



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sala Segunda de Decisión Oral

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

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-003-2014-00244-01
ACCIONANTE:	ANTONIA ISABEL VERGARA VITOLA
ACCIOANDA:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP -
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación, interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia adiada 8 de abril de 2016, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Sincelejo, mediante la cual, se accedieron parcialmente a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

ANTONIA ISABEL VERGARA VITOLA, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 50603 de 6 de octubre de 2008, a través de la cual, la extinta Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL -, le negó la reliquidación de su pensión de jubilación.

¹ Folio 1 - 2 del cuaderno de primera instancia.

A título de restablecimiento del derecho, pide que se ordene a la entidad demandada, le reconozca y pague la reliquidación de la pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Asimismo, solicita se condene a la entidad accionada, a liquidar y pagar a su favor, las mesadas adicionales, desde el día 1º de agosto de 1984, en la cuantía que se determine pagar en la sentencia.

Finalmente, insta se condene a pagar, sobre las mesadas adeudadas, las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al I.P.C.

1.2.- Hechos²:

La señora **ANTONIA ISABEL VERGARA VITOLA**, prestó sus servicios en el Instituto Nacional Simón Araujo como auxiliar de servicios generales, desde el 4 de febrero de 1965 hasta el 31 de julio de 1986.

Mediante Resolución No. 14630 de 6 de diciembre de 1985, la extinta Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL -, le reconoció pensión de jubilación a la accionante, en cuantía de \$ 11.655.71, sin la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

La demandante, solicitó ante la extinta Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL - la reliquidación de su pensión, con el fin que se le incluyeran, todos los factores salariales devengados el último año de servicio, petición que fue resuelta desfavorablemente, mediante Resolución No. 50603 de 6 de octubre de 2008, acto que se demanda.

La accionante, solicitó conciliación ante la procuraduría 104 administrativa judicial II ante los juzgados administrativos, declarándose fallida dicha diligencia.

² Folio 2 -8 del cuaderno de primera instancia.

1.3.- Contestación de la demanda³.

La **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP** -, por conducto de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando como excepciones de mérito, las siguientes:

- **Inexistencia de la obligación:** Arguye, que la entidad no tiene ninguna obligación con la demandante, pues, la prestación pensional se ajusta al ordenamiento jurídico, toda vez, que los factores salariales devengados por la accionante, son los que en su momento se certificaron para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Sostiene, que aunque se haya devengado un determinado factor salarial diferente, tal circunstancia por sí misma, no produce un efecto relevante siempre y cuando, no se haya desconocido y se encuentre enmarcado en la lista taxativa de la norma legal, esto es, la Ley 33 de 1985.

- **Falta de prueba de los supuestos fácticos que dan lugar al derecho pretendido:** Señala, que de acuerdo al acervo probatorio que reposa en el expediente, no se pueden acreditar los factores salariales distintos, de los certificados dentro del último año de servicios.

- **Prescripción trienal de ciertas mesadas.** Sin que se entienda allanamiento alguno, respecto de las pretensiones deprecadas en la demanda, solicita se declare la prescripción extintiva de ciertas mesadas, que se causaron con posterioridad a la fecha, en que se hizo exigible la prestación.

³ Folios 79 - 86 del cuaderno de primera instancia.

1.4. Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Tercero Administrativo Oral de Sincelejo, mediante sentencia adiada 8 de abril de 2016, declaró la nulidad del acto administrativo, contenido en la Resolución No. 50603 de 6 de octubre de 2008, como consecuencia, a título de restablecimiento del derecho ordenó a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – “UGPP”**, a reliquidar la pensión de jubilación de la señora **ANTONIA ISABEL VERGARA VITOLA**, reconocida en cuantía equivalente al 75%, del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicio, previo a la adquisición del status.

Así mismo, ordenó que de la liquidación efectuada, la entidad accionada, debía pagar a la demandante las diferencias causadas entre las mesadas pagadas y las reliquidadas, a partir del 16 de diciembre de 2011.

Como fundamento de su decisión, el A-quo señaló, que la situación pensional del demandante, se encontraba amparada por el régimen de transición, estipulado en el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, es decir, que su pensión de jubilación, en cuanto edad, tiempo de servicios y monto, se regía por la Ley 6 de 1945.

Respecto a la prescripción de las mesadas, indicó, que la petición del 26 de octubre de 2006, interrumpió por una sola vez el término de prescripción, que operaba hasta el 26 de octubre de 2009, por lo que como la demanda se presentó el 16 de diciembre de 2014, declaró prescritas, las mesadas pagadas con anterioridad al 16 de diciembre de 2011.

⁴ Folio 119 - 127 del cuaderno de primera instancia.

1.4.- El recurso⁵.

Con el fin de obtener la revocatoria de la anterior decisión, la parte accionada presentó recurso de apelación, en la que manifestó su desacuerdo con la posición del A quo, alegando que no es procedente el reconocimiento pensional efectuado a la actora, en los términos de la Ley 6ª de 1945 en forma integral y el Decreto 1045 de 1978, dado que el derecho pensional no se consolidó en vigencia de dicho ordenamiento, sino por el contrario, su consolidación se verificó con posterioridad a la derogatoria que le imprimió la Ley 33 de 1985, en cuya vigencia, la accionante cumplió con los requisitos para acceder a la pensión.

Adiciona, que no hay claridad del régimen que pretende la parte demandante, pues, en la reclamación administrativa se pidió la reliquidación de la pensión con base a la Ley 100 de 1993 y en sede judicial, se pretende la aplicación de la Ley 6 de 1945, *"existiendo de esta forma un indebido agotamiento de la vía gubernativa"* (Sic).

Agrega, como otro argumento de inconformidad, la condena en costas fijada por el juez de primera instancia, donde, si bien se pregona la facultad discrecional del juzgador, no se pueden desconocer los principios fundamentales de la actuación judicial, como lo es el debido proceso.

1.5.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 27 de junio de 2016, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia de 8 de abril de 2016⁶.
- Posteriormente, mediante auto de 22 de julio de 2016, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión⁷, llamado al que solo atendió

⁵ Folios 133 – 141, cuaderno de primera instancia.

⁶ Folio 4 cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folio 13 cuaderno de segunda instancia.

la parte demandante, en donde reiteró los fundamentos fácticos y jurídicos, expuestos en las distintas etapas previas⁸.

- El señor Agente del Ministerio Público delegado ante este Tribunal, emitió concepto de fondo, manifestando que el recurso de apelación no tiene vocación de prosperar, toda vez que, la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado ha sido unánime, al disponer que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, los factores salariales enunciados, no pueden considerarse de manera taxativa, de allí que, tengan que incluirse todos los factores efectivamente devengados, advirtiendo que conviene realizar los aportes que correspondan.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Problema Jurídico.

Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, considera la Sala, que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar:

-. ¿Cuál es el régimen aplicable, para calcular el salario base para liquidar la pensión de un empleado del sector público, que goza del régimen de transición consagrado en el parágrafo 2 del artículo 1º de la Ley 33 de 1985?

⁸ Folio 20-26 cuaderno de segunda instancia.

-. ¿Qué régimen aplica en la condena por concepto de costas y agencias en derecho, dentro de los procesos contenciosos administrativos?

2.3.- Análisis de la Sala.

2.3.1.- El Ingreso base de Liquidación de la Pensión de jubilación de los empleados del sector público, beneficiarios del Régimen de Transición previsto en la Ley 33 de 1985 - factores salariales de liquidación.

La Ley 6ª de 1945, en su artículo 17, literal b), estableció una pensión vitalicia de jubilación en favor de los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, en los siguientes términos:

“Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

(...)

b) Pensión vitalicia de jubilación cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30) ni exceder de doscientos pesos (\$200) en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión”.

Luego, el Decreto 3135 de 1968, varió la edad de jubilación de los varones así:

“ARTÍCULO 27. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio”.

El monto pensional del 75% fue incorporado mediante el artículo 4 de la Ley 4 de 1966, modificando en lo pertinente el literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945, con el siguiente tenor literal:

“A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.”

A su vez, los artículos 68 y 73 del Decreto 1848 de 1969, señalan:

“Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señalados en el artículo 1º de este Decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad si es mujer.

PARÁGRAFO. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación solamente se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) horas o más. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o labor no llegan al límite mínimo indicado, el cómputo se hará sumando las horas efectivamente laboradas y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga, se tomará como el de días laborados, los cuales se adicionarán con los de descanso remunerado y de vacaciones remuneradas”.

ARTÍCULO 73. CUANTÍA DE LA PENSIÓN. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin.”

Por mandato del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, no sólo se equiparó la edad de la mujer con la del varón para efectos de jubilación sino que se estableció la regla general para la pensión de los empleados oficiales de todos los niveles y se consagraron unas excepciones. Su tenor literal es el siguiente:

"El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio".

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo, las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

Parágrafo 2°. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta años (50) de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro..."

La Ley 33 de 1985, en su artículo 25, derogó los artículos 27 y 28 del Decreto Extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que le fueren contrarias, con el siguiente tenor literal:

"Esta ley rige a partir de su sanción y deroga los artículos 27 y 28 del Decreto extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que le sean contrarias."

Sin embargo, el artículo 1º, parágrafo 2 de la citada ley, estableció un régimen de transición consistente en que los empleados que llevaran un tiempo de servicio de 15 años a la fecha de expedición de la ley, podían

pensionarse con los requisitos del régimen anterior de pensiones contenido en la Ley 6 de 1945. El tenor literal de parágrafo es el siguiente:

“Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley...”.

A renglón seguido, el mismo artículo 1º de la Ley 33 de 1985, señaló expresamente en su parágrafo 3º, que:

“En todo caso, los empleados oficiales que a la vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuaran rigiendo por las normas anteriores a esta Ley.”

De conformidad con lo expresamente señalado por la Ley 33 de 1985, se concluye claramente, que a los empleados del sector oficial que a la fecha de su vigencia, hubieran cumplido 15 años continuos o discontinuos en la prestación del servicio, **se les continuarían aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad, es decir, la Ley 6 de 1945**, en todo caso, también, cuando a la entrada en vigencia de la aquella Ley, hubieran cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación. Advirtiéndose, que la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, debe tomarse como tal la fecha de promulgación de ésta y no la fecha de su expedición, toda vez que la ley no obliga, sino en virtud de su promulgación, en los términos del artículo 52 de la Ley 4ª de 1992, fecha que corresponde al 13 de febrero de 1985, según Diario Oficial No. 36856.

Ahora bien, en lo que atañe a los **factores salariales que deben tenerse en cuenta como base de liquidación pensional**, tal como acertadamente lo adujo el A quo, la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado ha sido reiterativa en precisar, que con base al principio de inescindibilidad, aplicación integral de la norma, igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, **debe aplicarse en su totalidad lo establecido en la Ley 6ª de 1945, conjuntamente con la normativa de la modificó a adicionó, en lo referente a la edad, tiempo y**

monto pensional; así lo ha enfatizado en los siguientes términos:

“Hasta antes de la expedición de la Ley 33 de 1985 la pensión de jubilación de los empleados territoriales se regía por la ley 6ª de 1945, siendo aplicable esta ley y las normas que la modificaron antes de la vigencia de la Ley 33 de 1985, como lo ha precisado esta Sección.

A pesar de que el régimen de transición establecido en la Ley 33 de 1985, sólo remite a la edad de jubilación que regía con anterioridad a su entrada en vigencia y no señaló nada en cuanto a la liquidación, **considera la Sala que en este aspecto se debe aplicar también el régimen anterior**, porque resulta más favorable al actor. De no hacerse así, se desconocería 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 la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”.

Sobre el particular, la Corte Constitucional señaló en sentencia C-168/95:

“La condición más beneficiosa para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. **De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador.** La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador” (Negritas fuera de texto).

Igualmente, el Consejo de Estado, en virtud del principio de inescindibilidad ha sostenido reiteradamente que la norma anterior aplicable debe serlo en su integridad. Al respecto, en sentencia proferida por la Subsección A, Sección Segunda de esta Corporación, de 20 de octubre de 2005, M. P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, radicado interno No. 3701-04 se sostuvo:

"El asunto se contrae a establecer si el actor tiene derecho a que se reliquide la pensión de jubilación teniendo en cuenta los factores señalados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, como lo alega la entidad demandada, o si por el contrario, la norma aplicable para dicho efecto es el Decreto 1045 de 1978, como lo pide el demandante. El actor se encuentra, como bien lo señaló el Tribunal, en el segundo supuesto pretranscrito, ya que antes de la expedición de la Ley 33 de 1985 tenía más de 15 años al servicio del Estado. Es decir, quedó inmerso en el régimen de transición de la citada Ley 33 de 1985, lo que lo colocaba fuera del ámbito de aplicación de la Ley 33. Esta Corporación en sentencias del 8 de junio y 21 de septiembre de 2000, expedientes No. 2729 y 470, Magistrados Ponentes: Drs: Alejandro Ordóñez Maldonado y Nicolás Pájaro, señaló que la aplicación del régimen anterior incluye el atinente a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, pues es de la esencia del régimen de transición, la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconoce dicho beneficio, por lo que al establecer la cuantía de la pensión con fundamento en los factores de la Ley 33 de 1985, cuando ésta normatividad no le es aplicable, es desnaturalizar el régimen de beneficio producto de la transición."

En consecuencia, el reconocimiento pensional efectuado al demandante debe sujetarse en su totalidad a lo establecido por la Ley 6ª de 1945, y las normas que la modificaron o adicionaron, en lo referente a la edad, tiempo y monto pensional, pues si se diera aplicación a una normatividad diferente, como la Ley 100 de 1993, o la Ley 33 de 1985 se estaría desmembrando el régimen transitorio.

En cuanto al monto de la pensión, la ley 6ª no previó factores a tener en cuenta para el reconocimiento de las pensiones y por tal razón el artículo 4 de la Ley 4 de 1966 dispuso:

"A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios."

El artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, con claridad señaló los factores salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación, de la siguiente forma:

"Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a. La asignación básica mensual;
- b. Los gastos de representación y la prima técnica;
- c. Los dominicales y feriados;
- d. Las horas extras;
- e. Los auxilios de alimentación y transporte;
- f. La prima de Navidad;
- g. La bonificación por servicios prestados;
- h. La prima de servicios;
- i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
- k. La prima de vacaciones;
- l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll .Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968."

En ese orden de ideas, la pensión consagrada en la Ley 6ª de 1945 se reconoce sobre los factores señaladas en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y en la Ley 4 de 1966 y por lo tanto su pensión debía ser liquidada con el setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio y conforme a los factores citados anteriormente.

Se debe precisar que el Decreto 1045 de 1978, establece unos factores salariales para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, lo cual no puede tomarse como una relación taxativa de factores, sino que es una enunciación que no impide la inclusión de otros factores devengados por el trabajador.

Para la liquidación de la pensión, se tiene en cuenta la totalidad de los factores que constituyen salario, sumas que habitual y periódicamente recibe el trabajador como contraprestación por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, como son la asignación básica, gastos de representación, dominicales y festivos, prima de servicios, entre otros, más los que reciba el trabajador, que aunque no se encuentren señalados taxativamente, sean cancelados de manera habitual como retribución de sus servicios y no las sumas que se pagan ocasionalmente que cubren riesgos o infortunios a los que el trabajador se pueda ver enfrentado, naturaleza propia de las prestaciones sociales.

No sobra precisar que existen algunas prestaciones sociales (prima de navidad y de vacaciones), que a pesar de tener esta naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar

cesantías y pensiones, pero por disposición expresa de la misma ley como lo consagra expresamente el Decreto 1045 de 1978”⁹

Del anterior planteamiento jurisprudencial, se concluye claramente que la pensión de jubilación regulada por la Ley 6 de 1945, en aplicación al régimen de transición previsto en 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, percibidos 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 aportes, la entidad que reconoce la pensión, deberá tenerlos en cuenta, pero realizará los descuentos a que haya lugar.

2.3.2.- De la condena en costas y el régimen objetivo implementado con el artículo 188 de la ley 1437 de 2011- Poder configurativo del legislador en asuntos procesales.

Se entiende por costas *“la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable y comprende, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó y a la que le deben ser reintegradas”¹⁰.*

Por lo tanto, las costas procesales se traducen en una medida desventajosa, para aquel que fue vencido en un procedimiento judicial, en beneficio de aquel que resulta vencedor, en la receptación de sus apreciaciones de hecho y de derecho, entorno al litigio desatado.

En materia contenciosa administrativa, el tema de las costas procesales no ha sido del todo pacífico, debido a la naturaleza propia de esta área del

⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 7 de octubre de 2010, Rad. No. 2002-02392-01 (0265-07), C. P.: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Anguren.

¹⁰ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil General*. Tomo I. Editorial Dupré. Bogotá-Colombia 2009.

derecho, en específico de los individuos e intereses que se encuentran en riesgo.

Al efecto, el Alto Tribunal Constitucional en Sentencia C-043 de 2004, realizó un estudio completo del tema, al resolver la controversia suscitada con la aplicación del artículo 171 del Decreto 01 de 1984 antiguo Código Contencioso Administrativo y el régimen subjetivo en materia de costas procesales.

En dicha decisión judicial, la Corte Constitucional abarca la exequibilidad de la norma en comento, estableciendo los regímenes que han gobernado la tasación de las costas procesales a lo largo de nuestra historia legislativa, destacando un régimen subjetivo derivado del comportamiento del vencido y un régimen objetivo caracterizado por el solo hecho de ser vencido¹¹, resaltando una variedad interpretativa en materia contenciosa administrativa, que dependía de la conducta desplegada por las partes y del tema abordado (nulidad, reparación, contractual, etc.)

Ahora bien, la Ley 1437 de 2011, derogó las disposiciones contenidas en el Decreto 01 de 1984 y en materia de costas procesales, en su artículo 188 estableció:

“Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

Por consiguiente, del estudio de la norma se observa, la configuración de un régimen de carácter objetivo, el cual desde su verbo rector “dispondrá”, que según su significado es “colocar, poner algo en orden y situación conveniente/ mandar lo que ha de hacerse”¹², existe una tasación de la condena, con su respectiva liquidación y ejecución, de conformidad con la

¹¹ Propio de este régimen es el dispuesto por el Código de Procedimiento Civil en sus artículos 392 y siguientes.

¹² <http://www.rae.es/drae/srv/search?id=IwJvh1m1PDXX2G9DnACY>.

remisión efectuada al Código General del Proceso¹³, el cual no determina una condición subjetiva, para la materialización de las erogaciones procesales en estudio, pregonándose por un régimen objetivo propio de dicha jurisdicción, existiendo solo una exclusión de las costas cuando el asunto sea de interés público¹⁴.

Considerándose en últimas, que bajo los argumentos del poder configurativo del legislador en asuntos procesales¹⁵, la determinación de condenar en costas, bajo un régimen objetivo en materia contenciosa administrativa, es procedente bajo la nueva redacción normativa consignada en el artículo 188 de la ley 1437 de 2011, siendo un imperativo para el juez, conforme el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

De manera que con base en el marco normativo y las pautas jurisprudenciales antes transcritas, procede el Despacho a resolver el asunto sometido a estudio.

2.3.3.- Caso concreto.

En el *sub lite* se encuentra demostrado de conformidad con el acervo probatorio que reposa en el expediente, los siguientes supuestos fácticos relevantes:

-. Mediante Resolución No. 14630 del 6 de diciembre de 1985, la extinta Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL - le reconoció a la señora **ANTONIA ISABEL VERGARA VITOLA** pensión de jubilación, efectiva a partir del 1º de agosto de 1984, tomando como base el 75% del salario promedio mensual

¹³ Código General del Proceso, Artículo 365.1, que reza: "1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código...".

¹⁴ Inciso 2º artículo 361 del CGP. "Las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente, de conformidad con lo señalado en los artículos siguientes".

¹⁵ Ver entre otras. Corte Constitucional. Sentencia C-632 de 2012. M. P. Dr. Mauricio González Cuervo.

devengado, con inclusión de los siguientes factores salariales: salario básico, prima de navidad, prima de servicios, prima de alimentación, auxilio de transporte y bonificación¹⁶.

-. A través de Resolución No. 50603 del 6 de octubre de 2008, la extinta Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL -, le negó a la accionante la reliquidación de su pensión, que había solicitado a través de escrito de fecha 26 de octubre de 2006¹⁷.

-. La señora **ANTONIA ISABEL VERGARA VITOLA**, prestó sus servicios en el Instituto Nacional Simón Araujo de Sincelejo, en calidad de Auxiliar de Servicios Generales, desde el 5 de febrero de 1966 hasta el 31 de julio de 1986. Su última asignación básica mensual devengada fue la suma de \$16.815¹⁸.

-. La accionante devengó durante su último año de servicios - *1º julio de 1985 – 1º julio de 1986* -, además del sueldo básico mensual los siguientes factores salariales: prima de antigüedad, prima de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados y prima de servicios¹⁹.

De ahí que pueda concluirse, que la señora **ANTONIA ISABEL VERGARA VITOLA** se encuentra cobijada por el régimen de transición, previsto en el parágrafo 2 del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta que a la fecha de entrada en vigencia de la citada ley, 13 de febrero de 1985, contaba con más de 15 años de servicios; en tales condiciones, le es aplicable el régimen pensional anterior al cual se encontraba afiliada, esto es, la Ley 6 de 1945, pese a que su status lo adquirió en vigencia de la Ley 33 de 1985.

¹⁶ Folios 18-19 cuaderno de primera instancia.

¹⁷ Folios 20 – 21 cuaderno de primera instancia.

¹⁸ Según constancia suscrita por el Rector y Pagadora del plantel, visible a Fl. 17 cuaderno de primera instancia.

¹⁹ Según constancia suscrita por el Rector y Pagadora del plantel, visible a Fl. 14 cuaderno de primera instancia. En esta misma constancia se establece que la demandante, tenía el carácter de empleada nacional.

Ahora bien, como quiera que la controversia no se centra en el reconocimiento pensional, sino en los factores salariales a tener en cuenta a efectos de la reliquidación pretendida, es menester entonces reiterar como bien se deja sentado en apartes precedentes, que los factores que sirven de sustento a la liquidación de la mesada pensional, consignados en la ley, son meramente enunciativos, por lo cual, el ingreso base de liquidación, debe ser dado por aquellas sumas que percibe el trabajador, de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que le sean dadas.

Así pues, se ilustra a continuación en un gráfico comparativo los factores devengados por el actor durante el último año de servicios y los factores tenidos en cuenta en la resolución de reconocimiento de la pensión de jubilación:

Factores Salariales devengados – Año 1º julio de 1985 – 1º julio de 1986.	Factores salariales incluidos en la Resolución No. 14630 del 6 de diciembre de 1985.
Asignación Básica	Asignación Básica
Prima de antigüedad	-
Prima de alimentación	Prima de alimentación
Auxilio de transporte	Auxilio de transporte
Bonificación por servicios prestados	Bonificación
Prima de servicios	Prima de servicios
-	Prima de Navidad

Teniendo en cuenta lo anterior, advierte la Sala, que la entidad demandada omitió a través del acto de reconocimiento pensional, la liquidación de la pensión con el factor salarial de **prima de antigüedad**, devengado por el accionante durante el último de servicio *1º julio de 1985 – 1º julio de 1986*.

En ese orden, dando respuesta al primer planteamiento jurídico propuesto, se avizora que la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL “UGPP**, debe liquidar la pensión de jubilación del demandante, incluyendo además de la

asignación básica, la prima de antigüedad, con la salvedad que, si sobre dicho factor no se han hecho aportes, la entidad podrá compensarlos, cuando realice el pago de las respectivas mesadas.

Dejándose a un lado el cargo de falta de claridad del régimen que pretendía la accionante, alegado en el recurso de apelación, ya que, el mismo no tiene vocación de prosperidad, toda vez que, es la entidad accionada en quien recae el deber de interpretar y aplicar el régimen jurídico correcto y vigente, al momento de reconocer prestaciones pensionales y sus eventuales reliquidaciones, a fin de precaver controversias en el campo judicial.

De otro lado, en consideración a la **condena en costas y agencias en derecho** impuesta por el A quo, se estima, que la misma corresponde a un régimen objetivo, conforme al novedoso parámetro establecido en el artículo 188 del CPACA, de modo que, por el solo hecho de haber prosperado en su totalidad, las pretensiones de la demanda y por tanto, resultar vencido en el proceso, la UGPP demandada, debe soportar la carga impositiva de asumir las costas y agencias en derecho, que el juez considere, en consecuencia, al estar dicha imposición de esa carga, dentro de un régimen objetivo y estar en cabeza, en este caso, del vencido en la controversia, el juez, no tiene la necesidad de realizar mayores elucubraciones, en donde se analicen las circunstancias subjetivas del vencido procesalmente, para detectar la procedencia o no de esa carga.

En consecuencia, se tendrá por no próspero, el cargo esbozado en el recurso de alzada, tendiente a que se le exonere a la demandada, de la condena en costas impuesta por el A quo, de ahí, que no hay lugar a revocar la decisión recurrida, en tal sentido.

3. CONDENA EN COSTAS. SEGUNDA INSTANCIA

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1º 2º y 3º del artículo 365 del Código General del Proceso, se

condenará en costas a la parte demandada y se ordenará su liquidación, de manera concentrada, por el juez *a quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo, lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

4.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia adiada 8 de abril de 2016, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Sincelejo, de conformidad con las razones señaladas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada. En firme la presente providencia, por el *A quo*, de manera concentrada, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C.G.P.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFIQUÉSE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobada en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 152/2016

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA