



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JAVIER HUMBERTO PEREIRA JAUREGUI

Tunja, trece (13) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

DEMANDANTE:	ARAMINTA APARICIO LÓPEZ
DEMANDADO:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
REFERENCIA:	152383333752-2015-00070-01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	RELIQUIDACIÓN PENSIÓN
ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Conoce la Sala del Recurso de Apelación interpuesto por la apoderada judicial de la entidad demandada, contra la sentencia de 25 de noviembre de 2015, proferida en audiencia inicial por el Juzgado Administrativo Sección Única Oral de Descongestión de Duitama, mediante el cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

1.1. DEMANDA

La señora ARAMINTA APARICIO LÓPEZ, a través de apoderado judicial, instauró 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 objeto de que se hagan las siguientes:

1.1.1. Declaraciones y condenas (fls. 2-4)

Que se declare la nulidad de las **Resoluciones No. RDP 030348 de 3 de octubre de 2014**, por medio de la cual la UGPP negó la reliquidación de la pensión de vejez devengada por la demandante y **No. RDP 038493 de 19 de diciembre de 2014**, mediante la cual se resolvió un recurso de apelación interpuesto contra el acto anterior, confirmándolo en su totalidad.

Así mismo, solicitó que se declare que la demandante tiene derecho a que la accionada le reliquide la pensión que le fue reconocida mediante Resolución No. RDP 004770 de 12 de febrero de 2014, teniendo en cuenta los factores devengados en el último año de servicios.

Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **i)** se ordene a la entidad demandada a reliquidar la pensión de vejez de la demandante, teniendo en cuenta lo devengado desde el 1º de enero al 31 de diciembre de 2004, a saber: asignación básica, prima de servicios, bonificación por servicios prestados, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de vacaciones y prima de navidad, debidamente indexados al 8 de enero de 2013, de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985; **ii)** se ordene el pago retroactivo de las diferencias pensionales que resulten de reliquidar dicha prestación desde el 8 de enero de 2013 y hasta el momento en que se haga efectivo el pago; **iii)** se ordene la actualización de las sumas que se llegaren a reconocer, de conformidad con el artículo 192 del CPACA; **iv)** se ordene el reconocimiento y pago de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y conforme a la sentencia C-601 de 2000; y **v)** se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

1.1.0. Fundamentos Fácticos (fls. 4-5)

El apoderado de la parte actora, indicó que la señora ARAMINTA APARICIO LÓPEZ, nació el 8 de enero de 1958 y que laboró para la E.S.E. HOSPITAL SENEN ARENAS del Municipio de Sativanorte, en el cargo de Promotora de Salud, durante el periodo comprendido entre el 1º de junio de 1980 hasta el 13 de enero de 2005.

Manifestó que como quiera que el Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del Departamento de Boyacá, entró a regir el 30 de junio de

1995, para esa fecha la demandante ya contaba con más de 35 años de edad y 15 años de servicio, por lo que es beneficiaria del régimen de transición.

Adujo que mediante Resolución No. RDP 004770 de 12 de febrero de 2014, la UGPP le reconoció a la demandante la pensión de vejez.

Finalmente, expuso que el 25 de julio de 2014, la demandante solicitó a la entidad accionada la reliquidación de la pensión que le fue reconocida, petición que fue negada a través de la Resolución No. RDP 030348 de 3 de octubre de 2014; indicó que contra dicha decisión interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación, el cual fue desatado mediante Resolución No. RDP 038493 de 19 de diciembre de 2014, confirmando el acto recurrido en su totalidad.

1.1.1. Normas Violadas y Conceptos de Violación (fls. 5-18)

El apoderado de la demandante refirió como normas violadas los artículos 13, 29, 48 y 53 de la Constitución Política; el Decreto Ley 1045 de 1978; la Ley 33 de 1985; y los artículos 21 y 141 de la Ley 100 de 1993.

Indicó que con la expedición de los actos acusados, se desconoció el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-862 de 2006, en la cual se indicó que todas las pensiones causadas después de la expedición de la Constitución de 1991, se deben calcular indexando los factores salariales al momento de la primera mesada pensional.

En el mismo sentido, señaló que la demandante al ser beneficiaria del Régimen de Transición pensional establecido en el artículo 36 Ley 100 de 1993, la norma aplicable es la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, situación que a su juicio fue desconocida por la UGPP, pues para obtener el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, solo tuvo en cuenta la asignación básica y la bonificación por servicios prestados (percibidos durante los últimos diez años) y no la totalidad de los factores salariales devengados por la accionante durante el último año de servicios.

Finalmente, y a efectos de sustentar su petición, citó la sentencia del Consejo de Estado, de fecha 4 de agosto de 2010, No. Interno: 0112-2009, Consejero Ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, de la cual resaltó que los factores sobre los cuales se calcula el ingreso base de liquidación contenidos en

la Ley 33 de 1985, no pueden considerarse taxativos sino meramente enunciativos, pues una interpretación en sentido contrario, trae como consecuencia la regresividad en los derechos sociales de los ciudadanos.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 96-106)

La apoderada judicial de la entidad demandada UGPP, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda al considerar que los actos administrativos demandados fueron proferidos con estricta sujeción a los parámetros de la Ley 100 de 1993, aplicables a los beneficiarios del régimen de transición.

Indicó que la demandante adquirió su status de pensionada el 8 de enero de 2013, es decir tiempo después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y del Decreto 691 de 1994, por lo que fue cobijada por el nuevo Sistema General de Pensiones, sin embargo, por cumplir con los requisitos establecidos para ello, se benefició del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que se liquidó su pensión respetando los tres requisitos del régimen anterior, como son la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión.

Señaló que aunque se reconoce un monto del 75% del ingreso base, éste se determina en virtud del artículo 36 *ibídem*, es decir, que para el caso de la demandante, es el promedio de lo devengado en los últimos diez años de servicio.

En cuanto a los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación, precisó que la incorporación de los nuevos servidores públicos al Sistema General de Pensiones implica una sujeción a los nuevos parámetros para ello, que en el caso de la accionante, corresponden a los estipulados en el Decreto 1158 de 1994 que reglamenta la Ley 100 y establece para el artículo 1º del Decreto 691 de 1994, los factores sobre los cuales se constituye el salario base.

En ese orden de ideas, precisó que los factores sobre los que dicha entidad debe liquidar la pensión de sus afiliados, son los taxativamente ordenados por la ley, no dejando paso a interpretaciones que además no le corresponden, y que en el caso de la demandante se reconocieron los factores salariales que

certificó debidamente y que se encuentran incluidos en el Decreto 1158 de 1994.

Indicó que en ese sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013, considerando que una interpretación que permita la inclusión de todos los factores sin que se tenga en consideración si éstos tienen el carácter remunerativo o si sobre éstos se realizó cotización al Sistema General de Pensiones es inconstitucional, puesto que va en detrimento del principio de solidaridad que rige la seguridad social y los objetivos del Acto Legislativo 01 de 2005 y de la sentencia C-608 de 1999 que tiene efectos erga omnes.

Aseguró que una interpretación como la que viene dando el Consejo de Estado a la normatividad sobre el régimen de transición, conduce a la concesión de beneficios manifiestamente desproporcionados con desconocimiento de los principios de solidaridad e igualdad.

Manifestó que bajo el principio de solidaridad, los aportes al Régimen General de Pensiones constituyen un sistema bajo el cual, los aportes que realiza el afiliado constituyen los mismos sobre los que se debe liquidar la pensión; en caso contrario, implicaría un desequilibrio en el sistema financiero de dicho Régimen, ocasionando un detrimento incluso para aquellos afiliados que al realizar sus aportes mantienen una expectativa de alcanzar el derecho a la pensión.

Propuso como excepciones las que denominó *“inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido”*, *“inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales”* y *“prescripción de mesadas”*.

- **Llamamiento en Garantía (fls. 159-166)**

En escrito separado a la contestación de la demanda, la UGPP solicitó llamar en garantía al MUNICIPIO DE SATIVANORTE, por ser ésta la entidad para la cual trabajó la demandante y en donde adquirió su status para pensionarse; así mismo, consideró que las prestaciones reconocidas a la accionante dependieron directamente de los aportes realizados por el empleador, por lo que se generaría un perjuicio económico para la UGPP al tener que cancelar sumas sobre las cuales nunca recibió aportes.

Mediante auto de fecha 14 de octubre de 2015, el Juzgado Administrativo Sección Única Oral de Descongestión de Duitama, negó la solicitud de llamamiento en garantía formulado por la UGPP (fls. 168-169).

1.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Administrativo Sección Única Oral de Descongestión de Duitama, mediante sentencia proferida audiencia inicial celebrada el 25 de noviembre de 2015 (fls. 177-179 y CD fl. 180), resolvió:

“PRIMERO.- Declarar la nulidad de las Resoluciones números: RD 030348 del 3 de octubre de 2014 y RDP 038493 del 19 de diciembre de 2014, por medio de las cuales la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP, le negó la reliquidación de la pensión de vejez a la demandante.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, a reliquidar y pagar la pensión de vejez a la señora ARAMINTA APARICIO LÓPEZ, efectiva a partir del 8 de enero de 2013, en cuantía del 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, comprendido entre el 14 de enero de 2004 al 13 de enero de 2005; incluyendo como factores salariales la asignación básica, prima de servicios, bonificación por servicios prestados, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de vacaciones y prima de navidad.

TERCERO.- Las sumas que resulten a favor de la parte demandante, se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor, de conformidad con lo reglado en el artículo 187 del CPACA, dando aplicación a la fórmula señalada en la parte motiva de la providencia, teniendo en cuenta que la indexación se debe realizar desde el año 2005 (fecha de retiro del servicio oficial) hasta el 8 de enero de 2013 (fecha de la adquisición del estatus pensional por cumplimiento de la edad.

CUARTO.- La entidad demandada, al momento de proceder al pago, podrá efectuar los descuentos por aportes correspondientes a los factores sobre los cuales no se haya realizado la deducción legal.

Estas deducciones deberán ser objeto de actualización, de conformidad con las pautas establecidas para el efecto por el Consejo de Estado en sentencia proferida el 9 de abril de 2014, con ponencia del Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, bajo el radicado 2500023250002010-0014-01 (1849-2013).

QUINTO.- La presente sentencia deberá ser cumplida en los términos de los artículos 192, 194 y 195 del CPACA.

SSEXTO.- *Condenar en costas a la entidad demandada, parte vencida en el proceso, las cuales se liquidarán por secretaría aplicando el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.*

SÉPTIMO.- *Se fijan como agencias en derecho la suma correspondiente al cuatro por ciento (4%) del valor de las pretensiones concedidas en la presente providencia.*

(...)”

Para adoptar tal determinación (CD fl. 180 Minuto 00:23:40 a minuto 00:35:42), el *a quo* realizó un recuento legal y jurisprudencial sobre el régimen pensional aplicable en este caso, del cual concluyó que en el caso bajo estudio no es motivo de controversia entre las partes que la demandante es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 habida cuenta que ni en los actos administrativos demandados ni en la contestación de la demanda, se puso en duda tal condición, lo anterior, por cuanto a la fecha de entrada en vigencia de la norma mencionada (1° de abril de 1994), la actora contaba con más de 36 años de edad, por lo que la norma que gobierna su reconocimiento pensional es la Ley 33 de 1985.

Expuso que los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la pensión, fueron enlistados en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 a los cuales el artículo 1° de la Ley 62 del mismo año, adicionó las primas de antigüedad, ascensorial y de capacitación. Sin embargo, precisó que las anteriores disposiciones, aparentemente taxativas, fueron interpretadas por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de fecha 4 de agosto de 2010, Rad. Interno 0112-2009, con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, explicando que los factores salariales señalados en la Ley 33 son enunciativos y no taxativos, de manera que debe incluirse en la base de liquidación pensional todo lo que constituya factor salarial, es decir, aquello que reciba el empleado de manera habitual como retribución directa del servicio, criterio que acoge su Despacho, toda vez que el mismo está inspirado en principios como el de favorabilidad laboral y primacía de la realidad sobre las formas, entre otros.

Advirtió que se aparta de la sentencia de unificación SU-230 de 2015, proferida por la Corte Constitucional y que por el contrario, se adhiere a la posición adoptada recientemente por esta Corporación en sentencia de segunda instancia proferida dentro del expediente 2014-00159, pues en la misma se puso de presente que existen contradicciones entre el primer fallo mencionado y la sentencia C-258 de 2013, circunstancia que impide constituir una posición

sólida y coherente frente al tema de la reliquidación pensional; de igual forma, precisó que el Tribunal Administrativo de Boyacá, manifestó que es pertinente seguir aplicando en su integridad la sentencia de unificación del Consejo de Estado, proferida el 4 de agosto de 2010, por representar un importante precedente jurisprudencial en la materia y que además tiene carácter vinculante para los jueces y los tribunales administrativos. Así mismo, precisó que en aras de garantizar la igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, seguirá dando aplicación en forma íntegra a lo dispuesto por el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación antes referida.

Del material probatorio allegado al expediente, la Juez de Instancia evidenció que:

- Mediante Resolución No. RDP 004770 del 12 de febrero de 2014, le fue reconocida la pensión de vejez a la demandante, teniendo en cuenta como factores salariales *la asignación básica y "otros factores del Decreto 1158 de 1994"*, devengados durante los últimos diez años de servicio.

- Que de acuerdo a la certificación de salarios mes a mes del año 2004, emitida por el Alcalde Municipal de Sativanorte (fl. 35), así como el certificado expedido por el Gerente de la E.S.E. Hospital Senen Arenas del mismo municipio (fl. 80), la demandante devengó durante el último año de servicio, los siguientes factores salariales: *asignación básica mensual, prima de servicios, bonificación por servicios prestados, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de vacaciones y prima de navidad*, los cuales consideró, deben ser tenidos en cuenta para determinar el IBL de su pensión.

De conformidad con lo anterior, indicó que los actos acusados se encuentran incurso en causal de nulidad, toda vez que violaron las normas en que debían fundarse, razón por la cual declaró su nulidad procedió a ordenar a la entidad demandada, la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, en la forma y los términos señalados en la Ley 33 de 1985, es decir, en el equivalente al 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, por resultarle más favorable y con la inclusión de los factores salariales mencionados en el párrafo anterior.

Agregó que, como quiera que la demandante se desvinculó del servicio el día 13 de enero de 2005, pero adquirió el status pensional solo hasta el 8 de enero

de 2013, es dable señalar que la fórmula para la actualización de la base de liquidación de su pensión de jubilación debe ser la siguiente:

$$R = RH \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es el promedio de lo devengado por la demandante en el último año de servicios, a saber del 14 de enero de 2004 al 13 de enero de 2005, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha a partir de la cual adquirió el status de pensionada, es decir 8 de enero de 2013, por el índice inicial que es el existente a la fecha de retiro del servicio, esto es, a 13 de enero de 2005.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, determinó que la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada pensional, comenzando desde la fecha de su causación y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el Índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Finalmente, precisó que como quiera que la Resolución No. RDP 4770 de 12 de febrero de 2014, por medio de la cual se le reconoció la pensión de vejez a la demandante, le fue notificada personalmente el día 20 de febrero del mismo año y que solicitó la reliquidación el 25 de junio de 2014, es claro que no ha operado el fenómeno de la prescripción en el presente caso.

1.4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la entidad demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, apeló la sentencia con fundamento en lo siguiente (fls. 185-191):

Indicó que por reunir los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la demandante era beneficiaria del régimen de transición, por lo que es dable reconocer la pensión de jubilación respetando las 3 condiciones señaladas en las Leyes 33 y 62 de 1985, es decir, que la pensión de la accionante se liquidó teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicio y el monto establecido en el régimen anterior.

Sostuvo que la ley es muy clara en establecer que las demás condiciones se rigen por lo estipulado en el Sistema General de Seguridad Social en pensiones, es decir que los factores sobre los cuales ha de liquidarse la pensión corresponden a los mencionados por la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes y no en las leyes anteriores.

Expresó que la liquidación de la demandante se realizó de conformidad con las normas legales vigentes y el precedente jurisprudencial, respetando la edad, el tiempo de servicio y el monto, siendo éste solo el porcentaje de IBL según la ley y la jurisprudencia y tomando el tiempo de liquidación que establece la Ley 100 de 1993 en el régimen de transición, así como los factores de la misma.

Adujo que la Corte Constitucional realizó un nuevo análisis sobre la aplicación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 en sentencia C-258 de 2013, donde se concluyó que las liquidaciones se realizan con la edad, tiempo de servicio y el monto de la pensión del régimen anterior, sin que pueda considerarse que el ingreso base de liquidación se calcula de la misma forma, por cuanto éste no fue un aspecto sometido a transición, sino por el contrario lo que buscó el legislador fue unificar las reglas de IBL con la creación de reglas uniformes que eliminaran los privilegios injustificados y aseguraran la sostenibilidad financiera del sistema.

De igual manera, resaltó que en la mencionada sentencia se emite un imperativo de ineludible cumplimiento, cuyo fundamento radica en la aplicación de un criterio general, consistente en que el monto de las mesadas pensionales corresponderá única y exclusivamente a los factores salariales efectivamente cotizados en garantía de los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad del sistema de seguridad social integral.

Manifestó que en la sentencia SU-230 de 29 de abril de 2015, dentro del expediente T-3.558.256, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la Corte Constitucional reitera la interpretación correcta del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece el régimen de transición, y ratifica la posición que tanto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como la misma Corte Constitucional, han tenido al respecto y que soporta la posición asumida por la entidad.

Por último, consideró que la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado, ha sido uniforme en señalar que la condena en costas procede solamente cuando

la conducta de la parte vencida ha sido temeraria o abusiva, lo cual no se materializó en el presente proceso, pues no ha existido conducta dilatoria por la entidad a la cual representa.

2. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido en Audiencia de Conciliación de que trata el artículo 192 del CPACA, llevada a cabo el 7 de abril de 2016 por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama (fl. 199 y CD fl. 205), y admitido por esta Corporación mediante proveído de 16 de mayo de 2016 (fl. 208). A través de auto de 27 de junio de 2016, se prescindió de la audiencia de que trata el inciso 4° del artículo 247 del C.P.A.C.A y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 212).

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.1.1. Parte demandada - UGPP (fls. 214-219)

Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, especialmente en relación a que los factores que deben tenerse en cuenta al liquidar la pensión del actor son los establecidos en el Decreto 1158 de 1994 y a la obligatoriedad de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, proferidas por la Corte Constitucional. Y así mismo, hizo hincapié en su inconformidad con la condena en costas en primera instancia.

2.1.2. Parte demandante (fls. 220-221)

El apoderado de la demandante, insistió en las condiciones fácticas en las que se encuentra su representada, en torno al derecho que le asiste para reliquidar su pensión de jubilación y solicitó confirmar la sentencia de primera instancia en su totalidad, sustentando su escrito de alegatos en la jurisprudencia proferida por el Consejo de Estado, en sentencias de unificación de fechas 4 de agosto de 2010, No. Interno (0112-2009) y 25 de febrero de 2016, No. Interno (4683-13).

2.1.3. Ministerio Público

Dentro de la oportunidad procesal no hizo pronunciamiento alguno.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Transcurrido en legal forma el trámite de segunda instancia, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se ocupa la Sala de desatar el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia de 25 de noviembre de 2015, proferida en audiencia inicial por el Juzgado Administrativo Sección Única Oral de Descongestión de Duitama.

1. MARCO JURÍDICO DEL RECURSO DE APELACIÓN

Previo a resolver el objeto de la controversia, **resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad-quem* en lo que respecta a la apelación.** Para el efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

“Artículo 320. Fines de la apelación.

El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

(...)”

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que adoptada en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la

instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que *“las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’*”¹

Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez *ad quem*, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la *no reformatio in pejus*, por virtud de la cual no es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, corresponde a esta Sala establecer si: ¿Tal como lo manifestó el *a quo*, es procedente la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora ARAMINTA APARICIO LÓPEZ, con inclusión de la totalidad de los factores que devengó durante el año anterior a su retiro definitivo del servicio o si por el contrario, debe surtirse de conformidad con la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes?

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta las tesis argumentativas del caso, para dirimir el objeto de la Litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

- **Tesis argumentativa propuesta por el a quo**

La Juez de Primera Instancia, declaró la nulidad de las Resoluciones No. RDP 030348 de 3 de octubre de 2014 y RDP 038493 de 19 de diciembre de 2014, en tanto negaron la inclusión de factores en la base de liquidación y ordenó que en la pensión de la demandante se tuvieran en cuenta las reglas contenidas en las Leyes 33 y 62 de 1985, es decir, que se reliquidara su pensión de vejez, efectiva a partir del 8 de enero de 2013, con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, comprendido desde el 14 de enero de 2004 hasta el 13 de enero de 2005, incluyendo como factores salariales la asignación básica, la prima de

¹ Al respecto, ver por ejemplo la sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

servicios, la bonificación por servicios prestados, el auxilio de alimentación, el auxilio de transporte, la prima de vacaciones y la prima de navidad.

Lo anterior, argumentando que es viable la reliquidación solicitada atendiendo a que la normatividad aplicable son las Leyes 33 y 62 de 1985, por hallarse amparada por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que dichas normas no indican de manera taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Finalmente, advirtió que en el presente caso no opera el fenómeno de la prescripción de mesadas, teniendo en cuenta que la entidad demandada le reconoció la pensión de jubilación a la demandante el 12 de febrero de 2014 (Resolución No. RDP 4770), de la cual fue notificada personalmente el día 20 de febrero del mismo año y por lo cual solicitó la reliquidación el 25 de junio de 2014.

- **Tesis argumentativa propuesta por el apelante**

La apoderada de la entidad demandada solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda, en síntesis por lo siguiente: i) las Resoluciones enjuiciadas, fueron proferidas con estricta sujeción a los parámetros de normatividad que rige la pensión de jubilación de la demandante; ii) los factores sobre los que su representada puede y debe liquidar las pensiones de sus afiliados, son los taxativamente ordenados por la Ley; iii) la sentencia C-258 de 2013 proferida por la Corte Constitucional, concluyó que las liquidaciones se realizan con la edad, tiempo de servicio y el monto de la pensión del régimen anterior, sin que pueda considerarse que el ingreso base de liquidación se calcula de la misma forma porque éste no fue un aspecto sometido a transición; iv) en la sentencia SU-230 de 29 de abril de 2015, la Corte Constitucional reitera la interpretación correcta del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece el régimen de transición; y v) la actuación desplegada por la UGPP en el transcurso del proceso, no fue dilatoria, temeraria o abusiva, lo cual no hace procedente la condena en costas, según la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado.

- **Tesis argumentativa propuesta por la Sala**

*La Sala **adicionará un numeral** al fallo de primera instancia, en el que se indique que se declara no probada la excepción de prescripción de mesadas propuesta por la UGPP, pues si bien la a quo expuso las razones por las cuales no opera dicho fenómeno jurídico en el presente caso, se hace necesario señalarlo en la parte resolutive de la sentencia apelada.*

*Así mismo, **modificará el numeral cuarto** de la parte resolutive de dicho proveído, atendiendo el criterio sentando o trazado por este Tribunal en torno a este asunto. En ese sentido la UGPP, deberá realizar los descuentos que no se hubieran efectuado al Sistema General de Salud y Pensiones, durante los últimos cinco (5) años de la vida laboral de la demandante, por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía.*

En lo demás, confirmará la sentencia impugnada, en tanto accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, pues, quedó demostrado que como lo consideró la Juez de Primera Instancia, la pensión del demandante no se rige por el régimen establecido en la Ley 100 de 1993, por hallarse dentro del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la misma norma, sino por el régimen pensional dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985.

En consecuencia, en cuanto a factores es dable acudir a la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010, por el Honorable Consejo de Estado, toda vez que en ella se realizó una interpretación en virtud del principio de favorabilidad de la Ley 33 de 1985, concluyendo que debe tenerse en cuenta en la liquidación del trabajador todo lo que de manera habitual y periódicamente perciba como retribución directa de sus servicios.

Por otro lado, i) en relación con las sentencias cuya aplicación solicita la entidad accionada -C-258 de 2013 y SU-230 de 2015-, se dirá que se acoge la postura de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 25 de febrero de 2016, proferida dentro del proceso No. 250002342000-2013-01541-01 (4683-2013), Consejero Ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, que reiteró su posición unánime respecto a que el monto de las pensiones del régimen transicional pensional del sector oficial comprenda la base y el porcentaje dispuesto; y ii) en cuanto a la condena en costas en primera instancia, este Juez Plural precisará que contrario a lo indicado por la entidad demandada, no es necesario que dentro del plenario se acredite la mala fe o la temeridad en la actuación de las partes, pues solo basta que en el proceso se encuentren causadas.

Por último, se condenará en costas de segunda instancia, por cuanto no prosperó ningún argumento de la apelación, y se evidenció actuación de la parte actora, al alegar de conclusión.

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Para llegar a una decisión respecto del objeto de la Litis planteada en esta sede, la Sala estudiará el planteamiento propuesto en el problema jurídico, al tenor del siguiente orden expositivo así: i) Del Régimen de Transición previsto en la Ley 100 de 1993; ii) Del Régimen pensional previsto en la Ley 33 de 1985; y iii) De las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

3.1. Del Régimen de Transición previsto en la Ley 100 de 1993

Con la Ley 100 de 1993, el legislador creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, estableciéndose dentro del mismo los requisitos de edad y/o tiempo de servicio o semanas de cotización que debían cumplir las personas para acceder a la pensión de vejez. Derogando a su vez los diferentes regímenes pensionales existentes con anterioridad.

Sin embargo, en su artículo 36, contempló un régimen de transición, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. *La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

(...)

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARÁGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio.” (Subrayado fuera de texto).

La Corte Constitucional sentencia C-789 de 2002, precisó el alcance del mencionado artículo 36 de dicha normatividad al expresar lo siguiente: “La creación de un régimen de transición constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo.

Por tanto, el artículo 36 permitió que la situación jurídica se rigiera por el régimen anterior en lo que tiene que ver con el monto de la pensión, la edad y el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas necesarias para obtener el derecho pensional, para las personas que cumplieren uno de los siguientes requisitos:

1. Hombres que tuvieran más de cuarenta años

2. Mujeres mayores de treinta y cinco años y

3. Hombres y mujeres que, independientemente de su edad, **tuvieran más de quince años de servicios cotizados**; requisitos que debían estar cumplidos al momento de la entrada en vigencia del sistema de pensiones.

Tal como lo señaló el Consejo de Estado, en sentencia proferida el 12 de mayo de 2005, en expediente No. 25000-23-25-000-2000-04685-01 (2938-04) *“la transición creada en la Ley 100 de 1993 constituye una excepción al régimen común de vigencia de las normas en el tiempo porque a pesar de no haberse causado el derecho a exigir pensión de jubilación, los cambios normativos que afecten las condiciones para acceder a ella y el monto de las mesadas, no tienen aplicación frente a quienes por estar en transición conservan su derecho al régimen anterior”*.

En lo que hace relación a las normas aplicables al monto del salario base de liquidación de la pensión, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia proferida el 28 de octubre de 2004, Expediente No. 76001-23-31-000-2001-05461-01 (5884-03), indicó que *“...no resultan aplicables las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993 que determinan las bases que se deben tener en cuenta para la liquidación pensional del personal sometido al régimen de transición pensional de que trata el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, si la prestación periódica se debe liquidar y reconocer bajo una ley especial anterior en los aspectos de edad, tiempo y monto pensionales (este último comprende porcentaje y base de la liquidación), será esa normatividad la aplicable en esa materia, más cuando contempla una regulación especial, favorable y diferente. Lo anterior, por cuanto si se aplicaran las normas generales atinentes al monto pensional previstas en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias al personal que reclama su reconocimiento pensional definitivo en consideración al régimen de transición del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resultaría desvirtuado e inocuo el régimen preferencial transitorio”*.

De lo anterior se colige que el monto de la pensión, que incluye el porcentaje y la base de la liquidación, se rige para las personas amparadas en el régimen de transición por las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, en aplicación al *in dubio pro operario* previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

Como resultado de lo expuesto, se tiene que la normatividad aplicable para la pensión de jubilación de la demandante y su liquidación, era la Ley 33 de 1985, la cual se aplicaba a todos los servidores públicos de todos los niveles que no se encontraran exceptuados de ella.

3.2. Del Régimen pensional previsto en la Ley 33 de 1985

En los términos del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, la consolidación del derecho de pensión de jubilación ordinaria surge cuando se cumple con los 20 años de servicio y los 55 años de edad. En cuanto a la base de liquidación, la precitada ley dispuso que las pensiones de los empleados oficiales, serían liquidadas con el 75% del salario promedio que sirvió de base para calcular los aportes durante el último año de servicio y enumeró en su artículo 3° los factores que serían considerados para la determinación de la base de los aportes, enlistándose algunos factores salariales, disposición que fue modificada por el artículo 1° inciso 2° de la Ley 62 de 1985, en la que se incluyeron como factores de liquidación las *Primas de Antigüedad, Ascensional y de Capacitación*.

No obstante, la enumeración taxativa por parte de la ley, es importante señalar que el Consejo de Estado, por vía jurisprudencial a través de **sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010**, con ponencia de VÍCTOR HERNANDO ALVARADO, Exp. No. 250002325000200607509 01 (0112-2009), precisó que los factores enlistados son únicamente a título enunciativo, por cuanto deben incluirse los que habitual y periódicamente recibe un trabajador. Así lo señaló la máxima Corporación:

“De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

(...)

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

pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

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

En suma, atendiendo tal postura jurisprudencial, la cual es compartida íntegramente por esta Sala, deben ser incluidos en la base de liquidación de la pensión, todos aquellos emolumentos que tengan el carácter de factor salarial, como quiera que son devengados periódicamente por el trabajador en razón a la prestación del servicio y no constituyen sumas tendientes a cubrir los riesgos que deba asumir el trabajador.

3.3. De las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015

Ahora bien, es procedente señalar que la H. Corte Constitucional, recientemente profirió la Sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015, en donde adopta un criterio disímil al expuesto en la sentencia de unificación del Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, al indicar en sede de revisión de tutela, que la interpretación del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, se debe entender en el sentido de que el modo de promediar la base de liquidación de la pensión de jubilación o vejez no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que dicho régimen solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación y que por tanto, el IBL debe ser el contemplado en el régimen general para todos los efectos.

La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en **sentencia de 25 de febrero de 2016**, proferida dentro del proceso N° 250002342000-2013-01541-01 (4683-2013), Consejero Ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, con ocasión de la expedición de tal sentencia, reiteró su posición unánime en que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprenda la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%), a excepción de 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 del 2013.

Según se determinó en la providencia, si se acogiera la variación interpretativa que pretende introducir la Corte Constitucional en la sentencia SU-230, se afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas. A su juicio, no parece acorde con los principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que pretende introducir la Corte Constitucional, toda vez que si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional quedando pendiente un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera y, en cambio, sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los mencionados principios.

En el pronunciamiento referido, se enfatizó que el argumento expuesto en la Sentencia C-258 de 2015, para declarar la exequibilidad condicionada del artículo 17 de la Ley 4ª, no se puede generalizar y por ende aplicar como precedente a otros regímenes, pues ello afectaría a un considerable grupo de ciudadanos que no hacen parte de los pensionados con prerrogativas o privilegios, ni constituyen reconocimientos que conlleven afectación al principio de sostenibilidad financiera.

Esta Corporación acoge la postura referida, no solo por ser el Consejo de Estado la máxima autoridad dentro de esta jurisdicción, sino porque comparte lo allí expresado, que con anterioridad había sido la posición que venía adoptando, pues es inadmisibles que luego de haberse logrado un avance en la interpretación unificada brindada por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en el año 2010, en torno al reconocimiento de la plena efectividad de los derechos pensionales derivados de la interpretación favorable del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se adopte una tesis restrictiva y desfavorable como la expuesta en la sentencia SU-230 de 2015, frente a quienes como en este caso, son beneficiarios de una regulación especial, como la contenida en la leyes 33 y 62 de 1985; por tanto, se desconoce en sentir de este Juez Plural, el **principio de progresividad y la prohibición de regresividad**, en la medida en que se vería frustrada la protección ya otorgada a dichos beneficiarios, impidiéndoles gozar de sus derechos en una forma adecuada a sus necesidades vitales y, especialmente, acorde con la dignidad inherente al ser humano.

4. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso sub examine, se advierte que la sentencia de primera instancia declaró la nulidad de las Resoluciones No. RDP 030348 de 3 de octubre de 2014 y RDP No. 038493 de 19 de diciembre de 2014, mediante las cuales la demandada negó la reliquidación de la pensión de jubilación a la señora ARAMINTA APARICIO LÓPEZ. Así mismo ordenó, entre otros, incluir dentro de la base de liquidación de la demandante, además de la asignación básica mensual y *“otros factores Dec 1158”* (bonificación por servicios prestados) ya reconocidas, la prima de servicios, el auxilio de alimentación, el auxilio de transporte, la prima de vacaciones y la prima de navidad, efectivamente devengados.

Inconforme con la anterior decisión, la entidad demandada interpuso recurso de apelación, mediante el cual solicita que se revoque la mencionada sentencia y en su lugar se nieguen las pretensiones, argumentando, principalmente que los actos administrativos enjuiciados se ajustan a la normatividad vigente y aplicable, por lo que se han respetado los derechos de la accionante; que se debe dar aplicación al precedente jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional establecido en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015; y que a su juicio, no debió ser condenada en costas en la primera instancia, pues su actuación no fue abusiva ni temeraria.

Así las cosas, lo primero que se debe decir, es que tal como lo señaló la Juez de instancia, en el caso bajo estudio no se encuentra en discusión que la demandante está amparada por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo manifestado por la entidad demandada en los actos administrativos enjuiciados que le negaron la reliquidación de la pensión y en la contestación de la demanda, luego para acceder a la pensión de jubilación le es aplicable el régimen anterior, es decir, el dispuesto en la Ley 33 de 1985, por no gozar de un régimen especial de pensiones, ni cumplir con el tiempo de servicio para estar en el régimen de transición dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 1° de esta última.

En torno al régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, expuesto en el marco normativo y jurisprudencial, se debe advertir que éste se entiende como una protección especial para las personas que están próximas a obtener dicha prerrogativa. Por ello, el mandato del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, fue respetar lo atinente a la edad, tiempo de servicio o el número

de semanas cotizadas y el **monto de la pensión**, aspecto este último frente al cual el Consejo de Estado ha señalado que para determinarlo es imperioso realizar una remisión total a los factores indicados en el régimen anterior aplicable, razón suficiente para descartar que los factores a atender son los previstos en el Decreto 1158 de 1994, como lo expresa la accionada pues ello si, como lo señala la jurisprudencia, conllevaría una ruptura al principio de inescindibilidad como quiera que el régimen nuevo y el anterior no son compatibles, tienen características propias que los hacen autónomos e independientes, y aceptar la posibilidad de mezclar los regímenes implica una intromisión en la función del legislador porque se estaría creando un régimen nuevo y, por supuesto, alteraría el funcionamiento de la administración, pues el Juez estaría usurpando competencias de otras autoridades.

Por lo tanto, resulta pertinente reiterar que en este caso, tal como lo expresó el *a quo*, se debe acudir en cuanto a factores al régimen general que rige la pensión de la demandante y que se halla contenido en las Leyes 33 y 62 de 1982, y en ese sentido, específicamente a la **sentencia de unificación** de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, del 4 de agosto de 2010, Consejero Ponente Doctor VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, como quiera que tal jurisprudencia realizó en síntesis, una interpretación con base entre otros, en el principio de favorabilidad de la Ley 33 de 1985, arguyendo que los factores que allí se enlistan no son taxativos, sino meramente enunciativos.

Visto lo anterior, es claro que se deben tener en cuenta todos los factores salariales que efectivamente haya estado devengando la demandante durante el último año anterior al retiro definitivo del servicio, en virtud de lo establecido en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, que para el caso concreto, corresponde al periodo comprendido entre el **14 de enero de 2004 y el 13 de enero de 2005**, fecha esta última en la que la accionante fue retirada definitivamente del servicio (fl. 35 y CD fl. 94 archivo "4201 DOCUMENTOS NO REQUERIDOS-11-2015-05-14_105610.PDF").

De lo probado en el expediente, se pudo establecer con toda claridad, que se incluyó en la base de liquidación de la pensión de la accionante, únicamente la asignación básica mensual y "*otros factores Dec 1158*", entendiéndose por éste último la bonificación por servicios prestados, por estar incluido en la lista del Decreto 1158 de 1994 y devengado efectivamente por la demandante (fls. 24-27 y 51-54), excluyendo los demás factores percibidos por ella, tales como la prima de servicios, el auxilio de alimentación, el auxilio de transporte, la prima de

vacaciones y la prima de navidad, pese a constituir factor salarial por ser percibidos de manera habitual y periódica, como se evidencia en la certificación de salarios mes a mes, expedida por la Alcaldía Municipal de Sativanorte (fl. 35), y la certificación de factores salariales expedida por la E.S.E. Hospital Senen Arenas de Sativanorte en Liquidación (fl. 80), lo que sin duda alguna impone la necesaria reliquidación del derecho pensional reconocido, incluyendo esta vez los factores inobservados, tal como lo concluyó el *a quo*.

Así las cosas, es dable afirmar que los actos enjuiciados, se encuentran viciados de ilegalidad, siendo procedente declarar su nulidad y la consecuente reliquidación pensional reclamada con inclusión de los factores salariales anteriormente enunciados y tenidos en cuenta en primera instancia.

Ahora bien, atendiendo los argumentos expuestos por la entidad demandada en su recurso de apelación, se dirá que tampoco resulta viable dar aplicación a las sentencias de la Corte Constitucional invocadas -C-258 de 2013 y SU-230 de 2015-, por cuanto, esta Sala acoge la postura de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 25 de febrero de 2016, proferida dentro del proceso No. 250002342000-2013-01541-01 (4683-2013), Consejero Ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, que como se expuso en el acápite precedente, reiteró su posición unánime en que el monto de las pensiones del régimen transicional pensional del sector oficial comprenda la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%); no solo por ser la máxima autoridad dentro de esta jurisdicción, sino porque se comparte lo allí expresado, que ha sido la posición permanente de esta Corporación, pues es inadmisibles que luego de haberse logrado un avance en la interpretación favorable del régimen de transición, en ese caso, de la Ley 100 de 1993, se adopte una tesis restrictiva y desfavorable como la expuesta por la Honorable Corte Constitucional.

Finalmente, en cuanto a la inconformidad planteada por la UGPP en el recurso de apelación, relacionada con la condena en costas en primera instancia, pues a su juicio no debió imponérsele el pago de las mismas, en cuanto la entidad no actuó de forma abusiva o temeraria, esta Sala precisa que en materia de costas, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A" en sentencia de 7 de abril de 2016, con ponencia del Dr. William Hernández Gómez, dentro del proceso con Radicación Interna No. 1291-2014, se determinó lo siguiente:

“(...)

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” -CCA- a uno “objetivo valorativo” -CPACA-

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP², previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia”.
(Resalta la Sala).

Por tanto, en virtud del artículo 361 del CGP, las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho, razón por la cual, colige esta Sala que contrario a lo indicado por la entidad apelante, no es necesario dentro del plenario que se acredite la mala fe o la temeridad con la que actuaron las partes, pues solo basta que en el proceso se encuentren causadas, argumentos expuestos, más que suficientes para confirmar la condena en costas realizada por el a quo en el proceso de la referencia.

En conclusión, conforme a la exposición anterior, es procedente confirmar en este sentido el fallo proferido en primera instancia, y aun cuando la juez de

² “ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)”

instancia expuso las razones por las cuales no opera el fenómeno jurídico de la prescripción en el presente caso, es importante señalarlo en la parte resolutive del fallo apelado, para lo cual se **adicionará un numeral** al mismo, indicando que se declara no probada dicha excepción.

➤ ***De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones***

Atendiendo el criterio sentando o trazado por este Tribunal en torno a este asunto, la UGPP, deberá realizar los descuentos que no se hubieran efectuado al Sistema General de Salud y Pensiones, durante los últimos cinco (5) años de la vida laboral de la actora, por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía.

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, la UGPP puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a la demandante -entonces empleada-, en cualquier caso el valor a pagar no podrá superar la condena atendiendo el derecho que le corresponde como acreedora de la pensión así reconocida y con la finalidad de garantizar la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social. Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

En los términos antes referidos, la Sala **modificará el numeral cuarto** de la sentencia de primera instancia, para precisar que los aportes para pensión se harán sobre los factores que se incluyen en virtud de esta sentencia, atendiendo lo devengado por tal concepto durante los últimos cinco (5) años de la vida laboral, por prescripción extintiva.

• **COSTAS**

En relación al criterio adoptado por el Honorable Consejo de Estado³ frente a la imposición de la condena en costas, tal como se expuso en párrafos precedentes, a pesar de ser objetivo, se le califica de “*valorativo*” porque se

³ Consejo de Estado. Sección Segunda. CP. Guillermo Vargas Ayala. Expediente 25000-23-24-000-2012-00446-01. Fecha 16 de abril de 2015.

requiere que en el expediente el Juez revise si las mismas se causaron, de conformidad con el artículo 365 C.G.P.

En lo que respecta a las costas y agencias en derecho en la segunda instancia, se advierte que en el trámite aquí surtido se generaron, atendiendo que la parte demandante presentó alegatos de conclusión (fls. 220-221), por lo que se condenará a la parte vencida al pago de las mismas, en la suma de **SESENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS OCHENTA PESOS (\$67.280) M/CTE**, que equivale al 1% de las pretensiones de la demanda (fls. 19-20), de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 de 2013.

III. CONCLUSIÓN

Recapitulando la Sala dirá que el régimen de transición es una protección especial para las personas que están próximas a obtener la prestación, por lo que el mandato del inciso 2° del artículo 36 de la ley 100 de 1993, respetó para las tres categorías de personas antes enunciadas, lo atinente a la edad, tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión.

En el *sub examine*, no se cuestionó que la demandante fuera beneficiaria del régimen de transición previsto en el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues la misma entidad demandada así lo expuso en los actos administrativos enjuiciados y en la contestación de la demanda, es decir no le es aplicable la Ley 100 de 1993.

Respecto a la aplicación del régimen de transición, el Consejo de Estado ha venido depurando su interpretación para concluir que cuando hay lugar a él, las normas anteriores deben aplicarse en toda su extensión pues, de lo contrario, resultaría desvirtuado no sólo el régimen de transición, sino también el régimen anterior que allí se ordena aplicar.

En consecuencia, es claro que, al encontrarse la accionante dentro del régimen de transición, la liquidación de su pensión no se rige por la Ley 100 de 1993, que establecía la cuantía de la pensión con base en el promedio del salario del tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho, por cuanto se afecta el monto de la pensión y de paso se desnaturaliza el régimen, sino en lo establecido por la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, bajo la cual se debe tener en cuenta lo devengado en el último año de servicios.

Y frente a los factores salariales con los cuales se debe liquidar la pensión de jubilación de la demandante, se debe indicar que la precitada Ley 33 de 1985 dispuso que las pensiones de los empleados oficiales fueran liquidadas por el 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicio, como se mencionó anteriormente. Frente a la interpretación de la mencionada norma, la jurisprudencia del Consejo de Estado unificó las distintas posturas y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, en la sentencia de unificación de cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), Rad. No. 250002325000200607509 01.- Número Interno: 0112-2009, Consejero Ponente: Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, precisó que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Finalmente, se adicionará un numeral a la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, indicando que **se declara no probada la excepción de prescripción propuesta por la UGPP**, conforme a las razones expuestas por el *a quo* en las consideraciones de la sentencia, y se modificará el numeral cuarto del fallo apelado, para señalar que la entidad demandada deberá **realizar los descuentos que no se hubieran efectuado al Sistema General de Salud y Pensiones, durante los últimos cinco (5) años de la vida laboral de la demandante, por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía.**

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N° 4, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR un numeral a la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Administrativo Sección Única Oral de Descongestión de Duitama, en audiencia inicial de 25 de noviembre de 2015, del siguiente tenor:

“DECLARAR no probada la excepción de prescripción de mesadas, propuesta por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.”

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Administrativo Sección Única Oral de Descongestión de Duitama, en audiencia inicial de 25 de noviembre de 2015, el cual quedará así:

“CUARTO.- La entidad demandada, al momento de proceder al pago, deberá realizar los descuentos que no se hubieran efectuado al Sistema General de Salud y Pensiones, durante los últimos cinco (5) años de la vida laboral del actor, por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía.

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a la demandante -entonces empleada-, en cualquier caso el valor a pagar no podrá superar la condena atendiendo el derecho que le corresponde como acreedora de la pensión así reconocida y con la finalidad de garantizar la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social. Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.”

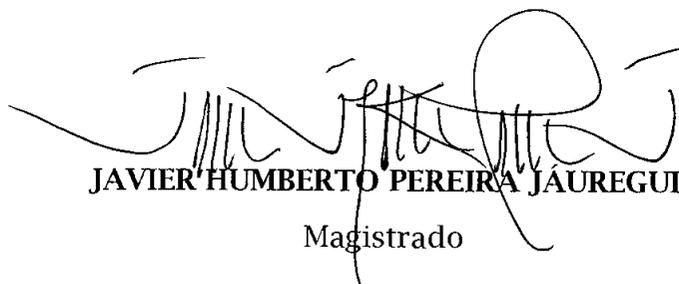
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte vencida en esta instancia, por la suma de **SESENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS OCHENTA PESOS (\$67.280 M/CTE**, que equivale al 1% de las pretensiones de la demanda (fls. 19-20), a favor de la parte demandante, de conformidad con el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura por encontrarse probadas.

QUINTO: Notificada la presente sentencia, devuélvase el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial “Justicia Siglo XXI”.

Esta providencia se estudió y aprobó en la Sala según acta de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

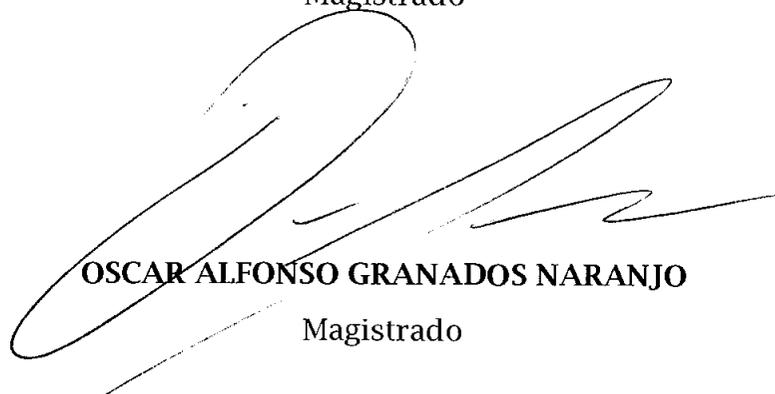


JAVIER HUMBERTO PEREIRA JAUREGUI
Magistrado

Ausente Con Permiso

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Magistrado



OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA**
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No 183 de hoy. 18 OCT 2016
EL SECRETARIO

HOJA DE FIRMAS

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. No. 15238333752-2015-00070-01
Demandante: ARAMINTA APARICIO LÓPEZ
Demandado: UGPP