



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA SEGUNDA DE DECISIÓN

Sincelejo, veinticinco (25) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-007-2014-00074-02-02
DEMANDANTE: SIXTO ELIECER PALENCIA HERNÁNDEZ
DEMANDADO: 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 de fecha 13 de mayo de 2016, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

El señor **SIXTO ELIECER PALENCIA HERNÁNDEZ**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra **LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"**, con el fin que se declare, la nulidad de la Resolución No. RDP 036558 del 12 de agosto de 2013 y la Resolución No. PAP 035256 del 27 de enero de 2011.

¹ Folios 36 - 37 del cuaderno de primera instancia.

A título de restablecimiento del derecho, solicita el actor se ordene a la parte demandada, a reconocer y pagar la reliquidación de su pensión de vejez, en un 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales.

Así mismo, se condene a reconocer y pagar los respectivos ajustes anuales, la corrección monetaria con base en el índice de precios al consumidor – IPC y los intereses moratorios sobre las acreencias adeudadas, desde la fecha en que se hizo exigible la obligación hasta que se efectúe el pago.

1.2.- Hechos de la demanda²:

El actor Sixto Eliecer Palencia Hernández, nació el 6 de abril de 1950 y prestó sus servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, desde el 1º de febrero de 1979 al 31 de diciembre de 2007, desempeñando como último cargo, el de Guardián Superior 213-07 y recibiendo como último sueldo la suma de \$970.501.00.

De conformidad con el certificado expedido por la Pagaduría del DAS, el actor devengó en el último año de servicios (1º de enero a 31 de diciembre de 2007) los siguientes factores salariales: asignación básica, prima de riesgo, prima de vacaciones, subsidio de alimentación, sueldo de vacaciones, bonificación de servicios prestados y prima de servicios de navidad.

Mediante Resolución No. 026156 de mayo 31 de 2006, la Caja Nacional de Previsión Social "EICE", reconoció a favor del actor una pensión de jubilación por la suma de \$674.716.00, efectiva a partir del 1º de noviembre de 2005, previo a demostrar el retiro definitivo del servicio.

El señor Sixto Eliecer Palencia Hernández fue retirado del servicio mediante Resolución No. 1513 de diciembre 12 de 2007, a partir del 1º de enero de 2008.

² Folios 37 – 39 del cuaderno de primera instancia.

Mediante Resolución No. 1516 de enero 21 de 2009, se reliquidó la pensión de jubilación por retiro definitivo del servicio, con base en el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, tomando únicamente como factor salarial, la asignación básica y la bonificación por servicios prestados.

Contra el anterior acto administrativo, se interpuso recurso de reposición; sin embargo, fue confirmado por medio de la Resolución No. PAP 035256 del 27 de enero de 2011.

El 14 de abril de 2013, el demandante radicó ante la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP-, solicitud de reliquidación de su mesada pensional, pero esta entidad, mediante Resolución No. RDP 027737 de junio 19 de 2013, resolvió negar tal pedimento.

1.3. Contestación de la demanda.

La Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social “UGPP”³, se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que carecían de fundamento jurídico y probatorio. En cuanto a los hechos señaló, que en su mayoría eran ciertos.

Propuso las siguientes excepciones:

- Ineptitud sustantiva de la demanda por indebida individualización de las pretensiones: toda vez, que el actor no demandó los actos principales, esto es, la Resolución No. 1516 de enero 21 de 2009, que reliquidó la prestación pensional y la Resolución No. RDP 027737 de junio 19 de 2013, mediante la cual, se negó una nueva la reliquidación de la pensión; sino que demandó la anulación de la Resolución RDP 036558 de agosto 12 de 2013 y de la

³ Folios 119 - 125, del cuaderno de primera instancia.

Resolución PAP 035256 de enero 27 de 2011, las cuales resolvieron recursos de reposición, que se interpusieron contra los mencionados actos.

Así las cosas, no era dable demandar, únicamente, los actos confirmatorios sin demandarse los principales, los cuales contienen la voluntad unánime de la administración, sobre un tema que es independiente al que resuelve el recurso de reposición; por consiguiente, no se podía decidir en la sentencia judicial, la nulidad del acto principal, sino fue solicitado y de hacerse, significaría un fallo extrapetita.

- Legalidad de los actos acusados: puesto que al quedar el demandante incorporado a las reglas estatuidas en la Ley 100 de 1993, resultaba dable que le cobijaran las normas que estuvieren vigentes a la fecha en que se consolidó el status de pensionado. Siendo así, el Decreto 1158 de 1994, señaló, taxativamente, los factores salariales sobre los cuales se cotizaba para efectos de acceder a una pensión, por tanto, los factores que pretendía la parte actora le fueran incluidos dentro de la reliquidación, no se encontraban relacionados en dicha norma, por lo que no resultaba procedente acceder a lo pedido.

De igual forma, se opuso a la inclusión de la prima de riesgo dentro de la reliquidación pretendida, pues, conforme los Decretos 446 de 1994 y 611 de 2007, tal emolumento no constituía factor salarial.

- Cobro de lo no debido, respecto de la pretensión contenida en el numeral 4º de la demanda, señaló que la misma carecía de viabilidad jurídica, pues, no se podía pretender el pago de los intereses moratorios que trataba la Ley 100 de 1993 – art. 141, en tanto, no se evidenciaba mora en el pago de la mesada pensional, ya que lo discutido, tan solo era el pago de unas diferencias respecto al monto de la prestación.

- Prescripción trienal: sin que se entendiera como allanamiento a las pretensiones, solicitó se declarara la prescripción extintiva de ciertas

mesadas, que se causaron con posterioridad a la fecha en que se hizo efectiva la respectiva prestación.

1.3.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Sincelejo, mediante sentencia de mayo 13 de 2016, declaró la nulidad de los actos acusados, mediante los cuales se negó la reliquidación de la pensión de jubilación al actor.

Como consecuencia de lo anterior, condenó a la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP", a reliquidar la pensión de jubilación reconocida al señor Sixto Eliecer Palencia Hernández, incluyendo en su cálculo, la totalidad de los factores salariales, devengados en el último año de servicios y la condenó, a pagar las diferencias a que hubiere lugar, luego de la respectiva reliquidación.

Así mismo, declaró probada la excepción de prescripción del derecho a recibir el pago del reajuste de las mesadas, causadas con anterioridad al 17 de abril de 2010.

Como fundamento de su decisión, el A-quo señaló, que estaba probado que el demandante prestó sus servicios al suprimido Departamento Administrativo de Seguridad DAS, desde el 1º de febrero de 1979 hasta el 31 de diciembre de 2007, en el cargo de Guardián Superior 213-07. De manera que no podía estar cobijado por el régimen especial, contemplado para los empleos del DAS, con funciones consideradas como de alto riesgo.

Así las cosas, el actor, para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía más de 40 años de edad y más de 15 años de servicio, por tanto, al reunir los requisitos dispuestos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debía aplicársele el régimen pensional anterior para

⁴ Folios 173 - 182, cuaderno de primera instancia.

los empleados públicos del orden nacional, es decir, el contenido en la Ley 33 de 1985 y demás normas concordantes.

Igualmente indicó, que de los certificados de pago de salarios del actor se vislumbraba, que devengó durante el último año de servicio, además de la asignación básica mensual y la bonificación por servicios, lo siguientes factores salariales: prima de riesgo, prima de vacaciones, subsidio de alimentación, prima de servicio y prima de navidad, las cuales debieron ser incluidas en la liquidación de la pensión que le fue reconocida al actor.

1.4.- El recurso⁵.

Inconforme con la decisión de primer grado, la **Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP"**, la impugnó, a fin de que sea revisada en esta instancia.

Manifestó, que no era procedente el reconocimiento pensional efectuado al actor en los términos de la Ley 33 de 1985 en forma integral, dado 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 el actor cumplió con los requisitos para pensión.

Hizo referencia a lo estatuido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para señalar que era claro, que las personas que se hacían beneficiarias del régimen de transición, por reunir las condiciones que dicho régimen establecía, se les tendría en cuenta para su reconocimiento pensional, la edad, el tiempo de servicio o las semanas cotizadas y el monto de pensión del régimen anterior.

⁵ Folios 197 – 205, cuaderno de primera instancia.

Así mismo, trajo a colación los criterios jurisprudenciales de las Altas Cortes, en cuanto a la interpretación del régimen de transición, invocándose, el pronunciamiento de unificación, previsto en la sentencia C-230 de 2015.

A su vez indicó como 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 18 de julio de 2016, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia de 13 de mayo de 2016⁶.
- Posteriormente, mediante auto de 31 de agosto de 2016, se ordenó el traslado de alegatos⁷.

1.6.- Alegatos de Conclusión.

La parte demandante: No alegó en esta instancia procesal.

La parte demandada⁸: reiteró los argumentos expuestos en el escrito de apelación.

El Ministerio Público⁹: No emitió concepto de fondo, en esta instancia procesal.

⁶ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folio 13, cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folios 19 - 23, cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folio 24, cuaderno de segunda instancia.

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.

Los problemas jurídicos a desatar en esta segunda instancia, se circunscriben en determinar:

- . ¿Hay lugar a la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante, incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios?

- . ¿Rige el régimen objetivo, 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.- Régimen pensional de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad DAS.

En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 5 de 1978¹⁰, el Presidente de la República, mediante Decreto 1047 de 1978 adoptó el régimen de pensión vitalicia de jubilación para quienes

¹⁰ "Por el (sic) cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para modificar escalas de remuneración, revisar sistemas de clasificación y nomenclatura de empleos, y dictar otras disposiciones en materia de administración de personal."

desempeñaban funciones de dactiloscopistas en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 1o. Los empleados públicos que ejerzan por veinte años continuos o discontinuos las funciones de las dactiloscopistas en el Departamento Administrativo de Seguridad, y que hayan aprobado el curso de formación en dactiloscopia impartido por el instituto correspondiente de dicho Departamento, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación cualquiera sea su edad.

ARTÍCULO 2o. Los empleados públicos que hayan aprobado el curso a que se refiere el artículo anterior y que permanezcan al servicio del Departamento Administrativo de Seguridad por un término no menor de 18 años continuos en el desempeño de funciones de dactiloscopista, tendrán derecho a la pensión de jubilación al cumplir 50 años de edad, siempre que para esta época fueren funcionarios de ese Departamento.

ARTÍCULO 3o. Para los fines del presente Decreto se entiende por dactiloscopista el empleado público que en forma permanente y continua, recoge, analiza, interpreta, confronta y clasifica huellas digitales con fines investigativos o de identificación, o desarrolla cualesquiera de las diferentes actividades técnicas que deben cumplir los dactiloscopistas en su condición de miembros de la Policía Judicial y como auxiliares de la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público en la investigación de hechos delictivos.(...).”.

Con posterioridad, el Presidente de la República mediante el Decreto 1933 de 1989, estableció el régimen prestacional especial para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad. En relación con la pensión de jubilación, el artículo 10 del citado decreto, dispuso:

“ARTÍCULO 10. PENSIÓN DE JUBILACION. *Las normas generales sobre pensión de jubilación previstas para los empleados de la administración pública del orden nacional se aplicarán a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad.*

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

Respecto a los factores a tener en cuenta para liquidar las pensiones, el artículo 18, de la citada normatividad, dispuso:

“FACTORES PARA LA LIQUIDACIÓN DE CESANTIA Y PENSIONES. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad se tendrán en cuenta para su liquidación, los siguientes factores:

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

Como se ve, este último decreto reguló lo concerniente al régimen pensional de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, señalando, en primer lugar, i) **que las normas generales sobre pensiones de jubilación previstas para los empleados de la administración pública en el orden nacional resultaban aplicables a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, y, en segundo lugar, ii) que para el caso de los dactiloscopistas en los cargos de detectives agentes o especializados, y detectives en general le resultaba aplicable lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 1047 de 1978, previendo en todo caso en su artículo 18 los factores salariales a tener en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, IBL, de la pensión de jubilación prevista en su artículo 10¹¹.**

¹¹ Ver sentencia del 1 de agosto de 2013, del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Radicación número: 44001-23-31-000-2008-00150-01 (0070-11), Actor: Héctor Enrique Duque Blanco, Demandado: Caja Nacional de Previsión Social. C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

2.3.2.- El Ingreso base de Liquidación de la Pensión de jubilación de los empleados del sector público, beneficiarios del Régimen de Transición - factores salariales de liquidación cobijados por el régimen general en el DAS.

El Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ha reiterado en sendas jurisprudencias, que de conformidad con el régimen de transición de la ley 100 de 1993, aquellas personas cobijadas por el mismo, tienen derecho a que su pensión, sea liquidada de conformidad con el régimen vigente al momento de adquirir su estatus para alcanzar su pensión, con miras a no vulnerar el principio de inescindibilidad, aplicación integral de la norma, igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral¹².

Indicándose, que el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, constituye un mecanismo de protección establecido por el Legislador, para regular el impacto del tránsito legislativo en materia pensional, de manera que el mismo, no afecte desmesuradamente a quienes si bien no han consolidado el derecho a la pensión por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa válida de obtenerlo, conforme al régimen que les venía cobijando por estar próximos a su consumación.

La previsión legal de un régimen de transición en el marco de un nuevo sistema pensional, implica, para quienes a la entrada en vigencia del mismo reúnen los supuestos de hecho allí establecidos (edad o tiempo servido), el reconocimiento de su derecho pensional con fundamento en el régimen anterior al que se encontraban afiliados, es decir, el mantenimiento de las

¹² Es de anotarse en este caso, que el régimen especial sobre factores de cotización que contiene el Decreto 1933 de 1989, fue dictado el 28 de agosto de 1989, fecha que resulta posterior a la de las Leyes 33 y 62 de 1985, cuya vigencia es requerida erradamente en este asunto. De ello se concluye, sin desvirtuar lo pretendido, que cuando el actor adquirió el derecho a pensión de jubilación, para él no aplicaba en materia de factores, la Ley 33 de 1985, que modificó normas generales anteriores a su vigencia, sino el ya citado decreto.

condiciones bajo las que aspiraban a concretar su derecho pensional, pues, ello hace razonable su configuración legal.

Conforme a lo expuesto, el propósito del legislador fue reconocer los derechos adquiridos y las expectativas de quienes se encontraban próximos a alcanzar las prestaciones establecidas en normas anteriores, siempre y cuando, al entrar en vigencia el nuevo ordenamiento jurídico, tuvieran 35 años de edad o más si son mujeres, 40 años o más de edad si son hombres y 15 años o más de servicios cotizados.

Luego entonces, en tratándose de empleados del DAS y con miras al caso concreto, el régimen anterior que resulta aplicable es el Decreto 1933 de 1989, deduciéndose sin ambages, que el Decreto en mención, estipuló condiciones especiales en materia de pensión de jubilación, en los tres aspectos relevantes a la adquisición del derecho: **La edad, el tiempo de servicios y el monto o valor de la mesada.**

De ahí que, en cuanto al monto de la mesada pensional, específicamente de los factores que se deben imputar para liquidar el derecho, el artículo 18, que aplica para todos los empleados del D.A.S., define cuales conceptos deben ser incluidos en la base de liquidación del derecho. Por ello, la entidad debió considerar los factores que el citado artículo 18 relacionado y no son de recibo, desde ya se anuncia, las razones esgrimidas en apelación, para negar la aplicación del régimen especial al demandante, en materia del monto de la mesada pensional.

Claro está, que es pertinente advertir que las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes, significa que aun cuando se trate de una pensión de régimen especial, el empleado está obligado a pagar los respectivos aportes sobre todos los factores, que según el mismo régimen deben tenerse en cuenta para la determinación de la base, obligación que por lo demás, si no se cumple por cualquier motivo, no da lugar a que se niegue la inclusión de determinado factor, sino a que al

momento del reconocimiento, la entidad de previsión haga los descuentos correspondientes, como ya lo precisó, de tiempo atrás, el Honorable Consejo de Estado en sentencia de octubre 28 de 1993, Ponente: Doctora Dolly Pedraza de Arenas.

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.”*¹³

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 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.

¹³ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil General*. Tomo I. Editorial Dupré. Bogotá - Colombia 2009.

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 la historia legislativa del país, destacando un régimen subjetivo, derivado del comportamiento del vencido y un régimen objetivo, caracterizado por el solo hecho de ser vencido¹⁴, 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.”¹⁵, existe una tasación de la condena, con su respectiva liquidación y ejecución, de conformidad con la remisión efectuada al Código General del Proceso¹⁶, 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 público¹⁷.

¹⁴ Propio de este régimen, es el dispuesto por el Código de Procedimiento Civil, en sus artículos 392 y siguientes.

¹⁵ <http://www.rae.es/drae/srv/search?id=lwJvh1m1PDXX2G9DnACY>.

¹⁶ Código de Procedimiento Civil, Artículo 392 numeral 1º reza: “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.”

¹⁷ 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”.

Considerándose en últimas, que bajo los argumentos del poder configurativo del legislador en asuntos procesales¹⁸, 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 CPACA, en donde además, se debe liquidar en la sentencia, lo referente a las agencias de derecho, como parte integral del concepto reiterado.

2.3.3. Caso concreto.

Aterrizando al caso concreto, limitado a su vez, de conformidad con lo señalado en los arts. 320 y 328 del C. G. del P., por remisión expresa del art. 306 del CPACA, se tiene que vistas las consideraciones de las partes, la problemática del asunto se limita a una colisión de interpretaciones sobre el IBL, que debe ser tenido en cuenta para una pensión de vejez, reconocida en virtud del régimen de transición –Art 36 Ley 100 de 1993-¹⁹.

Sin que tampoco exista discusión sobre los emolumentos devengados por el actor, durante el último año de la prestación de sus servicios, a más de su asignación básica y la bonificación por servicios, esto es, **prima de riesgo, prima de vacaciones, subsidio de alimentación, sueldo de vacaciones, prima de servicio y prima de navidad**, máxime cuando tal eventualidad de orden fáctico, se puede constatar con la certificación suscrita por la Pagadora de la Seccional DAS en Sucre, visible en el archivo 47 de los antecedentes administrativos, contenidos en el Cd visible a folio 115 del cuaderno de primera instancia.

¹⁸ Ver entre otras. Corte Constitucional. Sentencia C-632 de 2012. C. P. Dr. Mauricio González Cuervo.

¹⁹ Se destaca que en el presente asunto, se encuentra probado, que el actor para el 1º de abril de 1994, tenía más de 40 años de edad y prestó sus servicios por más de 20 años de servicios, a una entidad del sector estatal – DAS (Ver folio 115 del Cuad. de 1ra Inst. CD antecedentes administrativos).

Luego entonces, la decisión de primera instancia debe ser confirmada, toda vez que se encuentra acreditado, que el demandante, efectivamente, es beneficiario del régimen de transición, previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, siéndole aplicable las disposiciones normativas ya señaladas, pues, como se deja sentado en apartes precedentes, la jurisprudencia ha reiterado de manera clara y precisa, 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.**

Por lo tanto, en el caso puesto a consideración, la Sala advierte, que la interpretación dada en cuanto a los factores a tener en cuenta, a la hora de liquidar la pensión de vejez reconocida al señor SIXTO ELICER PALENCIA HERNÁNDEZ, no es la coherente, con la línea jurisprudencial esbozada.

En efecto, de las documentales aportadas se tiene, que de los factores devengados en el último año de servicios, a más de la asignación básica Y la bonificación por servicios prestados, se deben incluir los siguientes factores como IBL, a fin liquidar la pensión de vejez reconocida, a saber: **prima de riesgo²⁰, prima de vacaciones, subsidio de alimentación, prima de servicio y prima de navidad**, conforme lo expuesto en el acápite que antecede; de allí que a *contrario sensu* de lo manifestado por la demandada, la valoración liquidatoria, de cara a la inclusión de estos factores, permite concluir, que el régimen pensional dispuesto por el Decreto 1933 de 1989, es más favorable, para los intereses del actor²¹.

²⁰ Conforme lo señalado por el Honorable Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación de 1º de agosto de 2013, proferida dentro del expediente con radicación interna 0070-2011, se tiene que la prima de riesgo, goza de naturaleza salarial en asuntos pensionales. Así mismo, la citada Corporación en sentencias del 16 de abril de 2015, expediente con radicación N° 2014-04249-00, y del 6 de agosto de 2015, expediente con radicación N° 2014-04249-01, reconoció igualmente la prima de riesgo como factor salarial.

²¹ Como bien lo dijo el A-quo, el sueldo de vacaciones corresponde a un descanso remunerado para el trabajador, por lo tanto, no es posible computarlo para fines pensionales.

En razón de lo antes anotado, esta Colegiatura insiste, que acertó la Juez A quo, al declarar la nulidad de los actos administrativos acusados, en lo que respecta a la reliquidación pensional, toda vez que los mismos, no tuvieron en cuenta lo dispuesto en el régimen pensional que cobija al actor, interpretada conforme la línea jurisprudencial descrita, en donde la pensión, debió ser liquidada **en cuantía del 75%, del promedio de los factores salariales y demás sumas de dinero, que reciba el trabajador como contraprestación directa de sus servicios, percibidos durante el último año de servicios y que sirvieron de base para realizar los aportes.**

En ese orden, dando respuesta al primer planteamiento jurídico propuesto, se avizora que la **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES "UGPP"**, debe liquidar la pensión de jubilación del demandante, incluyendo además de la asignación básica y la bonificación de servicios prestados, los factores salariales devengados en el último año de servicios, como lo es la prima de riesgo, prima de vacaciones, subsidio de alimentación, prima de servicio y prima de navidad, con la salvedad que, sí sobre dichos factores no se han hecho aportes, la entidad podrá **compensarlos**, cuando realice el pago de las respectivas mesadas.

En este punto, es pertinente anotar, que con la presente decisión, este Tribunal **se aparta** respetuosamente del contenido de la sentencia SU – 230 de 2015, proferida por la Corte Constitucional, tal como lo ha realizado en varias de sus decisiones²² y que hoy se reiteran e integran como argumentos a la presente decisión, sin necesidad de transcripción, pues, resulta fácil su consulta en la página web de este tribunal, máxime cuando la posición que se ha adoptado, finalmente, ha sido asumida por el Honorable Consejo de Estado, que en **sentencia unificada** de la Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, de fecha 25 de febrero de 2016²³, manifestó:

²² Ver Sentencias del 4 de febrero de 2016, Expedientes 2013-00271-01/2016-00363-01; Sentencia de 30 de marzo de 2016, expediente 2015-00135-00; sentencia 3 de marzo de 2016, expediente 2013-00247-01; entre otras; M. P. Dr. Rufo Arturo Carvajal Argoty.

²³ Expediente con radicación interna 4683-2013. C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

“Ahora bien, en punto de los factores salariales de la liquidación de la citada prestación pensional, en tesis mayoritaria de la Sala Plena de esta Sección, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010²⁴. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, la Sala concluyó que se deben tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el demandante durante el último año de servicio.

En este último punto, y en consonancia con lo dispuesto por el Tribunal, cabe decir, que en virtud a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1 de la Ley 62 de 1985, la liquidación de la pensión debe estar de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, regla a la que están obligados todos los servidores públicos, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional. Lo anterior significa, que si no han sido objeto de descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes.

Tal ha sido la filosofía del legislador, que actualmente se ha elevado a rango constitucional a través del Acto Legislativo 1 de 2005, en el sentido de establecer que para efectos de la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Máxima que implica, a partir del año de 2005, que sobre todos los factores que constituyen base para liquidar la pensión deban realizarse los respectivos aportes, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, como también lo ha señalado la Sala²⁵...

Quiere en esta oportunidad el Consejo de Estado señalar que, de conformidad con lo expuesto y como se expresó con anterioridad en esta providencia, el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%). La única excepción

²⁴ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto en la referida sentencia, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores salariales contenidos en la leyes 33 y 62 de 1985 para el sector oficial. Pese a tal discrepancia, la Sección Segunda, en forma unánime, ha reconocido que la sentencia del 4 de agosto de 2010 constituye sentencia de unificación jurisprudencial y en tal carácter la ha aplicado, tanto en sentencias de segunda instancia, como en el mecanismo de extensión de jurisprudencia, al igual que en sentencia de tutela contra providencias judiciales”.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub Sección B, sentencia de 6 de noviembre de 2014. M. P. Gerardo Arenas Monsalve. Exp. No. Interno 3155-2013.

a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4° de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013, pues conforme a la parte resolutive de la referida sentencia de control constitucional, "las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL), aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso".

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

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

Acorde con lo anterior, este Tribunal igualmente se aparta del precedente de la Honorable Corte Constitucional en sentencia **SU-427 de 2016**, en cuanto a interpretación del cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas previstas en la Ley 100 de 1993 y reitera lo dicho en sentencia del 4 de noviembre de 2016²⁶, cuando señaló:

²⁶ Sentencia proferida por la Sala Tercera de Decisión Oral. Radicación No. 70-001-33-33-004-2015-00106-01, Demandante: Marly del Cristo Manjarres de Reyes, Demandado: U.G.P.P. M. P. Dra. Silvia Rosa Escudero Barboza.

“Sobre este particular, ha de expresarse por parte del Tribunal que la pensión es un derecho de contenido social y un derecho humano, a la luz de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia, en especial de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988 (estos dentro del sistema Interamericano de Derechos Humanos), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (dentro del sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos) y el Texto de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.

Los anteriores instrumentos internacionales, hacen parte del Bloque de Constitucionalidad y consagran la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro de los que se puede clasificar las pensiones²⁷. En virtud de ello, se ha inferido un principio aplicable a la protección de los derechos objeto de pronunciamiento, y es la prohibición de regresividad, por lo tanto, en los Estados partes de estos instrumentos internacionales, no pueden existir medidas legislativas o interpretativas que vayan en contra de las conquistas de los trabajadores, normas de carácter internacional que no hacen otra cosa que materializar el Estado Social de Derecho y los fines del Estado (artículos 1 y 2 de la C.P.)”.

Por lo tanto, sin mayores deliberaciones y una vez realizadas las anteriores anotaciones, esta Sala de Decisión, procederá a confirmar la providencia de primera instancia, en lo que atañe a la interpretación asumida para la aplicación en debida forma del IBL, reafirmando en la posición que desde

²⁷ El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, consagra: “Artículo 11. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.” Por su parte el Protocolo de San Salvador, en su artículo 1, consagra: “Artículo 1. Obligación de Adoptar Medidas. Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.” Adicionalmente, este protocolo, establece el derecho a la seguridad social y la protección de la vejez (artículo 9) y la protección de los ancianos (artículo 17). El Texto de la Constitución de la OIT, regula en su artículo 19 numeral 8: “8. En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación.” (Negritas para resaltar). De esta norma se ha deducido la prohibición de regresividad en materia laboral, tanto desde el punto de vista legal, como de la aplicación judicial del derecho laboral.

el año 2010, se ha abierto paso en la jurisprudencia contenciosa administrativa, según las precisiones consignadas en el proveído antes referenciado, pero bajo el anterior marco normativo.

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.

3. Condena en costas - Segunda instancia.

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1º y 2º del artículo 365 del Código General del Proceso, condénese en costas a la parte demandada y liquídense, 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.

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 del 13 de mayo de 2016, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas en 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 cargo. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 00203/2016

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA