TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, once (11) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

REFERENCIA:	**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**
M. DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**
RADICADO:	**70-001-33-33-007-2015-00110-01**
DEMANDANTE:	**MARIA FATIMA BUSTAMANTE GOEZ.**
DEMANDADO:	**UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES "UGPP".**

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 29 de Junio de 2016 por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, la cual resolvió conceder las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA[1]

La señora MARIA FATIMA BUSTAMANTE GOEZ, por conducto de apoderado judicial, instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de que **(i)** se declarare la nulidad de la Resolución No.RDP031304 del 15 de octubre de 2014, por medio de la cual se negó la reliquidación de la pensión de vejez a la demandante, **(ii)** La nulidad de la Resolución No. RDP001969 del 20 de enero de 2015, la cual confirmó la decisión anterior**.**

En Consecuencia de lo anterior, persigue que: i) Se ordene a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la pensión de vejez debida a la demandante con la inclusión de todos los factores salariales que devengo

[1] Folios 1-6 C. Primera Instancia.

durante el último año que adquirió el status de pensionada**, (ii)** Se condene a la entidad demandada, a dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto por la ley; **(iii)** Se condene en costas a la parte demandada.

Como ***fundamentos fácticos*** de la demanda, se expresó que por medio de la Resolución No. RDP 031304 del 15 de octubre de 2014, la UGPP niega la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación de la señora MARIA FATIMA BUSTAMANTE GOEZ, por nuevos factores salariales.

Contra el anterior acto administrativo, la actora interpuso recurso de apelación el día 11 de noviembre de 2014, el cual fue resuelto a través de la Resolución No. RDP 001969 del 20 de enero de 2015, confirmando la primera decisión administrativa.

Como ***normas violadas***, la parte actora señaló los artículos 48 y 53 de la constitución política; artículo 36 de la ley 100 de 1993, ley 33 de 1985, ley 62 de 1985, y articulo 45 del decreto 1045 de 1978. En el ***concepto de violación,*** se estimó que los actos demandados violan las normas precitadas por cuanto, quien se encuentre en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, como es el caso de la demandante, tiene derecho a que se incluya en el ingreso base de liquidación de su pensión, todos los elementos salariales devengados en el último año de servicio, postura que apoya en múltiples sentencias provenidas de la sección segunda del H. consejo de estado. En esa línea, sostuvo que no reliquidar la pensión de la actora en los términos pretendidos en la demanda, vulnera su derecho constitucional a la seguridad social, el cual es irrenunciable, y del que dependen otros derechos, como el mínimo vital, a voces de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[2]

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscal "UGPP", ejerció su derecho de contradicción y defensa dentro de la oportunidad procesal para ello, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, a pesar de que aceptó como ciertos los hechos que motivan la misma.

[2] Folios 83-100 C. Primera Instancia.

Con el objeto de demostrar porque a la demandante no le asiste el derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, porque a su juicio la misma se encuentra ajustada a derecho, toda vez que si bien aquella se encuentra en el régimen de transición, ello solo permite aplicarle a la edad, el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión.

No obstante, aclaró que para calcular el ingreso base de liquidación, se debe tener en cuenta los ingresos base de cotización de la demandante durante el tiempo trascurrido entre el momento de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 y el momento de la adquisición de su status pensional, para luego determinar el promedio del IBL de los últimos 10 años.

Lo anterior, con fundamento en que el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, señala que el ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas con base en el régimen de transición, es el promedio de los factores establecidos en el decreto 1158 de 1994, por tanto, no se puede adicionar otros que no hayan sido objeto de aportes.

1.3 LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[3]

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en sentencia del 29 de junio de 2016, declaró la nulidad de los actos demandados en cuento negaron la reliquidación pensional pretendida y en consecuencia dispuso, su reliquidación a partir del 1 de abril de 2011, por inclusión de factores tales, como asignación básica mensual, Bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, prima de servicio, prima de navidad y horas extras, devengados en el último año de servicios.

Expuso que mediante la resolución No. 17381 del 5 de mayo de 2009, la extinta Caja Nacional de Previsión social, reconoció a la señora MARIA FATIMA BUSTAMANTE GOEZ, un pensión de jubilación por la suma de un millón ciento once mil quinientos cincuenta y siete pesos (1.111.557), con efectos a partir del 1 de abril de 2008, por haber acreditado más de 55 años de edad y 1407 semanas cotizadas, pero aplicó pata determinar el IBL el promedio de lo devengado en los último 10 años de servicios anteriores al retiro del servicio, entre el 1 de abril de 1998 al 31 de marzo de 2008, tomando como factores salariales la asignación básica mensual, las horas

[3] Folios 114-123 C. Primera Instancia.

extras y la bonificación por servicios prestados, de conformidad con el Decreto 1158 de 1994.

Expresó que CAJANL EICE, al reconocer, liquidar y reliquidar la pensión de la señora MARIA FATIMA BUSTAMANTE GOEZ, desconoció el hecho de que esta es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por lo que debió aplicar la ley 33 de 1985 en su integridad, como lo ha señalado el Consejo de estado, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho, esto es, la edad (55 años) y el tiempo de servicios (20 años), y también la cuantía de la pensión (el 75% de todos los factores que constituyen el salario promedio durante su último año de servicio).

Que la actora, de conformidad con la prueba documental (certificado de salarios) en el último año de servicios, devengó como factores salariales, la asignación básica mensual, bonificación por servicios prestados, la prima de vacaciones, prima de servicios, prima navidad, horas extras o recargo nocturno

En consecuencia, sostiene que a la demandante le asiste el derecho de obtener la reliquidación y pago de su pensión de vejez con el monto del 75% del promedio devengado por la interesada durante su último año de servicio, incluyendo además de la totalidad de los factores salariales devengados por esta durante el último año de servicios, por lo que además de los factores de asignación básica mensual, se deberán incluir valores por concepto de prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones. Por último, declaró la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 4 de julio de 2011, puesto que se solicitó la reliquidación en sede administrativa el 4 de julio de 2014; asimismo, condenó en costas a la parte demandada.

1.4 EL RECURSO DE APELACIÓN[4]

La parte demandada presentó recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, señalando que no es procedente el reconocimiento efectuado a la actora en los términos de la ley 33 de 1985 en forma integral, toda vez que el derecho pensional no se consolidó en vigencia de dicho régimen, sino por el contrario, su consolidación se verificó

[4] Folios 136-142.

con posterioridad a la derogatoria que le imprimió la ley 100 de 1993, en cuya vigencia la actora cumplió con los requisitos para pensión.

Según el artículo 36 de la ley 100 de 1993, las personas que reúnen las condiciones para ser beneficiarias del régimen de transición se les tendrá en cuenta para su reconocimiento pensional, la edad, el tiempo de servicio o semanas cotizadas y el monto de pensión del régimen anterior al cual se encontraban afiliados antes de la expedición del sistema que rige actualmente, por lo cual la señora María Fátima Bustamante Goez al acreditar el cumplimiento de las condiciones y los requisitos para acceder a la prestación pensional conforme al régimen anterior, se le reconoció pensión de vejez a fin de garantizar la expectativa legitima con que contaba al momento de la entrada en vigor de la ley 100 de 1993.

Dijo que a través de la sentencia SU 230 de 2015, la Corte Constitucional opta por la tesis de que se respetaran del régimen anterior a la ley 100, únicamente los elementos de edad, tiempo de servicio y monto de pensión, entendido este como la tasa porcentual a aplicar el ingreso que sirve de base para calcular el valor de la mesada pensional, y las demás condiciones y requisitos , entre los cuales se destaca el IBL y factores salariales, se tendrán que tratar conforme lo dispuesto expresamente por el articulo 36 y 21 de la ley 100 de 1993, según sea el caso y demás normas que lo modifiquen o complementen, agregando que, resulta evidente que la decisión de negar la solicitud de re liquidación presentada, se tomó con fundamento en el ordenamiento jurídico aplicable y teniendo en cuenta los supuestos jurídicos y fácticos del caso, y se liquidó correctamente la pensión de la actora, de manera que no es posible acceder a lo que está pretende.

En lo que concierne a la condena en costas, señala que se opone a la misma, porque en la actualidad el Consejo de Estado tiene la teoría de que para ser procedente la imposición de dicha condena se debe evaluar si la parte vencida actuó con temeridad o mala fe.

1.5 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

La Parte demandante, expresó que una vez que entró en vigencia la norma que establece el régimen transitorio, las personas que reúnen los requisitos para adquirirlo consolidan una situación jurídica concreta que no puede ser

menoscabada; además es un derecho subjetivo que tiene su titular a que se le reconozca la prestación en las condiciones de la normatividad anterior y a acudir ante la jurisdicción en caso de incumplimiento, por tanto, afirmó que para liquidar la pensión de un trabajador cobijado bajo el régimen de transición debe hacerse por la integralidad de la norma que regía en el sistema anterior al vigente, aplicando el principio de favorabilidad al trabajador, concluyendo que la real liquidación de la pensión de jubilación a la que tiene derecho, debió ser como se encuentra consignada en el texto de la demanda que impetró[5].

La parte demandada, retoma los argumentos mencionados en el recurso de apelación, considerando que la liquidación de la pensión de jubilación de la actora se ajusta a derecho, pues en ella se tuvo en cuenta los factores salariales que de acuerdo a la ley integran el IBL, señalando además que no es procedente la aplicación integral de la Ley 33 de 1985 en la forma señalada en la sentencia apelada, pues para el caso de la demandante, solo le era aplicable en cuanto a la edad y tiempos de servicios, más no en la forma de determinar el IBL, como tampoco en los factores salariales, pues ello se regula por lo determinado en la Ley 100 de 1993 en el inciso tercero del artículo 36 y 21, así como por el Decreto 1158 de 1994[6].

El representante del **Ministerio Público** ante esta Corporación no emitió concepto[7].

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. LA COMPETENCIA.

El 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 de la Ley 1437 de 2011.

2.2 PROBLEMA JURÍDICO.

Teniendo en cuenta los antecedentes reconstruidos y el reparo formulado por la parte apelante, debe la Sala establecer, si *¿tiene derecho la actora a la*

[5] Folios 16-19 C. Segunda Instancia.
[6] Folios 20-22 C. Segunda Instancia.
[7] Ver nota Secretarial a folio 23 C. Segunda instancia.

reliquidación de su pensión de vejez con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios?

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)** El caso concreto.

2.2.1. 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.

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[8], deviene fundamentalmente en la Ley 33 de 1985, que exige para acceder la pensión de vejez 55 años de edad, 20 años

[8] 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.

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 cual no es aplicable en este asunto, y referente a la materia objeto de discusión, la Ley 100 de 1993"*[9]

Asimismo, el Consejo de Estado ha sostenido de forma reiterada que en virtud del mismo sus beneficiarios tienen derecho a que se les aplique la edad, tiempo y monto de las normas pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993, entendiendo por "monto" no sólo el porcentaje de la pensión, sino la base del mismo es decir, los factores y la forma de liquidarla10, además recientemente adujo que aplicar el inciso 311 del art. 36 *ibídem* desnaturaliza el régimen de transición vulnerando los principios de inescindibilidad y favorabilidad de la ley:

---

[9] 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.

[10] Posición reiterada, entre muchas otras, en sentencias proferidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado:

- 21 de Septiembre de 2000, Rad: 470-99 Subsección "A". C. P.: Nicolás Pájaro Peñaranda.
- 21 de junio de 2007, Rad: 0950 de 2006, C. P: Ana Margarita Olaya Forero.
- 4 de agosto de 2010. Rad: 25000-23-25-000-2004-06145-01(2533-07) C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.
- 4 de agosto de 2010. Rad: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

[11] *"El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les 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, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE (...)"*

"Para la Sala no resulta admisible la aplicación fraccionada que la entidad demandada le dio al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al definir la situación pensional del demandante, pues al aplicarle su inciso tercero, incurrió en violación del principio de "Inescindibilidad de la ley" que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales, rompiendo de tal manera el principio de la seguridad jurídica, como bien lo advirtió esta Corporación al desentrañar el alcance que le dio la Corte Constitucional a la citada norma en la sentencia C-168 de 1995, al decidir sobre su constitucionalidad:

"... Son elementos de la esencia del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión, previstos en la normatividad anterior. Si se altera alguno de tales presupuestos, el régimen de transición, deja de ser un beneficio. Si se liquida la pensión como lo indica el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se afecta el monto de la pensión y de paso también se afecta el beneficio que constituye la esencia del régimen de transición, pues una es la forma de liquidar la pensión prevista en la normatividad anterior y otra como lo prevé la nueva Ley.
…

No aplicar en su integridad la norma legal anterior a la vigencia de la Ley 100 de 1993, con el propósito de disminuir el monto de la pensión de la servidora, implica además de desconocer el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de la Carta Política *que establece "la situación más favorable al trabajador en caso de duda en aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho.*

Así mismo, al aplicar el régimen de transición, como sucede en el caso presente, aplicando las disposiciones legales anteriores consagratorias de los requisitos de edad y tiempo de servicio, por una parte, y por otra, aplicar la nueva ley para establecer la base de liquidación de la pensión, se incurre en violación del principio de "Inescindibilidad de la ley" *que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales, rompiendo de tal manera el principio de la seguridad jurídica.*
…" (Se subraya).

En armonía con lo anterior, concluye la Sala, que el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, consagró el régimen de transición, consistente en que a las personas que cumplan las hipótesis allí previstas, en cuanto a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, se les aplicará en su integridad el régimen anterior que las regula y beneficia.

Si se aplica el inciso tercero del mismo artículo 36 de la citada norma, para establecer la base de liquidación de la pensión, se escinde la Ley, pues la normatividad anterior señala la forma de liquidar la pensión, se desnaturaliza el régimen, y se dejaría de aplicar el principio de favorabilidad de la Ley en los términos ya indicados"[12]

[12] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 9 de febrero de 2015 C.P. Alfonso Vargas Rincón. Radicado No. 520012333000201300003 01 (0011-2014).

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 por virtud del beneficio de transición pensional.

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

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

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

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

- Asignación básica.
- Gastos de representación.
- Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación.
- Dominicales y feriados.

- Horas extras.
- Bonificación por servicios prestados.
- Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

No obstante lo anterior, se han expuesto varias interpretaciones por la jurisprudencia frente a cómo se debe efectuar la liquidación y los factores a tener en cuenta para ello, en primer lugar se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que solo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.

Lo dicho, dado que no obstante la claridad de la norma estudiada de forma aislada, existen otras normas que consagran diferentes medios remunerativas del servicio que son salario por disposición expresa del legislador o su naturaleza, por lo que en aplicación de los principios generales del derecho laboral de primacía de la realidad sobre la forma y de favorabilidad, han de interpretarse de manera integral para así establecer qué factores constituyen en realidad salario y liquidar la pensión con los ingresos efectivamente percibidos por el trabajador en su vida laboral active.

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

> *"En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiado su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.*
> *…*
> *a) De los factores de salario para liquidar pensiones.*

Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, precisó el sentido y alcance de las expresiones salario y factor salarial, así:
"(…) El salario (…) aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador (…)". En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) "constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones." En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que "además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios."
(…)
Según el artículo 42 ibídem son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador : la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.(…)."

Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el

interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional[13]*.*

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.

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 H. CORTE CONSTITUCIONAL, vertida en la sentencia SU-230 de 2015.

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 H. CORTE CONSTITUCIONAL14 en las sentencias en cita (C-258 de 2013 y SU-230 de 2015), posee una clara aplicación restrictiva, por las siguientes razones:

1. La sentencia C-258 de 2013, estudia la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, es decir, el régimen pensional de Representantes a la Cámara y Senadores, extensivo a Magistrados de Altas Cortes (artículo 28 del Decreto 104 de 1994) y ciertos funcionarios de la Rama Judicial, el Ministerio Público y órganos de control, como el Procurador General de la Nación (artículo 25 del

[13] 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.
[14] Si bien por mandato constitucional y legal, el funcionario judicial está en la obligación de aplicar el precedente judicial emanado de las cortes jurisdiccionales de cierre –constitucional, ordinaria, contencioso administrativo y jurisdiccional disciplinaria-, para la solución de los casos fáctica y jurídicamente análogos, también lo es que esa limitación a la facultad interpretativa judicial no es absoluta, dado que igualmente la Constitución Política le reconoce a la función judicial autonomía e independencia

Decreto 65 de 1998), el Fiscal General de la Nación, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, y los Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (artículo 25 del Decreto 682 de 2002). La argumentación sobre cómo interpretar el ingreso base de liquidación de las personas que gozan de régimen de transición, se limita a estos funcionarios, por lo que en este aspecto esta sería la *ratio decidendi* de la sentencia, y frente a cualquier otra aplicación o argumentación que en ella se contiene en torno al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la misma claramente sería *obiter dicta*, dado que este no es el fondo de la situación estudiada por la Corte.

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

3. En este mismo sentido, al no estar la CORTE CONSTITUCIONAL estudiando la constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en la sentencia ya referida, la interpretación que de esta norma hace la Corte no es *ratio decidendi* y por ello carece de la fuerza vinculante obligatoria que poseen sus fallos[15], dicha interpretación [16].

---

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

[16] *"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*

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[17].

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 H. Corte Constitucional18, debe realizarse a favor del trabajador, por lo que existiendo posiciones jurisprudenciales que soportan las dos interpretaciones estudiadas (el monto no incluye el IBL por lo que este se encuentra regido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 – el monto incluye porcentaje e IBL por lo que este se encuentra regulado por la normativa anterior) debe aplicarse la que

---

2067 de 1991 ordena rechazar "las demandas que recaigan sobre normas amparadas por una sentencia que hubiera hecho tránsito a cosa juzgada" y que el artículo 21 del mismo Decreto se refiere al carácter obligatorio de esas decisiones tanto para las autoridades como para los particulares, así como el artículo 48 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, señala que la parte resolutiva de las sentencias tiene carácter obligatorio y de efecto "erga omnes"." CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1299 de 2005.

[17] 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 -.

[18] 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.

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 aplicable19, 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 H. CONSEJO DE ESTADO fijó su posición recientemente a través de sentencia de unificación de fecha 25 de febrero de 2016, proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda de dicha Corporación, en la que reiteró sus criterio respecto de que el monto de las pensiones sometidas al régimen de transición comprende la base y la tasa de remplazo. Sobre el particular consideró:

> *"Quiere insistir el Consejo de Estado en las razones que sustentan su postura tradicional con respecto al ingreso base de las pensiones del régimen de transición, y que ahora reitera:*
>
> *1) La complejidad de los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición, hace altamente razonable la interpretación que tradicionalmente ha tenido esta Corporación respecto de la expresión "monto" contenida como criterio general en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.*
>
> *2) Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencia de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica. La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional. El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como lo son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico, que en*

[19] 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.

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

En efecto, si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional y queda pendiente, en consecuencia, un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el asunto conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera que imponga el cambio jurisprudencial que plantea la sentencia SU-230 de 2015, y en cambio sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los principios de igualdad y de progresividad."[20]

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 H. CONSEJO DE ESTADO y desecha la de la H. 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

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

Liquidación de la pensión, el que se encuentra regido por las normas anteriores, para nuestro caso, las Leyes 33 y 62 de 1985.

De otra parte, debemos señalar que, no se acompasa con las cláusulas que fundan la Carta Política de 1991 -el Estado Social de Derecho- ni con el principio de confianza legítima, que se pretenda aplicar un cambio jurisprudencial abrupto, intempestivo, inesperado, repentino y trascendental para esta jurisdicción, a quien acudió a la vía judicial con la convicción legítimamente fundada de que sus pretensiones saldrían avantes, más aun si se considera que el petitum se vincula directamente con el derecho fundamental a la seguridad social, cuya importancia resulta evidente, como lo destaca la Corte Constitucional*:*

> *"La Seguridad Social es reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional fundamental. De esta manera, los artículos 48 y 49 de la Carta Política establecen la seguridad social por un lado, como un derecho irrenunciable, y por otro lado, como un servicio público , de tal manera que, por la estructura de este derecho, es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución. La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social. Conforme a la jurisprudencia constitucional, el derecho a la seguridad social es un real derecho fundamental cuya efectividad se deriva "de (i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad". T-164/13 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*

En ese orden, la Sala considera que se seguirá aplicando el precedente jurisprudencial vertical, expuesto por el órgano de cierre de esta jurisdicción, al menos hasta tanto el mismo no sea modificado por el máximo tribunal en materia contenciosa administrativa, sobre aquellos asuntos que ya están en curso, pues está en juego el principio de la confianza legítima.

De otro lado, en aras de garantizar el principio de sostenibilidad fiscal, el Consejo de Estado ha autorizado a las entidades condenadas, el descuento de los aportes correspondientes a los factores sobre los cuales no se efectuó deducción con anterioridad, sumas debidamente actualizadas:

> *"Se ha establecido entonces, en múltiples pronunciamientos, que la omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de los mencionados conceptos para efectos pensionales, pues aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional.*

Lo anterior debido a que el Acto Legislativo No. 01 de 2005, que modifica el artículo 48 de la Carta Política, dentro de las vías que introdujo para mantener la sostenibilidad financiera del sistema pensional, señaló que "[P]ara la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones".

Por ello, siendo consecuentes con el anterior propósito y teniendo en cuenta que eventualmente, en casos como el sub examine, los aportes sobre la totalidad de los factores que legalmente constituyen factor salarial para efectos pensionales, no se realizaron durante la vida laboral del actor desde el momento de su causación, para esta Sala resulta necesario que los valores a retener y/ o deducir, de aquellos sobre los que no se cotizó y que se tendrán en cuenta para reliquidar la pensión del accionante, sean actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario, de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y al actor (pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo), de lo contrario se trataría de sumas depreciadas, que en vez de coadyuvar a la sostenibilidad fiscal en materia pensional, ahondarían la problemática"[21].

2.3. CASO CONCRETO.

La parte demandada formuló recurso de apelación controvirtiendo dos aspectos de la sentencia, por un lado la aplicación integral de la Ley 33 de 1985 en cuanto a monto de pensión, ingreso base de liquidación y factores salariales y por otro, la condena en costas en primera instancia.

- **ANÁLISIS DE REPAROS:**

De conformidad con las pruebas incorporadas al plenario, está demostrado que la señora MARÍA FATIMA BUSTAMANTE GOEZ laboró en el Hospital San Marcos-Sucre, desde el 01 de julio de 1979 al 15 de febrero de 1987 y luego desde el 01 de julio de 1988 hasta el 31 de marzo de 2011, desempeñándose en el cargo de auxiliar de enfermería[22].

Igualmente está demostrado, que la señora MARÍA FATIMA BUSTAMANTE GOEZ nació el 03 de mayo de 1952.

A la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, la demandante tenía más de 15 años de servicio y contaba con más

---

[21] Consejo de Estado Sección Segunda - Subsección "A" 9 de abril de 2014. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación No: 250002325000201000014 01 (1849-2013). Actor: José de Jesús Gossain Abdallah.
[22] Folios 39 cuaderno de primera instancia.

de 35 años de edad, razón por la cual, le asiste derecho a la aplicación de las reglas de la transición pensional, conforme el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, situación que la entidad demandada plasma igualmente en los actos administrativos demandados.

La lectura de las Resoluciones demandadas[23], muestran que la entidad gestora de la seguridad social, reconoció el derecho pensional de la actora, aplicando las reglas del artículo 34 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, por haber adquirido la actora su estatus de pensionada el 01 de mayo de 2007.

En tal sentido, para determinar el monto de la pensión, asumió como reglas a aplicar lo contenido en la Ley 797 de 2003 y en consecuencia liquidó la mesada tomando como IBL lo devengado por la actora en los últimos diez años de servicios. De igual forma, se tomó como factor salarial la asignación básica devengada mes a mes en dicho periodo, señalando que el Decreto 1158 de 1994 no contempla la prima de vacaciones, la prima de servicios y la prima de navidad como factores salariales.

Conforme las premisas sentadas en acápite anterior por esta Sala, a la actora en su condición de servidora pública beneficiaria de la transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se le debe aplicar para regular su derecho pensional de manera íntegra, las condiciones traídas por las Leyes 33 de 1985 y 62 de 1985, en consonancia a las sub reglas jurídicas creadas por el precedente judicial del órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa, que nos indican que, el régimen de transición no hace excepción respecto de los factores base de liquidación de la pensión ni de la forma de liquidar la misma, toda vez que como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión para sus beneficiarios es el establecido en las normas anteriores a su entrada en vigencia, entendiendo por monto no solo el porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje.
Así las cosas, al reconocer y liquidar la pensión de jubilación de la actora se debió tal como lo expresó el A quo, aplicar no solo la edad y tiempo de servicios de la Ley 33 de 1985, sino la tasa de remplazo que viene dada, por el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, los cuales según certificado de salarios, corresponden además de

[23] Folios 11-21 cuaderno de primera instancia.

las asignación básica mensual, a la bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones, las cuales conforme la certificación de salarios obrante a folio 23 del cuaderno de primera instancia, corresponden al periodo 2010 – 2011, último año de prestación de servicios de la actora como empleada pública del Hospital Regional de II Nivel de San Marcos – Sucre.

En ese orden, se concluye que la decisión del Juez de Primera Instancia debe ser confirmada, en lo que respecta a la reliquidación de la pensión de jubilación de la actora con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados por esta durante el último año de servicios, la cual se ajusta al precedente judicial sentado de forma uniforme por el H. Consejo de Estado, el cual comparte esta Sala.

- **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 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.

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 los artículos 365 y 366 del CGP, 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.

El Consejo de Estado Sección Segunda, en sentencia del 7 de abril de 2016, radicado No. 13001233300001300022201 (12912014), sobre la condena en costas en los procesos regulados por la Ley 1437 de 2011, señaló:

> *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 orden de lo expuesto, estima la Sala que el reparo formulado en el recurso de apelación en contra de la condena en costas en primera instancia, no está llamado prosperar, razón por la cual, en este punto igualmente será confirmada la sentencia de primera instancia.

2.4. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. y por la no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada apelante, 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 SUCRE – SALA TERCERA DE DECISIÓN, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: **CONFÍRMESE** la sentencia apelada, esto es la proferida el 29 de junio de 2016 por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo. Por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta Nº 82.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA
Ausente con permiso.