TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, veintiocho (28) de abril 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:	**70-001-33-33-008-2015-00012-01**
DEMANDANTE:	**JOSEFINA DEL CARMEN JÍMENEZ ÁLVAREZ**
DEMANDADO:	**UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PÈNSIONAL Y PARAFISCALES "UGPP"**

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 31 de agosto de 2016 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, la cual resolvió conceder las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA[1]

La señora Josefina Del Carmen Jiménez Álvarez instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de que **(i)** se declarare la nulidad parcial de la Resolución No. 27236 del 17 de junio de 2008, por medio de la cual le fue reconocida la pensión de vejez a la demandante, debido a que no se tuvo en cuenta la inclusión de todos los factores salariales devengados por el trabajador, **(ii)** La nulidad parcial de la Resolución PAP-013650 del 15 de septiembre de 2010, la cual resolvió el recurso de reposición y revocó en todas sus partes la resolución número 27236**; (iii)** nulidad de la Resolución RDP- 004530 del 27 de junio de 2012, por la cual se negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante**, (iv)** nulidad parcial de la

[1] Fol. 1-9 C. Primera Instancia.

Resolución número RDP-12216 del 27 de diciembre de 2012, la cual resolvió el recurso de reposición contra la Resolución RDP-004530 **,(v)** nulidad absoluta de la resolución número RDP-040987 del 04 de septiembre de 2013, la cual negó la reliquidación de pensión con inclusión de todos los factores salariales devengados el último año de servicio de la demandante**, (vi)**nulidad del auto número ADP-011151 del 19 de noviembre de 2014, que rechazó el recurso de apelación impetrado contra la resolución número RDP-040987**.**

Consecuencia de lo anterior, persigue que: i) se ordene a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la pensión de vejez debida al demandante con la inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el último año que adquirió el status de pensionado**, ii)** que se condene liquidar y pagar a expensas a la parte demandada y a favor de la parte demandante las mesada atrasadas, **iii)** condenar a la parte demanda al pago de las mesadas adicionales correspondientes a los meses de junio y diciembre desde la fecha de la adquisición de su status como pensionado, **(iv)** sobre la mesada resultante se hagan los reajustes de valor sobre las diferencias adeudadas al demandante, conforme a la ley; **(v)** se condene a la entidad demandada, a dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto por la ley; **(vi)** se condene en costas a la parte demandada.

Como ***FUNDAMENTOS FÁCTICOS*** de la demanda, se expresó que la señora JOSEFINA DEL CARMEN JÍMENEZ ÁLVARREZ prestó sus servicios al estado en el HOSPITAL REGIONAL NUESTRA SEÑORA DE LAS MERCEDES DE COROZAL-SUCRE, en el periodo comprendido entre el 14 de junio de 1974 al 30 de diciembre de 1997 y en la E.S.E CENTRO DE SALUD CARTAGENA DE INDIAS DEL MUNICIPIO DE COROZAL- SUCRE en el periodo comprendido entre el 01 de enero de 1998 hasta el 01 de junio de 2006 y desde el 01 de junio de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2010.

Que elevó solicitud pensional que le fue resuelta mediante Resolución No. 27326 del 17 de junio de 2008, reconociendo la pensión en cuantía de $753.023.95, con efectos fiscales a partir del momento que demuestre el retiro del servicio: Al no estar conforme con la anterior resolución, interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante resolución PAP- 013650

del 15 de septiembre de 2010 revocando en todas y cada una de sus partes la citada resolución.

La demandante elevó solicitud de reliquidación de su pensión de vejez por la no inclusión por parte de la convocada de todos los factores salariales devengados a la fecha de la adquisición del status de pensionada el día 10 de enero de 2012, la cual fue resuelta en forma desfavorable a través de la resolución número RDP- 004530 del 27 de junio de 2012.

La parte demandante impetra recurso de reposición contra la resolución mencionada anteriormente, el cual fue resuelto de forma favorable mediante resolución número RDP- 021216 del 27 de diciembre de 2012 ordenando la reliquidación de la pensión de vejez, pero no con la inclusión de todos los factores salariales devengados por la convocante en el año que adquirió su status de pensionada.

La demandante, al no estar de acuerdo con la reliquidación que le fue efectuada, eleva nuevamente solicitud con el fin de que se le reliquide su pensión de vejez con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, petición que fue resuelta de manera desfavorable mediante resolución número RDP- 040987 del 04 de septiembre de 2013.

La parte actora informa que la entidad demandada no le incluyó todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, al dejarle por fuera, la prima de vacaciones, la prima de servicios y la prima de navidad.

Como ***normas violadas***, señaló los artículos 1, 6, 7, 12 , 25 , 26, 42 y 53 de la constitución política; ley 1437 de 2011 ; artículos 64, 138 , 155, 156, 162, 163 y 166 del C.P.A.C.A; ley 33 de 1985; ley 62 de 1985; decreto 1045 de 1978; ley 4 de 1966; decreto 1743 de 1966; ley 6 de 1945.

En el ***concepto de violación,*** se esgrimió que según la Ley 33 de 1985, los empleados públicos tienen derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación, en cuantía equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes a la respectiva Caja de Previsión durante el último año de servicios, y es esta norma la que se debió aplicar para liquidar su pensión de vejez, pues según la jurisprudencia del Consejo de Estado, todos los

factores tanto salariales como prestacionales, deben ser tenidos en cuenta para liquidar el monto de la pensión. No obstante lo anterior, la entidad demandada liquidó su pensión de vejez sin tener en cuenta todos los factores salariales que devengaba la demandante, vulnerando así sus derechos.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[2]

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

Propuso como excepciones: **(i) inexistencia de la obligación,** en el sentido en que no existe para la demandante el derecho a obtener la reliquidación conforme la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicio, puesto que aunque la actora es beneficiaria del régimen de transición, hay que decir que dicha norma es clara en precisar cuáles serían los aspectos cobijados por la transición y a su vez estableció reglas para determinar la liquidación de la mesada pensional. Por lo tanto, no corresponde, entonces ordenar el reconocimiento y pago de la reliquidación pretendida ; **(ii) buena fe,** la entidad demandada ha actuado de buena fe exenta de culpa , inclusive, durante los tramites efectuados por el demandante, y en cumplimiento de las normas que regulan el tema sub-judice, por cuanto ha procedido teniendo en cuenta el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y demás normas concordantes y los criterios jurisprudenciales emanados de la honorable corte suprema de justicia y corte constitucional. En tal sentido no ha existido mala fe en el tramite dado en sede administrativa a las peticiones y hechos de que trata este proceso; **(iii) prescripción trienal,** de ser procedente, solicito declarar la prescripción trienal de los derechos laborales del demandante aquí reclamados**.**

1.3 LA PROVIDENCIA IMPUGNADA[3]

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, accedió a las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos:

[2] Fol. 79 a 85 C. Ppal.
[3] Fols. 118-127 C. Ppal.

Afirmó que a la actora le es aplicable el régimen de transición descrito en la Ley 100 de 1993, los factores salariales que deben tenerse en cuenta para reliquidar la pensión de vejez de la accionante atendiendo a que los factores salariales consagrados en la ley 33 de 1985 y la ley 62 de 1985, no son taxativos; existió una indebida notificación de la resolución RDP- 040987 de 4 de septiembre de 2013, la actora no efectuó reclamación en sede administrativa sobre las mesadas adicionales pretendidas, el acto acusado viola las normas sobre las cuales debió fundarse, pues no se reliquidó su pensión incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio y no ha operado la prescripción sobre la diferencia de algunas mesadas pensionales reconocidas a la actora.

En este sentido, declaró la nulidad parcial de la resolución PAP- 013650 del 15 de septiembre de 2010, la cual resolvió el recurso de reposición y revocó en todas sus partes la resolución 27236 de fecha 17 de junio de 2008; resolución RDP- 121216 del 27 de diciembre de 2012, que resolvió el recurso de reposición y revoca la resolución 4530 de 27 de junio de 2012, en el sentido de aplicar un porcentaje mayor de IBL; y la nulidad absoluta de la resolución RDP- 040987 de 4 de septiembre de 2013 que negó la reliquidación de la pensión de vejez por la no inclusión de factores salariales devengados el último año a la adquisición del status de pensionada y finalmente del auto 011151 de 19 de noviembre de 2014 que rechazó el recurso de apelación impetrado contra la resolución 040987; actos por medio de los cuales se niega reliquidar la pensión de vejez sin incluir todos los factores salariales de ley.

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. Declaró no probadas las excepciones propuestas.

1.4 EL RECURSO DE APELACIÓN[4]

[4] Fls. 135 a 140 C. Ppal.

La parte demandada presentó recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia. Como argumentos principales del mismo expresó que se encuentra en total desacuerdo con la decisión del *A quo* pues considera 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 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, a 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 Josefina Jiménez 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 facticos del caso, y se liquidó correctamente la pensión de la actora, de manera que no es posible acceder a lo que esta pretende.

Por otra parte, en lo concerniente a la condena en costas, señala que si bien es cierto que condenar o no en costas es una facultad discrecional del juez, esta no es absoluta, toda vez que el juez debe observar principios como el de debido proceso y proporcionalidad. Por ende, en el caso de revocar la sentencia de primera instancia, deberá entenderse que la misma también será revocada.

1.5 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA[5]

-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.

Así mismo, se entiende 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. Por otro lado, las autoridades administrativas no pueden a través de circulares fijar directrices de carácter general para apartarse de decisiones judiciales de obligatorio cumplimiento ya que los funcionarios de la administración no cuentan con ninguna autonomía e independencia inherentes a la administración de justicia y al ejercicio de la función judicial.

Finalmente, se concluye que la pensión de jubilación regulada por la Ley 33 de 1985, se liquida 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, percibidas durante el último año de servicios y que sirvieron de base para realizar los aportes, pero si existieran factores, sobre los cuales no se realizaron a portes, la entidad que reconoce la pensión, deber tenerlos en cuenta, pero realizara los descuentos a que haya lugar.

[5] Fol. 20 a 25 C. Apelación.

-Parte demandada:

Presentó sus alegatos de conclusión dentro del término legal correspondiente en escrito donde retoman los argumentos mencionados en el recurso de apelación. Considera 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, ahora bien esta defensa extiende que existe un precedente vertical que es, sin duda, vinculante para la jurisdicción contenciosa, se trata de aquel que profiere el consejo de estado como órgano judicial máximo de esta jurisdicción, así mismo se reconoce la existencia de la sentencia de fecha 26 de febrero de 2016 en la que fue ratificada la posición que sobre la materia se ha manejado, la cual contiene un condición favorable para las pretensiones del demandante, así mismo, que dicha sentencia resultaría en principio obligatoria para sus señoría, y por tanto, con fundamento en ello se debe resolver las pretensiones de la demanda hoy analizada.

De igual forma, encontramos las decisiones que en sede de tutela el consejo de estado ha proferido respecto de porque prevalece lo dispuesto por la jurisprudencia de la corte constitucional por encima del criterio de esa corporación respecto de temas en los que aquella haya sentado jurisprudencia con carácter de doctrina constitucional, como es el caso de la SU-230 de 2015.

1.6 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

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

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1.3 LA COMPETENCIA.

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

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 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.

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[6], 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 cual no es aplicable en este asunto, y referente a la materia objeto de discusión, la Ley 100 de 1993"*[7]

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.

2.2.2. 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[8], refiriéndose al ingreso base de liquidación, ha manifestado que este hace parte del monto de la pensión de vejez, de tal

---

[6] 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.
[7] 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.
[8] 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

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[9].

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

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)

[9] 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.

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[10].[11]

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[12].

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

[10] 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.
[11] 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
[12] Como decisión de este tipo, la Sala trae para soportar la siguiente: “Al examinar con detenimiento la anterior cita jurisprudencial (se refiere a la citada en el píe de página anterior), es claro que la entidad demandada debió efectuar los aportes que devengó el actor mientras estuvo prestando sus servicios sobre los factores salariales y que pretende se tengan en cuenta.” (La nota entre paréntesis no es del texto original) CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. CONSEJERO PONENTE: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Sentencia del 20 de marzo de 2013. REF: EXPEDIENTE No. 76001233100020070021701. NÚMERO INTERNO: 03412012. ACTOR: JOSÉ OMAR GONZÁLEZ CRUZ. AUTORIDADES NACIONALES.

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

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

2. El sustento evidente de la sentencia C – 258 de 2013, es la

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

3. En este mismo sentido, al no estar la CORTE CONSTITUCIONAL estudiando la constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en la sentencia ya referida, la interpretación que de esta norma hace la Corte no es *ratio decidendi* y por ello carece de la fuerza vinculante obligatoria que poseen sus fallos[13], dicha interpretación [14].

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

---

[13] 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.
…"

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

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[15].

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 Constitucional[16], 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 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[17], pues el planteamiento de las últimas providencias referenciadas de la Corte Constitucional, toma elementos del régimen anterior y los amalgama con

---

[15] 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 -.

[16] 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.

[17] 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.

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 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."[18]

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 se aparta de la posición 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 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 él 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

[18] 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.

> *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.

2.2.3. 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.

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.

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

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

En igual sentido regula la costas el Código General del Proceso en sus artículos 365 y 366, normativa aplicable a esta jurisdicción a partir del 1 de enero de 2014, tal como lo decidió la Sala Plena de lo Contencioso del CONSEJO DE ESTADO[19].

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

> *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.*

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

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."

2.6. CASO CONCRETO.

Recapitulando, la parte actora pretende la reliquidación de su pensión de vejez con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, en aplicación de los beneficios de la transición pensional permitida por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

De conformidad con las pruebas incorporadas al plenario, está demostrado que la señora JOSEFINA DEL CARMEN JÍMENEZ ÁLVAREZ laboró en el Hospital Regional de Corozal desde el 14 de junio de 1974 al 1 de enero de 1998 y luego con la E.S.E. Cartagena de Indias de Corozal- Sucre, hasta el 30 de diciembre de 2010, desempeñándose en el cargo de auxiliar de enfermería[20].

Igualmente está demostrado, que la señora JOSEFINA DEL CARMEN JÍMENEZ ÁLVAREZ nació el 14 de abril de 1952[21].

De acuerdo a lo anterior, 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 de 35 años de edad, razón por la cual, le asiste derecho a la

[20] Folio 14.
[21] Como lo detallan los actos administrativos que reconocieron el derecho pensional a la actora.

aplicación de las reglas de la transición pensional, conforme el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Los actos administrativos demandados luego de analizados, 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 14 de abril 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, esto es, entre el 1 de enero de 2001 al 30 de diciembre de 2010[22]. 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, 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, el derecho pensional de la actora se debió tal como lo expresó el A quo, aplicar no solo la edad y tiempo de servicios de las 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

[22] Ver Resolución No. RDP 021216 del 27 de diciembre de 2012, obrante a folios 30 a 33 del C de Primera Instancia.

salarios[23], corresponden además de las asignación básica mensual, a la bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones, por virtud de la interpretación del artículo 17 de la Ley 10 de 1990, por ser empleado del sector salud.

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 del actor con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados por este durante el último año de servicio, la cual se ajusta al precedente judicial sentado de forma uniforme por el H. Consejo de Estado, el cual comparte esta Sala.

Finalmente y teniendo en cuenta el análisis normativo y jurisprudencial realizado por esta Corporación previamente, el reparo formulado frente a la condena en costas impuestas a la demandada por el Juez de Primera Instancia, no está llamado a prosperar, siendo pertinente reiterar, como se explicó que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo adoptado a través de la Ley 1437 de 2011 adoptó un criterio objetivo de imposición de costas, por lo que no es necesario auscultar la conducta de las partes para ello, circunstancia que tampoco ha de advertirse en la fijación de las agencias en derecho, dado que para esto último se tiene en cuenta los criterios señalados en el Acuerdo 1887 de 2007 de la Sala Administrativa del CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA.

2.3. 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.

[23] Folio 21 cuaderno de primera instancia

3. DECISIÓN:

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

FALLA:

PRIMERO: **CONFÍRMESE** la sentencia apelada, esto es la proferida el 31 de agosto de 2016 por el Juzgado Octavo 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 67.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA