a partir del 1 de agosto de 2009.

Con posterioridad a ello, el **21 de marzo de 2013**, la actora nuevamente solicitó la reliquidación de la pensión, esta vez por la no inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, petición que es atendida a través de los actos demandados.

Pues bien, frente a lo anterior esta Sala se encuentra de acuerdo con lo señalado por el *A quo*, puesto que la exigibilidad del derecho a la reliquidación de la pensión nace con la Resolución No. 2438 del 26 de enero de 2009, es a partir de allí que se contabiliza el término de los 3 años. Con la petición del 30 de septiembre de 2009 se interrumpió dicha prescripción por un lapso

igual, más sin embargo la demanda solo se interpuso hasta el 21 de abril de 2014. Es en razón de ello que las diferencias originadas en las mesadas causadas con anterioridad al **21 de marzo de 2010** se encuentran prescritas, puesto que la prescripción puede interrumpirse solo por una vez.

- **DE LA CONDENA EN COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA.**

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 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.

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:

"...

*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."*

En ese orden, en lo que hace relación a la condena en costas decretada 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 a través de la Ley 1437 de 2011 en su artículo 188 adoptó un criterio objetivo de imposición de costas, por lo que no es necesario auscultar la conducta de las partes para ello.

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

## **2.6 CON RELACIÓN A LA CONDENACIÓN 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 de los recursos, se abstendrá esta Sala de condenar en costas de segunda instancia.

### 3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA 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 del 10 de agosto de 2016 por el **JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO**, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas de segunda instancia.

**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 N°. 048.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados

**CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS**

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA**