



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, ocho (08) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-003-2015-00249-01
DEMANDANTE:	MARCELIO DE JESÚS CONTRERAS BUSTAMANTE
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 adiada 27 de octubre de 2017, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1. Pretensiones¹:

El señor **MARCELIO DE JESÚS CONTRERAS BUSTAMANTE**, 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. PAP 000728 de agosto 27 de 2009, mediante la cual, la extinta CAJANAL, negó la reliquidación pensional.

¹ Folios 2 - 3 del cuaderno de primera instancia.

A título de restablecimiento del derecho, pide el demandante que se ordene a la UGPP, le reliquide su pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el periodo comprendido entre el 1º de abril de 1994, hasta el 30 de julio de 1994.

Así mismo, solicita el actor, se ordene el pago del retroactivo pensional causado en virtud de dicha reliquidación pensional, desde el 1º de noviembre de 1993, debidamente indexado.

De igual forma, solicita se hagan los reajustes de ley, teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor I.P.C. certificado por el DANE y sean reconocidos los respectivos intereses moratorios, en los términos indicados en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011.

1.2.- Hechos²:

El señor MARCELIO DE JESÚS CONTRERAS BUSTAMANTE, prestó sus servicios al antiguo Ministerio de Obras Públicas y Transporte, hoy Ministerio de Transporte y al Instituto Nacional de Vías "INVIAS".

Laboró desde el día 15 de noviembre de 1959, hasta el 30 de junio de 1994. El último lugar donde prestó sus servicios fue en el Distrito de Carreteras No. 22 de la Ciudad de Sincelejo, Sucre.

La Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL, mediante Resolución No. 015736 del 4 de septiembre de 1997, le reconoció una pensión al señor Contreras Bustamante, en cuantía de \$502.717.88, a partir del 20 de febrero de 1996.

Manifiesta el actor, que en la liquidación pensional se le tuvo en cuenta el tiempo prestado hasta el 30 de junio de 1994, pero no le incluyeron todos los factores salariales que forman parte del ingreso base de liquidación; toda

² Folios 3 - 6 del cuaderno de primera instancia.

vez, que le liquidaron con base en su último año de servicio por concepto de asignación básica y horas extras, devengados en el periodo comprendido entre el 1 de abril y el 30 de junio de 1994.

Aduce, que se le tuvo en cuenta los anteriores conceptos por valores inferiores a los realmente devengados; y se le excluyeron los demás factores, siendo que conforme certificación expedida por el INVIAS, en dicho periodo, devengó además de la asignación básica y las horas extras, los siguientes: auxilio de transporte, auxilio de alimentación, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad.

Refiere el actor, que el día 2 de marzo de 2009, presentó a la extinta CAJANAL, solicitud de reliquidación pensional, petición que le fue resuelta mediante Resolución No. PAP 000728 de agosto 27 de 2009.

Como soporte jurídico de sus pretensiones, alega como violadas las siguientes normas³: Ley 33 de 1985 y los artículos 36 y 141 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que le sean aplicables.

En el **concepto de violación**⁴, aduce, que la entidad demandada al momento de liquidar su pensión, no tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados en el periodo comprendido entre el 1º de abril y el 30 de junio de 1994, tal como lo señala el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los que incluyó, los hizo por menor valor.

En lo que se refiere a los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, señala, que la entidad pensional le está adeudando un retroactivo causado desde noviembre de 1993, por lo que debe liquidarle dicho interés sobre todos aquellos valores adeudados, desde la fecha de su causación y hasta cuando se verifique el pago de las acreencias laborales reclamadas.

³ Folio 6 del cuaderno de primera instancia

⁴ Folio 7 - 12 del cuaderno de primera instancia

1.3.- Contestación de la demanda⁵.

La Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social “UGPP”, se opuso a las pretensiones de la demanda, en razón a que es la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, las normas que regulan el derecho pensional del actor en lo que atiende a la forma de liquidar el ingreso base de liquidación, aspecto no amparado por el régimen de transición de la Ley 100. Por lo cual, insiste, en que no puede incluirse en dicho cálculo factores distintos a aquellos que se encuentran enlistados.

Propuso como excepciones de mérito las siguientes: i) inexistencia de la obligación; ii) deber de aplicación del precedente constitucional; iii) buena fe y iv) prescripción trienal.

1.4. Sentencia impugnada⁶.

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de octubre 27 de 2017, declara la nulidad de las resoluciones acusadas y en consecuencia, ordena a la UGPP a que reliquide la pensión del actor con base en lo establecido en la Ley 33 de 1985, es decir, con el 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicio, incluyendo la asignación básica, auxilio de transporte, prima de alimentación, prima de servicio, horas extras, prima de navidad y prima de vacaciones.

Así mismo, condena a la entidad demandada, a pagar las diferencias a que haya lugar luego de reconocer y liquidar la pensión de jubilación.

Declaró probada la excepción de prescripción, de aquellas mesadas causadas con anterioridad al 25 de noviembre de 2012.

⁵ Folios 101 – 106 del cuaderno de primera instancia.

⁶ Folios 130 – 138 del cuaderno de primera instancia.

Negó las demás súplicas de la demanda.

Como fundamento de su decisión, el A-quo expuso que en el presente caso, se tiene por demostrado que en el último año de servicios (1994), el señor Marcelio de Jesús Contreras Bustamante, cuando laboraba en el Instituto Nacional de Vías "INVIAS", ocupando el cargo de Chofer IV, le fueron cancelados, según certificación expedida por el Director Territorial, además de la asignación básica, el auxilio de transporte, prima de alimentación, prima de servicio, horas extras, prima de navidad y prima de vacaciones.

Así entonces, indica, que la entidad demandada a través de las Resoluciones Nos. 15736 del 4 de septiembre de 1997 (reconoce pensión) y la Resolución No. 0728 de agosto 27 de 2009 (niega reliquidación), transgredió las directrices establecidas en la norma, pues, no tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados por el demandante en el último año de servicio.

Frente al fenómeno prescriptivo, anota, que no se debe tener en cuenta la solicitud inicial de fecha 2 de marzo de 2009, pues, a la fecha de presentación de la demanda -25 de noviembre de 2015-, ya habían transcurrido más de tres años, por lo tanto, las mesadas pensionales, causadas con anterioridad al 25 de noviembre de 2012, se encontraban prescritas.

1.5.- El recurso⁷.

-. La entidad demandada - **Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - "UGPP"**, apela la decisión de primera instancia, con el fin de que la misma sea revocada.

Manifiesta, que erró el A-quo al incluir en los elementos objeto de salvaguarda de la transición, lo referente al ingreso base de liquidación, *primero*, porque en el inciso segundo, dispuso el legislador de la época, que

⁷ Folios 143 - 147 del cuaderno de primera instancia.

solo la edad, tiempo de servicios y el monto de la pensión, serían regulados de conformidad a lo establecido en el régimen anterior al que se encontraren afiliados antes de la entrada en vigencia del actual sistema de pensiones; y *segundo*, porque en el inciso tercero del artículo en mención, se dedicó a estatuir de manera clara y expresa, la forma en cómo debía ser calculado el ingreso base de liquidación.

Advierte, que el actor fijó en el tiempo la normatividad que debía gobernar su derecho pensional, la cual en efecto resulta ser la Ley 33 y 62 de 1985, no obstante a la entrada en Vigencia de la Ley 100 de 1993, el señor Marcelo Contreras, no había reunido la totalidad de los requisitos para adquirir su status pensional; entonces, ocurre el tránsito normativo y la nueva norma le indica, que aun cuando el régimen que venía gobernando su derecho pensional, ya no goza de vigencia en razón a la derogatoria de que éste nuevo sistema de pensiones le imprimió, tiene derecho por respeto a sus expectativas legítimas, a que ultractivamente se le aplique la norma que antes regía su situación pensional, solo en cuanto a los elementos de la edad, tiempo de servicio y monto de pensión.

También señala que el Decreto 1158 de 1994, señala expresamente, cuáles son los factores salariales que se deben tener en cuenta al momento de calcular el ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición; por lo cual, ordenar que se incluyan o se tengan en cuenta factores que se encuentren por fuera de la lista taxativa de este decreto.

Por otro lado, considera que no es viable la condena en costas y agencias en derecho, ya que las mismas carecen de supuestos fácticos, por lo cual solicita sean revocadas.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia. Mediante auto de 20 de abril de 2018⁸, se admitió el recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia de fecha 27 de octubre de 2017.

⁸ Folio 4, del cuaderno de segunda instancia.

- Posteriormente, a través de auto de 25 de junio de 2018⁹, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.
- La parte demandada¹⁰, reitera la postura expuesta en el escrito de apelación.
- La parte demandante no alegó en esta instancia procesal, y el señor Agente del Ministerio Público delegado ante este Tribunal, no conceptuó en esta oportunidad.

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:

¿Tiene derecho la demandante, a la reliquidación de su pensión de jubilación, teniendo en cuenta los factores salariales devengados durante el último año de servicio?

Determinado lo anterior, la Sala abordará el estudio del reparo de la imposición de costas en la primera instancia, conforme el régimen traído por la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo

⁹ Folio 8, del cuaderno de segunda instancia.

¹⁰ Folios 11 - 17 del cuaderno de segunda instancia.

Contencioso Administrativo-, a efectos de establecer si el régimen de condena debe considerarse como subjetivo, en las condiciones planteadas por el recurrente.

2.3.- Análisis de la Sala.

2.3.1.- Régimen pensional, transición Ley 33 de 1985. Aplicación de la Sentencia SU – 395 de 2017, para el caso concreto.

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 que cumplieran 50 años de edad y 20 años de servicios, con el siguiente tenor literal:

“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”.

Mediante el Decreto 3135 de 1968, artículo 27, se varió la edad de jubilación de los varones en los siguientes términos:

“Pensión de jubilación o vejez. 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:

“ARTICULO 4o. 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, preceptúan:

“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”.

ARTICULO 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 2º. 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"

El artículo 1º, parágrafo 2, ibídem, 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...””.

Ahora bien, cuando el estatus pensional se verifica antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, por ende, antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 de 2005, es pertinente preguntarse, si la interpretación contenida en la Sentencia SU – 395 de 2017, proferida por la Corte Constitucional, tiene algún tipo de repercusión que haga nugatorio la aplicación del régimen normativo que se viene comentando.

Para resolver tal inquietud, debe aceptarse que la sentencia SU – 395 de 2017, parte del supuesto del régimen que resulta aplicable a las pensiones, para lo cual, la regla es que resulta aplicable aquella norma vigente para el momento en que se produce el reconocimiento pensional, sin que haya lugar a fenómenos de ultractividad de la ley, cuando la ley regula lo relacionado con el monto pensional.

Siendo así, cuando el estatus pensional se adquiere con anterioridad a la vigencia de la nueva norma (para el caso la ley 100 de 1993 y lo dispuesto en el acto legislativo No. 01 de 2005), la expresión reconocimiento, considerada en la mencionada sentencia bajo el sino de no abuso del derecho y de derecho adquirido, tiene una connotación distinta, pues, no cabe duda que en casos como el tratado, será el estatus pensional el que brinde la connotación de reconocimiento y el hecho de haber aportado durante un muy largo tiempo (toda la vida laboral), el que deseche el abuso del derecho.

Al efecto, quien durante toda su vida laboral conllevó el derecho de aporte para efectos pensionales –no abuso del derecho- y constituyó su estatus pensional en vigencia de normatividad anterior, no cabe duda que constituyó su derecho, con ello, alcanzó la posibilidad de que el mismo sea reconocido.

Y por reconocimiento, deberá entenderse aquella expresión que subyace bajo el concepto de derecho subjetivo, más no, la sola consecuencia del formalismo de emitir un acto administrativo (subregla), que reconoce un derecho, pues, aceptarlo en tal sentido, sería tanto como privilegiar la forma sobre la sustancia, lo que se proscribe en materia laboral¹¹.

Luego, el derecho para el caso en estudio, nace con el solo hecho de alcanzar el estatus pensional, lo cual genera en el titular, la posibilidad de reclamarlo por las vías administrativas u ordinarias, resultando estas, el solo camino a efectos de que el derecho tenga sustento al interior del ordenamiento jurídico, sin constituir como ya se dijo, el derecho en sí mismo.

Se cohonesto en consecuencia, lo que sostiene la doctrina de la filosofía del derecho cuando señala:

"1 Definición de derecho subjetivo

Después de examinar las teorías sobre la naturaleza del derecho subjetivo podemos llegar a definirlo como el "poder o facultad atribuido por la norma potestativa o autoritativa al sujeto, que le permite realizar determinados actos o exigir a otros sujetos una conducta de hacer o no hacer algo, o bien de abstención y no impedimento".

1.2 Contenido de derecho subjetivo

¹¹ El art. 53 de la C. P., señala: "**ARTÍCULO 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores".

De esa definición se puede extraer los elementos que determinan su contenido: hay un elemento externo (la norma de la que procede) y dos elementos internos (el ejercicio del derecho y la pretensión, que faculta al sujeto para exigir a otros determinada conducta). El ejercicio del derecho es la finalidad básica de todo derecho subjetivo y por medio de él el sujeto puede usar o no su derecho, aunque el ejercicio del derecho no debe confundirse con la condición de renunciable o no del mismo. La pretensión se concreta en la facultad del titular de un derecho subjetivo para exigir a otro determinada conducta”¹².

En tanto se acerca más, a la consideración de derecho adquirido, bajo el manto de la ratio decidendi de la Sentencia de unificación ya mencionada, sin menoscabar los intereses de los pensionables.

De igual forma, se considera que la Sentencia de Unificación de fecha 28 de agosto de 2018¹³, proferida por el Consejo de Estado, en la que se fijó la **Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993**¹⁴, no es aplicable al presente caso, como quiera que el estatus pensional que se verifica, se consolidó antes de la entrada en vigencia de la citada ley 100. Incluso, se advierte que la parte actora se encuentra inmersa en el régimen de transición previsto en la Ley 33 de 1985, el cual no fue objeto de análisis en el citado fallo, sin que se puedan hacer extensivos sus efectos al personal cobijado por este régimen de transición.

¹² <<http://ocw.innova.uned.es/ocwuniversia/teoria-del-derecho/teoria-del-derecho/resumenes-1/tema-11-derecho-subjetivo-y-deber-juridico>>

¹³ Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01. Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. En Liquidación. C. P. César Palomino Cortés.

¹⁴ “... 94. **La primera subregla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

(...)

96. **La segunda subregla** es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones”.

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”*¹⁵.

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, en torno 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.

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

¹⁵ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil General*. Tomo I. Editorial Dupré. Bogotá - Colombia 2009.

vencido¹⁶, 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.”¹⁷, existe una tasación de la condena, con su respectiva liquidación y ejecución, de conformidad con la remisión efectuada al Código General del Proceso¹⁸, 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 público¹⁹.

Considerándose en últimas, que bajo los argumentos del poder configurativo del legislador en asuntos procesales²⁰, 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

¹⁶ Propio de este régimen, es el dispuesto por el Código de Procedimiento Civil, en sus artículos 392 y siguientes.

¹⁷ <http://www.rae.es/drae/srv/search?id=IwJvh1m1PDXX2G9DnACY>.

¹⁸ 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.”

¹⁹ 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”.

²⁰ Ver entre otras. Corte Constitucional. Sentencia C-632 de 2012. M. P. Dr. Mauricio González Cuervo.

para el juez, conforme el artículo 192 del CPACA, lo referente a las agencias de derecho, como parte integral del concepto reiterado.

2.4.- 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. 0157736 del 4 de septiembre de 1997²¹, la extinta Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL-, le reconoció al señor Marcelio de Jesús Contreras Bustamante, pensión de jubilación en cuantía de \$502.717.88, efectiva a partir del 20 de febrero de 1996, tomando como base el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 3 meses – 1º de abril de 1994 y el 30 de junio de 1994 -, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la sentencia del 20 de abril de 1995 de la Corte Constitucional.

-. La extinta Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL-, mediante Resolución No. PAP 00072 de agosto 27 de 2009²², negó la reliquidación de la pensión de jubilación del actor, por cuanto el Decreto 1158 de 1994 no establece como integrante del ingreso base de liquidación, los factores salariales solicitados por el actor; además, que tampoco tenía derecho se le aplicara el 85% consagrado en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, por cuanto el peticionario se retiró del servicio, antes de cumplir la edad requerida por dicha normatividad, es decir, 60 años.

-. El señor Marcelio de Jesús Contreras Bustamante, nació el 20 de febrero de 1941²³ y prestó sus servicios en el **Ministerio de Obras Públicas y Transporte** - Hoy Ministerio de Transporte -, en el cargo de Chofer IV, desde el 15 de noviembre de 1959 hasta el 31 de diciembre de 1993; y en el **Instituto**

²¹ Folios 19 - 22 85 del C.1.

²² Folios 23 - 28 del C.1.

²³ Según se desprende del acto de reconocimiento pensional.

Nacional de Vías “INVIAS”, desde el 1º de enero al 30 de junio de 1994²⁴; devengado durante su último año de servicios – junio de 1993 – junio de 1994 - los siguientes factores salariales: **asignación básica, auxilio de transporte, prima de alimentación, prima de servicio, horas extras, prima de navidad y prima de vacaciones**²⁵.

Ahora bien, como quiera que la controversia no radica en el reconocimiento pensional, sino en establecer los factores salariales a tener en cuenta a efectos de la reliquidación pretendida, es menester 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, derivan del concreto régimen aplicable, por lo cual, para este caso, 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, conforme la ley.

Anotándose en este punto, que el régimen pensional del demandante no corresponde al señalado por la Ley 100 de 1993, en tanto, sobre él acaece el régimen de transición de que trata el parágrafo del art. 1º de la Ley 33 de 1985, que señala:

***“Parágrafo 2º.** 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”.*

Pues ya se ha dicho, que el demandante laboró desde el 15 de noviembre de 1959 de manera continua, alcanzando el tope de los quince años en mención, el día 15 de noviembre de 1974, de ahí que el régimen pensional corresponde a aquellas normas que regían con anterioridad a la Ley 33 de 1985 y que expresamente disponían, que la liquidación de la base pensional, se hiciera con la inclusión de todos los factores salariales que percibía en su momento el empleado.

²⁴ Ver certificado suscrito por el Director Territorial del INVIAS, visible a Fl. 29 del C.1.

²⁵ Ver certificaciones de factores salariales, visibles a folios 30 - 31 del C.1.

Al efecto, para los empleados del orden nacional el régimen aplicable en materia pensional, era la Ley 6ª de 1945, extendido a los empleados territoriales conforme Decreto 2267 de 1945, artículo 1º, precepto que establecía como requisito para tener derecho a la pensión, sin distingo de sexo, llegar a la edad de 50 años y haber laborado 20 años de servicio continuos o discontinuos para el Estado.

En el aparte pertinente establecía:

“c) A pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios 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”.

Reiterado posteriormente, cuando se expide la Ley 4ª de 1966, la cual, en lo pertinente modificó el artículo 17 de la Ley 6 de 1946 y determinó que las pensiones, se liquidarían y pagarían tomando como base el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.

Al efecto dijo:

“Artículo 4º. A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación e 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”.

Más adelante, de igual manera se continua en la misma tónica, cuando se expide el Decreto 3135 de 1968 que aplicó para SERVIDORES DE LA RAMA EJECUTIVA NACIONAL DEL PODER PÚBLICO. El decreto aumentó la edad de jubilación para los hombres, quienes se pensionarían con 55 años de edad

y los mismos 20 años de servicio; mientras que las mujeres continuaron adquiriendo su derecho pensional a los 50 años de edad.

Este régimen pensional se aplicó, salvo norma legal en contrario, hasta la aparición de la Ley 33 de 1985, aplicable a empleados nacionales y territoriales.

Finalmente, el Decreto Ley No. 1045 de 1978, consagradorio de normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional, con claridad señaló los FACTORES SALARIALES para el reconocimiento de la pensión de jubilación, lo que hace aún más fuerte el argumento que se viene tratando, pues, los factores requeridos se hallan discriminados de manera expresa como tales, a efectos de liquidación de la base pensional. De esta manera, la pensión de jubilación consagrada en el Decreto Ley 3135 de 1968 se continuó reconociendo, pero sobre los FACTORES señalados en el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978 y que son:

“Artículo 45º.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. 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 tendrá 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”.

Teniendo en cuenta lo anterior, concluye la Sala, que la entidad demandada omitió a través del acto de reconocimiento pensional la

liquidación de la pensión con los factores salariales de **asignación básica, auxilio de transporte, prima de alimentación, prima de servicio, horas extras, prima de navidad y prima de vacaciones**, devengados por el accionante durante el último año de servicio (junio de 1993 – junio de 1994).

Todo lo anterior, bajo la consideración ya expresada en el marco normativo, esto es, en tanto el demandante alcanzó su estatus pensional antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 y el acto legislativo No. 01 de 2005, por ende, adquirió un derecho subjetivo al que solo le restaba la formalidad de su reconocimiento, si así puede llamarse.

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 todos los factores salariales devengados por el actor en el último año de: **asignación básica, auxilio de transporte, prima de alimentación, prima de servicio, horas extras, prima de navidad y prima de vacaciones**, con la salvedad, que si sobre dichos factores no se han hecho aportes, la entidad podrá compensarlos, cuando realice el pago de las respectivas mesadas.

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 prosperó, el cargo esbozado en el recurso de alzada, tendiente a que se le exonere a la demandada, de la condena en costas impuesta en primera instancia, 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 1° 2° y 3° 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 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.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Primera 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 27 de octubre de 2017, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, pero conforme a las razones expuestas en esta providencia.

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. del 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.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE
Aprobada en sesión de la fecha, Acta No. 0012/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA