TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintiocho (28) de mayo de dos mil quince (2015)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 084

TEMAS:	APLICABILIDAD DE LAS LEYES 33 Y 62 DE 1985 A QUIENES GOZAN DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LA LEY 100 DE 1993 - FACTORES SALARIALES ESTABLECIDOS LEGALMENTE Y QUE CONFORMAN LA BASE DE LIQUIDACIÓN PENSIONAL - LAS COSTAS EN EL RÉGIMEN PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO REGULADO POR LA LEY 1437 DE 2011
INSTANCIA:	SEGUNDA

Decide la Sala, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP" contra la sentencia proferida el 1 de octubre de 2014 por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO - SUCRE dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por ÁLVARO ENRIQUE CÁRDENAS BOHÓRQUEZ, a través de la cual se accedieron a las pretensiones de la demanda.

Se aclara por parte de este órgano colegiado que **los efectos de la presente sentencia se generan de forma específica respecto del señor ÁLVARO ENRIQUE CÁRDENAS BOHÓRQUEZ, accionante del proceso radicado 2013-00176-00**, ya que en el fallo objeto de impugnación se resolvieron pretensiones de dos accionantes diferentes.

I. ANTECEDENTES:

1. LO QUE SE DEMANDA:

Pretende la parte demandante lo siguiente[1]:

1.1. Que se declare la nulidad absoluta de la resolución No. 15162 de fecha 11 de abril de 2008 y notificada el día 19 de mayo de 2008, artículo primero que le negó el reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de vejez al demandante señor ÁLVARO ENRIQUE CÁRDENAS BOHÓRQUEZ por la no inclusión de todos los factores salariales devengados en la fecha que cumplió su estatus de pensionado - 07/08/2004.

1.2. Que se decrete la nulidad de la resolución No. RDP 020808 de fecha 21/12/2012 y notificada por edicto el día 18/01/2013 a través de la cual le fue resuelta la Revocatoria Directa que impetró el demandante contra la resolución No. 15162 de fecha 11 de abril de 2008 y notificada el día 19 de mayo de 2008, artículo primero que le negó el reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de vejez al demandante señor ÁLVARO ENRIQUE CÁRDENAS BOHÓRQUEZ por la no inclusión de todos los factores devengados en la fecha que cumplió su status de pensionado - 07/08/2004- no accediendo a dicha revocatoria directa y por ende agotada la vía gubernativa

1.3. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de

[1] Fol. 3 del cuaderno principal.

restablecimiento del derecho, condenar a la entidad CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL EICE HOY CAJANAL EICE EN LIQUIDACION y/o solidariamente contra la UNIDAD ESPECIAL ADMINISTRATIVA DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL, al reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de vejez al demandante señor ÁLVARO ENRIQUE CÁRDENAS BOHÓRQUEZ en cuantía de su mesada pensional en la suma de $1.212.431,47 efectiva a partir del día 07 del mes abril del año 2006, fecha en que cumplió su status de pensionado.

1.4. Que se condene a la entidad demandada CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL EICE HOY CAJANAL EICE EN LIQUIDACION y/o solidariamente contra la UNIDAD ESPECIAL ADMINISTRATIVA DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL, a liquidar y pagar a favor de la demandante las mesadas adicionales desde el día 07 de abril del año 2006 en la cuantía que se determine pagar en la sentencia que ordene el reconocimiento de la reliquidación de la pensión de jubilación al demandante.

1.5. Que se condene a la entidad CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL EICE HOY CAJANAL EICE EN LIQUIDACION y/o solidariamente contra la UNIDAD ESPECIAL ADMINISTRATIVA DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL, para que sobre las mesadas adeudadas, realice los ajuste de valor, conforme al índice de precios al consumidor de conformidad con la ley 1437 de 2011 artículo 190 del C.P.A.C.A.

1.2. LOS HECHOS EN QUE SE FUNDA:

El accionante fundamenta las anteriores pretensiones, en los hechos que a

continuación el Tribunal procede a resumir:

Indica que, fue pensionado de CAJANAL EICE mediante resolución No. 3288 de fecha 27 de enero de 2006, en cuantía de $739.450.10, con efectos fiscales a partir del 01/08/2004.

Relata que, solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación, ante la entidad CAJANAL EICE, el día 26 de noviembre de 2007, la cual fue resuelta en forma favorable a través de la resolución No. 15162 de fecha 11/04/2008 y notificada el día 19/05/2008, pero no le incluyeron todos los factores salariales que devengaba al momento de adquirir su status de pensionado, pues solamente le tomaron los factores salariales: asignación básica- dominicales y feriados- horas extras- recargo nocturno- bonificación por servicios prestados-, dejándole por fuera los siguientes factores salariales tales como: auxilio de transporte- auxilio de alimentación- prima de navidad- prima de vacaciones-.

Expone que, como consecuencia de lo anterior y no estando conforme el convocante con la citada resolución que le reconoció la reliquidación de su pensión de vejez, por la no inclusión de todos los factores salariales, se interpuso revocatoria directa, el día 04/09/2012, contra la resolución No 15162 de fecha 11/04/2008 y notificada el día 19/05/2008, la cual le fue resuelta por el ente convocado CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN, a través de la resolución No. RDP 020808 de fecha 21 de diciembre de 2012 y notificada por edicto el día 18/01/2013 y por ende quedó ejecutoriado dicho acto administrativo que no accedió a la revocatoria de la resolución que le reconoció la reliquidación de la pensión de vejez al convocante quedando facultado el solicitante para acudir ante esta jurisdicción solicitando la conciliación de conformidad con la precitada ley.

Refiere que, en la actualidad se encuentra retirado del servicio y que la administración al momento de liquidar esta prestación social debió tomar en cuenta todos los factores salariales que la convocante durante los últimos doce

(12) meses a la fecha en que adquirió el status de pensionado tales factores salariales fueron: sueldo - auxilio de alimentación - auxilio de transporte- dominicales y festivos - recargo nocturno - horas extras diurnas - horas extras nocturnas - bonificación por servicios prestados- prima semestral - prima de vacaciones - prima de navidad.

1.3. NORMAS VIOLADAS:

En cuanto a las normas violadas mencionó las siguientes: los artículos 1, 2, 6, 23, 29, 13, 25, 53, 58 de la Constitución Política de 1991; Ley 1437 de 2011 artículos 138, 155, 156, 161, 162; Ley 114 de 1913; Decreto 1743 de 1966; Decreto 2143/1995; Ley 4 de 1966 y Ley 6 de 1945.

1.4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Expone que al señor ÁLVARO ENRIQUE CÁRDENAS BOHÓRQUEZ, le asiste el derecho de ser beneficiario de la reliquidación de su pensión de jubilación, de conformidad con la normatividad citada. Por lo tanto se puede colegir que para el caso sub examine debe aplicarse la normatividad regente de la Ley 33 de 1985, no solo porque el peticionario cumple con el requisito de tiempo de servicio estipulado en las leyes que regulan la materia, para encuadrar su caso en ese marco jurídico, sino porque además es la más favorable, principio de rango constitucional de obligatoriedad en materia laboral.

Continuó su discurrir manifestando que, como el señor ÁLVARO ENRIQUE CÁRDENAS BOHÓRQUEZ cumple con los requisitos para ser beneficiario de la reliquidación de su pensión de jubilación, y esta se encuentra tutelada legalmente en el artículo 58 de la Constitución nacional que garantiza el reconocimiento total de los derechos adquiridos con justo título y atendiendo la fecha de nacimiento, y la fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, lo que permite establecer que se encontraba en el régimen de transición por ello para

la reliquidación de su pensión de vejez se le debe aplicar el régimen vigente a la fecha de su vinculación, como en efecto le fue reconocido pero con la inclusión de todos los factores salariales que devengaba al momento de adquirir su status de pensionado.

1.5. ACTUACIÓN PROCESAL:

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 29 de julio de 2013 (Fol. 8 C. Principal Nº 1).
- Admisión de la demanda: 9 de agosto de 2013 (Fol. 54 a 55 C. Principal Nº 1).
- Notificaciones: 18 de diciembre del 2013 (Fol. 98 a 99 C. Principal Nº 1).
- Contestación a la demanda: 28 de marzo de 2014 (Fol. 113 a 118 C. Principal Nº 1)
- Sentencia de primera instancia: 1 de octubre de 2014 (Fol. 177 a 185 C. Principal Nº 1).
- Recurso de apelación: 16 de octubre de 2014 (Fol. 196 a 201 C. Principal Nº 1).
- Audiencia de conciliación y concesión del recurso: 17 de febrero de 2015 (Fol. 228 a 232 C. Principal Nº 2).
- Auto que admite el recurso de apelación: 18 de marzo de 2015 (Fol. 4 Cuaderno de apelación).
- Auto que ordena traslado para alegatos de cierre: 7 de abril de 2015 (Fol. 14 Cuaderno de apelación).

1.5.1. RESPUESTA A LA DEMANDA:

La entidad demandada, en término oportuno, dio respuesta a la demanda en memorial visible a folios 113 a 118.

En cuanto a los hechos, manifiesta que son ciertos los relacionados con la pensión reconocida al actor y los factores tenidos en cuenta para ello.

En lo que atañe a las pretensiones del actor, se opuso a todas y cada una, por carecer de asidero jurídico y probatorio, proponiendo como medios exceptivos, los siguientes: i) Legalidad del acto administrativo demandado; ii) Compensación y iii) Prescripción trienal.

1.5.2. LA PROVIDENCIA RECURRIDA:

La Juez de primera instancia, luego de realizar el análisis normativo y jurisprudencial pertinente, determinó que al actor al momento de reconocerle la pensión de jubilación, no le fueron incluidos la totalidad de los factores salariales devengados durante los periodos 2005-2006, tal como se evidencia de dicha resolución y del certificado expedido por el Subdirector Administrativo y Financiero del Hospital Regional del II Nivel de Nuestra Señora de las Mercedes de Corozal.

Igualmente señaló que el actor nació el 20 de septiembre de 1947, teniendo 46 años a partir del 1 de abril de 1994, encontrándose cobijado con el régimen de transición y que para el último año de servicio devengaba los siguientes factores salariales: Auxilio de Alimentación, Auxilio de Transporte, Domingo y Festivo, Bonificación por Servicios y Bonificación Especial de Recreación, los cuales no fueron tenidos en cuenta al momento de liquidar la pensión de jubilación.

Indicó que al encontrarse cobijados en el Régimen de Transición consagrado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, se da la aplicación de la Ley 33 de 1985, atendiendo la tesis que ha mantenido el H. Consejo de Estado, y ratificadas en recientes jurisprudencias de esa misma Corporación, consistente en que se deberá incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, teniendo entonces derecho los actores a que se incluyan en su pensión todos los

emolumentos percibidos en el año inmediatamente anterior al retiro del servicio, sin importar si se encuentran enlistados o no en las leyes aplicables a cada caso en particular. Observando el principio de favorabilidad para la aplicación de éstos, aún más cuando se ha expresado que los factores enumerados en las Leyes 33 y 62 de 1985 no son taxativos, ya que son un principio general que buscan garantizar el principio de igualdad, primacía de la realidad sobre las formalidades (Art. 53 de la C.P.), entre otros, como lo es el art. 24 del C.S.T., es decir, atiende a la regla jurisprudencial, de que todo lo devengado como retribución a la labor prestada al empleador se llama salario. Dando lugar a las recomendaciones de la O.I.T., sobre la vigilancia que deben tener las autoridades estatales, para con los fondos pensiónales, para que den cumplimiento conforme al preámbulo de la constitución, el cual halla concordancia con el art. 24 del Código Sustantivo del Trabajo y el régimen establecido como salario.

De esta manera, los actores al encontrarse bajo el régimen de la Ley 33 de 1985 como bien se estableció, cuando entró a regir la Ley 100 de 1993, el Sr. Álvaro Enrique Cárdenas Bohórquez tenía más de la edad requerida, tal como lo mencionó en el acervo probatorio al caso en particular, se citan que efectivamente esos factores salariales se tienen que incluir.

1.5.3. EL RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandada oportunamente interpuso el recurso de apelación, en el siguiente sentido:

Argumenta que acude por vía de apelación en esta oportunidad pues no comulga con la tesis que defiende la Judicatura en sede de primera instancia, la cual, además de apartarse del marco legal que gobierna la prestación reconocida al demandante, supone un agravio palmario respecto de aquellos principios que organizan el modelo socioeconómico imperante en la actualidad, con ello queremos hacer referencia concretamente a la sostenibilidad por la que se debe

encausar al sistema pensional mismo.

Esboza que la posición asumida por el *A quo* dentro de la sentencia recurrida se desentiende en su totalidad de lo que dispuso el Legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, preceptiva legal que contiene un régimen de transición tendiente al amparo de ciertos requisitos y/o presupuestos que para acceder a una pensión exigían las normas derogadas y que en materia pensional imperaban antes de la creación del Sistema General de Pensiones.

Afirma que, olvidó el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sincelejo, que con la institución jurídica de la transición lo que se pretendió fue respetar ciertas y no todas las condiciones pensiónales que se encontraban vigentes previa la promulgación de la Ley 100 de 1993, disposición normativa que sabemos tuvo como fin entre otras cosas, unificar el sistema pensional colombiano debido a la multiplicidad de regímenes que gobernaban el mismo y que hacían de éste un modelo insostenible desde el punto de vista fiscal. La plurimencionada transición y esta es nuestra postura, conforme el mandato legal expreso, contenido en la Ley 100 de 1993, se circunscribió al respeto de los requisitos y/o presupuestos que sobre edad, tiempo de servicio y monto establecía la norma contentiva del régimen anterior al cual estaba vinculado el trabajador previa la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, para con ello acceder y poder luego reconocer el derecho a una pensión de jubilación o de vejez según el caso.

Reseña que, revisando los factores salariales enlistados en el Decreto 1158 de 1994 en comparación con los factores que fueron incluidos dentro de la reliquidación que decretó la Unidad Judicial en sede de primera instancia, colegimos que éstos últimos no se encuentran relacionados dentro de dicha norma, razón por la que creemos que no había lugar a que prosperaran las pretensiones de la demanda, pues no es posible que la entidad encartada en ejercicio de sus facultades legales reconozca o que los Jueces de la República

ordenen la concesión de una pensión en la que sean incluidos ciertos factores de los que primero, no encuentren en la Ley soporte alguno y segundo, de los cuales no se acredite el correspondiente aporte a la caja de previsión a la que estaba afiliado el trabajador.

Finalmente, no compartió la orden impartida por el *A quo*, en el sentido de condenar en costas y agencias en derecho, ya que, la sentencia impugnada al pronunciarse de fondo, resuelve condenar en costas y agencias en derecho, fundando el *decisum* en el solo hecho de haber prosperado las pretensiones de la demanda, sin dar una razón de peso que soporte la sanción. El actuar de la demandada no encuentra tacha, nótese que no estamos frente a una manifiesta carencia de fundamento legal, pues quien estudia el universo jurídico es consciente de la multiplicidad de interpretaciones y enfoques dados a las normas; de igual forma en parte alguna se evidencia el haber alegado hechos contrarios a la realidad, en otros términos dentro del asunto de marras no se tiene por probado actitud o conducta desleal alguna que convalide la sanción impuesta.

1.5.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA:

1.5.4.1. PARTE DEMANDANTE (fol. 22 a 28 del C. de 2da Instancia)

El extremo activo dentro del escrito de alegatos, reiteró los argumentos esgrimidos en el libelo demandatorio.

1.5.4.2. PARTE DEMANDADA (fol. 29 a 31 del C. de 2da Instancia)

Ratificó los argumentos de disenso contenidos en el recurso de alzada.

1.5.4.3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: En esta oportunidad procesal no emitió pronunciamiento alguno.

2. CONSIDERACIONES:

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

Se advierte que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto.

2.1. PROBLEMAS JURÍDICOS:

Con fundamento en los anteriores planteamientos de las partes, entra el Tribunal a dilucidar los siguientes problemas jurídicos:

¿Tiene derecho el actor a la reliquidación de su pensión de jubilación teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, factores que por norma especial o por su naturaleza son salario, así estos no estén expresamente consagrados en las Leyes 33 y 62 de 1985?

¿Violaron los actos demandados las normas en que deberían fundarse?

Para dar respuesta a los anteriores interrogantes, la Sala abordará los siguientes temas: **i)** La vigencia del sistema general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 y la aplicabilidad del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la misma, **ii)** Factores salariales establecidos legalmente y que conforman la base de liquidación pensional, **iii)** Las costas en el régimen procesal contencioso administrativo regulado por la ley 1437 de 2011**,** y **iv)** El caso concreto.

2.2. LA VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES CONSAGRADO EN LA LEY 100 DE 1993 Y LA APLICABILIDAD DE LAS LEYES 33 Y 62 DE 1985 A QUIENES GOZAN DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN:

El sistema general de seguridad social, incluyendo el sistema general de pensiones, empieza a consolidarse en Colombia con la expedición y vigencia de la Ley 100 de 1993 *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*. En la mencionada normativa, y para el estudio de su aplicabilidad a fin de respetar, por una parte, los derechos adquiridos y, por otra, las expectativas legítimas de las personas que habían consolidado su derecho antes de la entrada en vigencia o hubieran empezado su régimen de pensión con anterioridad a su aplicabilidad, es necesario integrar los artículos 36 y 151 de la ley en comento.

El primero de ellos consagra como supuestos de hecho para la aplicación de la transición y por tanto de la normativa vigente con anterioridad, el tener 40 años o más para los varones, 35 o más años de edad si son mujeres o 15 o más años de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema. La segunda de las normas establece la vigencia del sistema general de pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, hasta tanto lo determine la autoridad gubernamental, lo que deberá ocurrir a más tardar el 30 de junio de 1995.

Por lo anterior, para determinar la normativa aplicable para la liquidación de la pensión de vejez ha de establecerse en cada caso si el potencial pensionado goza del régimen anterior o del de transición.

Para el caso concreto encontramos que el actor adquirió el estatus de pensionado el 01 de mayo de 2003, y así se desprende de la lectura misma del acto administrativo que le reconoció y ordenó inicialmente el pago de su pensión (CD de Antecedentes Administrativos, carpeta 9107802, subcarpeta EXP, archivo 12).

Así las cosas, la pensión del accionante se encuentra regulada por las Leyes 33 y 62 de 1985, aplicable en virtud del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993[2], no obstante al momento de liquidar la mencionada pensión no se tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales que devengaba durante su último año de servicio.

Manifiesta la primera de las mentadas normas en su artículo 1:

> *"ARTÍCULO 1o. El empleado oficial que* ***sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) 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.*
>
> *(…)".* (Negrillas de la Sala).

En igual sentido la mencionada normativa, contempla los parámetros fijados para liquidar la pensión de jubilación, y los factores a incluir, para tal efecto dispone el artículo 3º modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985:

> *"ARTÍCULO 1o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*
> *Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional:* ***asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada***

[2] El señor CÁRDENAS BOHÓRQUEZ para la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1 de abril de 1994), contaba con más de 40 años de edad, por lo tanto acreditada el requisito de la edad, contenido en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (CD de Antecedentes Administrativos, carpeta 9107802, subcarpeta EXP, archivo 4).

nocturna o en día de descanso obligatorio.(Negrillas pertenecientes a la Sala).

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.".

Por lo dicho, para la Sala es claro, dado que la normativa aplicable es la Ley 33 de 1985, es a esta a la que hay que acudir para efectos de determinar el salario base de liquidación, habida cuenta que es la norma jurídica vigente a la fecha de consolidación del derecho a la pensión del actor y por lo tanto la aplicable en el *sub judice.*

2.3. FACTORES SALARIALES ESTABLECIDOS LEGALMENTE QUE CONFORMAN LA BASE DE LIQUIDACIÓN PENSIONAL Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL:

Como se expuso con anterioridad, las normas aplicables para efectos de determinar el salario de liquidación son las Leyes 33 y 62 de 1985, y es en esta misma normativa donde se señalan los factores salariales que se han de tener en cuenta para conformar la base de liquidación pensional.

Al respecto el artículo 3 de la norma referenciada, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, establece la forma cómo se liquidaría la pensión de jubilación señalando los siguientes factores:

- Asignación básica.
- Gastos de representación.
- Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación.
- Dominicales y feriados.
- Horas extras.
- Bonificación por servicios prestados.

- Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

No obstante lo anterior, se han expuesto varias interpretaciones por la jurisprudencia frente a cómo se debe efectuar la liquidación y los factores a tener en cuenta para ello, en primer lugar se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que solo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.

Lo dicho, dado que no obstante la claridad de la norma estudiada de forma aislada, existen otras normas que consagran diferentes medios remunerativas del servicio que son salario por disposición expresa del legislador o su naturaleza, por lo que en aplicación de los principios generales del derecho laboral de primacía de la realidad sobre la forma y de favorabilidad, han de interpretarse de manera integral para así establecer qué factores constituyen en realidad salario y liquidar la pensión con los ingresos efectivamente percibidos por el trabajador en su vida laboral activa.

Por otro lado, se relieva la interpretación que de la Ley 33 de 1985 ha realizado el CONSEJO DE ESTADO en especial al tema del salario base de liquidación de la pensión, posición que la Sala comparte, y para lo cual se permite transcribir en su aparte más importante:

> *"En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades,* ***no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza***

ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiado su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

…

a) De los factores de salario para liquidar pensiones.

Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002[3], precisó el sentido y alcance de las expresiones salario y factor salarial, así:

> *"(…) El salario (…) aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador (…)". En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) "constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones." En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que "además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios."*
> *(…)*
> *Según el artículo 42 ibídem son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador : la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.(…).".*

Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los ***factores que constituyen salario,*** *es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras,*

[3] Magistrado Ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

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

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener ***dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional****.*[4]*."*[5] (Resaltado por fuera del original)

Destaca la Sala que esta no es una posición aislada de la mencionada Alta Corporación, sino que es la línea que se consolida a partir de allí tal como se puede observar en decisiones más recientes[6].

Como conclusión de este numeral, para esta Corporación, el salario base de liquidación de la pensión debe incluir todos aquellos pagos que conforme a su naturaleza o norma especial son salario.

---

[4] Al respecto, ver el concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

[5] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Sentencia del 4 de agosto de 2010. Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). Actor: LUIS MARIO VELANDIA. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL.

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

2.4. LAS COSTAS EN EL RÉGIMEN PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO REGULADO POR LA LEY 1437 DE 2011:

En primer lugar, es necesario poner en claro qué se entiende por el concepto costas.

El lexicón, en su acepción condenar en, define las costas como:

> ***"condenar** a alguien **en ~s.***
>
> > ***1.** loc. verb. Der. En lo civil, hacerle pagar los gastos que ha ocasionado a sus contrarios en el juicio; y en lo criminal, agravar accesoriamente el castigo con el pago total o parcial de los gastos."*[7]

Ya el diccionario especializado, nos menciona sobre las costas procesales:

> *"Conjunto de gastos necesario generado en la mayoría de los procesos y que habrán de pagar las partes, ya sea cada una de ellas en la medida en que los haya ocasionado, ya una sola, si resulta "condenada en cosas".*
> …"[8]

Como puede inferirse, las costas, de acuerdo a la regulación legal, pueden ser consideradas, procesalmente hablando como:

- Una carga procesal, es decir, como aquél imperativo que emana de las normas procesales con ocasión al proceso, en cabeza de las partes, no exigible coercitivamente y cuya no ejecución acarrea para el renuente, consecuencias jurídico procesales desfavorables.

- Una obligación procesal impuesta a una o a ambas partes, como derecho subjetivo de contenido patrimonial[9] de donde se desprende el correlativo

---

[7] El Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia, (en línea) www.rae.es consultada el 27 de julio de 2010.
[8] Diccionario Jurídico Espasa. Madrid: Espasa Calpe S.A., 2002. p. 441.
[9] DEVIS ECHANDIA, Hernando. COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL. Teoría General del Proceso. Bogotá: Editorial ABC, 1981, tomo I, p. 9.

derecho procesal[10] en caso de imposición de la obligación a una de las partes, y a favor de la parte contraria.

Así las cosas, las costas en los procesos civiles y contencioso administrativos, entendidos como gastos procesales, es decir, como la asunción del valor de algunos actos procesales por las partes (notificaciones, honorarios de los auxiliares de la justicia, gastos procesales fijados al inicio del proceso, artículo 171 numeral 4 del C.P.A.C.A.) son claramente una carga procesal, de cuyo incumplimiento se puede derivar consecuencias procesales negativas, como por ejemplo la parálisis del proceso, el desistimiento tácito de la demanda (artículo 178 *ibídem*), etc.

Por otra parte, las costas ya entendidas como el costo que deben asumir las partes por el hecho de iniciar o resistir un proceso, para lo cual deben no solo cubrir los gastos procesales como cargas antes enunciados, sino que deben asumir el valor de la representación judicial que necesariamente debe estar presente en los procesos contencioso administrativos en donde se introducen pretensiones subjetivas (nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales) a través de abogado titulado e inscrito (artículos 24 y 25 del Decreto 196 de 1971), conocido este rubro como agencias en derecho, son valores que se impone cubrir para el ejercicio adecuado del derecho de acción o de contradicción, claramente son una obligación procesal que debe ser asumida en principio por quien ejerce el derecho, valga reiterar, de acción o contradicción, y que se queda como obligación procesal asumida por cada parte o se convierte en derecho a favor de una de ellas, de acuerdo a la regulación legal que el legislador consagre con relación a la condena en costas.

Sobre este punto, nos enseña el profesor MORALES MOLINA[11], que las diferentes teorías que soportan la condena en costas, son las siguientes:

---

[10] *Ibídem*. p. 8.
[11] Este aparte es desarrollado con base en el siguiente texto: MORALES MOLINA, Hernando. CURSO DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Parte General. Bogotá: Editorial ABC, 1991. p. 562 a 564.

- Que cada parte pague lo suyo, es decir, se impone a cada parte la carga de cubrir los costos que por su actuar se imponen.

- Que todo lo pague el vencido, es decir, las cargas procesales impuestas a lo largo del proceso a cada parte, adicionado en las agencias en derecho, se imponen de manera automática y objetiva a la parte vencida, por lo que a partir de éste momento la carga se convierte en una obligación procesal que debe asumir el vencido y un derecho procesal a favor de quien sacó avante el proceso, incidente o recurso.

- Que la carga u obligación de satisfacer el valor total, esté condicionada a ciertos elementos subjetivos como la culpa del vencido, lo que debe valorarse en la sentencia, es decir, la carga sólo se convierte en obligación y en el correlativo derecho, previa la verificación del elemento subjetivo de la responsabilidad al interior del proceso, lo que efectivamente debe valorarse por el juez en la decisión de fondo.

De acuerdo a nuestras regulaciones adjetivas, el Código de Procedimiento Civil, claramente se inclina frente a la teoría objetiva, dado que el artículo 392 numeral 1, en su redacción introducida por el artículo 42 de la Ley 794 de 2003, establece una condena automática para el vencido, quien debe correr con el costo de los gastos ocasionados en el proceso y debidamente soportados en el expediente, y las agencias en derecho. Por su parte, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo adoptado a través de la Ley 1437 de 2011, a diferencia del Código Contencioso Administrativo, se inclina igualmente por la teoría objetiva al remitir de forma directa en el tema de las costas la regulación adjetiva civil, es decir, el artículo 188 del C.P.A.C.A. debe interpretarse en concordancia con el artículo 392 del C.P.C., ya citado, por lo que claramente en este punto el proceso contenciosos administrativo sufre una importante modificación al pasar del régimen subjetivo (artículo 171 del C.C.A. en su

redacción modificada por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998) en donde la condena estaba sujeta a la valoración que el juzgador realizará de la conducta procesal del vencido, a uno objetivo en donde quien pierde el proceso asume de forma automática la condena por este concepto. En igual sentido regula la costas el Código General del Proceso en sus artículos 365 y 366, normativa aplicable a esta jurisdicción a partir del 1 de enero de 2014, tal como lo decidió la Sala Plena de lo Contencioso del CONSEJO DE ESTADO[12].

Basten las anteriores consideraciones legales, interpretativas, y jurisprudenciales para estudiar:

2.5. CASO CONCRETO.

Una vez analizado el *sub lite* a la luz del acervo probatorio existente en el proceso, este Cuerpo Colegiado precisa, que se encuentra debidamente probado que a ÁLVARO ENRIQUE CÁRDENAS BOHÓRQUEZ le fue reconocida la pensión de vejez por parte de la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL "CAJANAL" E.I.C.E., a partir del 1 de agosto de 2004, y que para su reconocimiento y pago se le aplicó el contenido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, liquidándosele la misma con base en el 75% del salario promedio devengado durante los años 1994 a 2004, esto es, teniéndole en cuenta la asignación básica percibida, dominicales y feriados, horas extras, recargo nocturno y bonificación por servicios prestados, tal como consta en el acto administrativo que le reconoce su derecho[13].

El señor CÁRDENAS BOHÓRQUEZ para la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (30 de junio de 1995), contaba con más de 40 años de edad, por lo

---

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

[13] CD de Antecedentes Administrativos, carpeta 9107802, subcarpeta EXP, archivo 12.

tanto acreditada el requisito de la edad, contenido en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (CD de Antecedentes Administrativos, carpeta 9107802, subcarpeta EXP, archivo 4), es nació el 20 de septiembre de 1947.

Asimismo se encuentra acreditado que, con motivo de una petición elevada por el accionante el día 26 de noviembre de 2007[14], por intermedio de la Resolución 15162 del 11 de abril de 2008, la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL CAJANAL E.I.C.E., dispuso la reliquidación de su pensión de vejez, aplicando nuevamente el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableciendo la forma de liquidación sobre el 75% del promedio de lo devengado entre el 6 de marzo de 1997 y el 6 de abril de 2006, tomando como factores computables los mismos que se encontraban relacionados en el acto administrativo de reconocimiento pensional.

Por otro lado, se encuentra claramente demostrado que en el último año de servicios del actor, el que transcurrió entre el 7 de abril de 2005 y el 7 de abril de 2006, fecha en la que fue retirado del servicio[15] en el cargo de Operario de Servicios Generales del Hospital Regional II Nivel Nuestra Señora de las Mercedes de Corozal, le fueron cancelados, según certificación suscrita por el Subdirector Administrativo y Financiero del Hospital Regional II Nivel Nuestra Señora de las Mercedes de Corozal, la cual reposa a folios 11 a 13 del Cuaderno Principal N° 1[16], aparte de la asignación básica, la bonificación por servicios y los dominicales y festivos; **el auxilio de transporte, auxilio de alimentación, bonificación especial de recreación, la prima de navidad y la prima de vacaciones,** los que no fueron tenidos en cuenta al momento de reliquidar la pensión vitalicia de jubilación.

En este punto, es menester aclarar que tanto la bonificación por servicios prestados como la prima de servicios, son acreencias laborales respecto de las

---

[14] De ello da cuenta la parte considerativa de la Resolución 15162 del 11 de abril de 2008 (fol. 22 a 26 C. Principal N° 1 y CD de Antecedentes Administrativos, carpeta 9107802, subcarpeta EXP, archivo 26 y 45.
[15] Ver CD de Antecedentes Administrativos, carpeta 9107802, subcarpeta EXP, archivo 28.
[16] Igualmente ver CD de Antecedentes Administrativos, carpeta 9107802, subcarpeta EXP, archivo 44.

cuales solo les asiste su pago a los empleados públicos del orden nacional, conclusión a la que se arribó por parte de este Cuerpo Colegiado en fallo adiado tres (3) de julio dos mil catorce 2014[17], en donde se afirmó:

> *"Respecto de la hoy demandada bonificación por servicios prestados, el Consejo de Estado, ha considerado:*
>
> *"La prima de servicios y la bonificación por servicios constituyen acreencias laborales que conforme a la normatividad prevista en el Decreto 1042 de 1978 sólo fueron establecidas para los empleados del orden nacional, sin incluirlas para los empleados públicos del orden territorial.*
>
> *Si bien es cierto las entidades territoriales no pueden arrogarse la facultad de fijar prestaciones salariales y sociales para sus empleados públicos pues ésta es una función reservada al Gobierno Nacional, esta Corporación en aras de proteger el derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la C.P., y con fundamento en el artículo 4 ibídem, ha inaplicado la expresión "del orden nacional" de las normas que regulan los salarios y prestaciones de los empleados nacionales, para reconocer a los empleados territoriales prestaciones del orden nacional[18].[19]*
>
> *(…)*
>
> *Tal y como se dejó sentado en precedencia, la línea jurisprudencial del CONSEJO DE ESTADO en supuestos jurídicos como el que ahora centra la atención de esta Colegiatura, permitía acceder a las súplicas de la demanda y en consecuencia reconocer los factores salariales consagrados en el Decreto 1042 de 1978 a los empleados públicos del orden territorial, inaplicando, por considerarla inconstitucional, la expresión "del orden nacional", contenida en el reseñado Decreto Ley.*

---

[17] TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS Sentencia No. 081 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO RADICACIÓN: 70-001-33-33-009-2013-00078-01 DEMANDANTE: MIGUEL PUENTES ANGULO DEMANDADO: MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA – SUCRE.
Ver el siguiente link: http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/SUCRE/TRIBUNAL%20ADMINISTRATIVO%20DE%20SUCRE/BOLETINES%20-%20DECISIONES%20SALA%20-%20DR%20LUIS%20CARLOS%20ALZATE%20%20RIOS/2013-78-01%20MIGUEL%20PUENTES%20SAN%20JUAN%20DE%20BETULIA%20PRESTACIONES%20D%201042%20DE%2078%20TERRITORIALES%20CONFIRMA%20Y%20MODIFICA.pdf
consultado el 11/08/2014 a las 3:20 p.m.

[18] Entre otras, sentencias de 27 de septiembre de 2007 Exp. No. 4327-2005 Actora: Blanca Edelmira Reyes Alfonso, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado. Sentencia de 23 de agosto de 2007 Exp. No. 0176-2004 Actora: Elvira Vargas Osorio. Magistrado Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

[19] CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve Sentencia del 6 de agosto de 2008, Exp No. 0507 -2006.

No obstante lo anterior, como corolario de la decisión contenida en la precitada sentencia C-402 de 2013, que es posterior a las decisiones del CONSEJO DE ESTADO, la CORTE CONSTITUCIONAL declaró ajustados a la Constitución, entre otros apartes del Decreto 1042 de 1978, la expresión que por parte del CONSEJO DE ESTADO se consideraba atentatorio de la Carta Política de 1991, por lo que, huelga concluir sin hesitación alguna, que el régimen contenido en el pluricitado decreto, le es exclusivamente aplicable a los empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, no siendo por tanto extensivo a los empleados del orden territorial con el argumento de la violación al derecho a la igualdad.

Igualmente, es menester aclarar que el Decreto 1919 de 2002 extendió a los empleados del orden territorial las prestaciones sociales y no los factores salariales del orden nacional. Por lo anterior, los empleados del orden territorial, no tienen derecho a que se les cancele la prima de servicios, la bonificación por servicios prestados y la prima de antigüedad, pues como ya se indicó, ellos son factores salariales". (Negrilla fuera del original)

En vista de lo expuesto en precedencia, la bonificación por servicios prestados son factores salariales que no deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación de un empleado del orden territorial, no obstante si bien es cierto, que el demandante ostenta la calidad de empleado del orden territorial – Auxiliar de servicios generales del Hospital Regional de II Nivel Nuestra Señora de las Mercedes de Corozal-, al mismo le asiste el derecho a que las acreencias mencionadas, le sean tenidas en cuenta como factor computable para la liquidación de su pensión de jubilación, ya que antes de la vigencia de la Ley 10 de 1990, el servicio público de salud era del orden nacional y por ello a sus empleados se les aplicaba las normas de este orden (Decretos 1042 y 1045 de 1978, entre otros), por lo que al convertirse en servicio territorial a partir de dicha ley, se respetaron los derechos de los empleados que venían vinculados a las entidades, conforme lo consagrado en los artículos 17 y 30 de la Ley 10 de 1990[20],

[20] *"Artículo 17º.- Derechos Laborales. Las personas vinculadas a las entidades que se liquiden, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, serán nombradas o contratadas, según el caso, por las entidades territoriales o descentralizadas, a las cuales, se hayan cedido los bienes, elementos o instalaciones para la prestación de servicios de salud, sin perder la condición específica de su forma de vinculación. A los empleados y trabajadores, se les aplicará el régimen salarial y prestacional, propio de la respectiva entidad, sin que se puedan disminuir los niveles de orden salarial y prestacional de que gozaban en la entidad liquidada. Cuando se trate de empleados de carrera administrativa, o que hayan desempeñado cargos de carrera, sin pertenecer*

al encontrarse vinculado antes de la vigencia de la mencionada ley a las entidades del sector salud.

En el mismo sentido, es imperativo esclarecer que la denominada prima o bonificación de recreación es una acreencia laboral que no debe tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación, a tal conclusión arribó el Tribunal Rector de la jurisdicción contenciosa, así[21]:

> *"Ahora bien, para efectos de liquidar la pensión de jubilación reconocida al accionante, se observa que no es posible tener en cuenta la bonificación por recreación por las siguientes razones:*
>
> *El Decreto 40 de 1998, expedido en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, en su artículo 1° estableció que su ámbito de aplicación se extendía a los siguientes servidores públicos:*
>
> *"Campo de aplicación. El presente decreto fija las escalas de remuneración de los empleos, que sean desempeñados por empleados públicos correspondientes a los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, Establecimientos Públicos, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, Empresas Industriales y Comerciales del Estado, Sociedades de Economía Mixta sometidas al régimen de dichas empresas, del orden nacional y de las Direcciones Generales de Bienestar Social y de Sanidad de la Policía Nacional.".*

---

a ella, se les reconocerá continuidad en la carrera o el derecho de ingresar a ella, respectivamente.

En lo relativo a los cargos que sean suprimidos se aplicarán en materia laboral las mismas normas previstas en el Decreto 77 de 1987 y sus decretos reglamentarios, en cuanto sean compatibles, y se garantizará, igualmente, la continuidad en la carrera administrativa o su derecho a ingresar a ella

Parágrafo.- La Nación responderá por el pago de las prestaciones adecuadas a la fecha de la liquidación o supresión de que trata el artículo anterior a las personas vinculadas a las entidades, dependencias o programas que se liquiden o supriman, según el caso, y cuya naturaleza jurídica sea del nivel nacional.

…

Artículo 30º.- Régimen de los trabajadores oficiales y de los empleados públicos. Las entidades públicas de cualquier nivel administrativo que presten servicios de salud, aplicarán a sus trabajadores oficiales, en cuanto sean compatibles, los principios y reglas propios del régimen de carrera administrativa, y les reconocerán, como mínimo, el régimen prestacional previsto en el Decreto 3135 de 1968, todo, sin perjuicio de lo que contemplen las convenciones colectivas de trabajo. A los empleados públicos del sector de la salud de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados, se les aplicará el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 17 de la presente Ley.".

[21] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2007-01044-01(0670-10) Actor: LUIS ANGEL HERNANDEZ SABOGAL Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – ISS

Por su parte, el artículo 15 del Decreto 40 de 1998, reguló la bonificación por recreación en los siguientes términos:

"Bonificación especial de recreación. Los empleados públicos a que se refiere el presente decreto tendrán derecho a una bonificación especial de recreación, en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de iniciar el disfrute del respectivo período vacacional. Igualmente, habrá lugar a esta bonificación cuando las vacaciones se compensen en dinero.

Esta bonificación no constituirá factor de salario para ningún efecto legal y se pagará por lo menos con cinco (5) días hábiles de antelación a la fecha de inicio en el evento que se disfrute del descanso remunerado.".

Entonces, el ordenamiento jurídico prescribe que la bonificación por recreación no constituye factor salarial para efectos prestacionales, por lo cual no puede accederse en este aspecto a la petición del demandante.

Adicionalmente, tampoco puede perderse de vista que el objeto de dicho reconocimiento no es remunerar directamente la prestación del servicio del empleado, sino, por el contrario, contribuir en el adecuado desarrollo de uno de los aspectos de la vida del mismo, como lo es la recreación; razón por la cual, es válido afirmar que esta es una prestación social y, en consecuencia, no puede ser incluida como factor para la liquidación de la pensión, máxime si, como se anotó anteriormente, el legislador así lo estableció expresamente". (Negrilla por fuera del texto original)

Así las cosas, vemos como la bonificación por recreación, por disposición expresa de su acto creador, deja sentado que la misma **no constituye factor salarial para ningún efecto legal,** aunado al hecho que, la misma constituye por naturaleza una prestación social adicional que se causa para efectos de que el empleado tenga un desarrollo más próspero de su periodo vacacional.

Decantado lo preliminar, analizado el concepto de la violación presentado, es claro que efectivamente el acto administrativo demandado ha trasgredido las normas violadas pretendidas por el libelista, dado que es necesario liquidar su pensión de vejez, teniendo en cuenta lo estipulado en las Leyes 33 y 62 de 1985, debiéndose incluir de acuerdo con las preceptivas señaladas, la totalidad de los factores salariales legales devengados en el último año de servicio, atendiendo a los principios de favorabilidad y progresividad de los derechos laborales, esto en aras de

propender por la condición más beneficiosa para el trabajador, en aplicación del principio constitucional laboral aludido de la favorabilidad.

En consecuencia sin ahondar en mayores disquisiciones, dispondrá esta Judicatura **CONFIRMAR** la sentencia objeto de alzada, pero **MODIFICANDO** el numeral segundo de la misma, en lo concerniente a los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para efectos de liquidar la pensión de vejez del demandante, los cuales en el *sub examine*, se circunscriben a la **asignación básica; la bonificación por servicios; los dominicales y festivos; el auxilio de transporte, auxilio de alimentación, la prima de navidad y la prima de vacaciones,** excluyéndose lo referente a la bonificación especial de recreación, por lo previamente esbozado.

Con relación al tema de la condena en costas, igualmente se aclaró que el nuevo régimen procesal implantó un régimen objetivo y por ello al concederse las pretensiones resistidas, el demandado se hace deudor de las mismas, sin entrar a analizar su conducta procesal, como lo pretende el apelante demandado.

2.6. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Sin constas en esta instancia, por la prosperidad parcial del recurso de apelación conforme lo consagra en numeral 5 del artículo 365 del C.G.P.

3. CONCLUSIÓN:

A guisa de conclusión, la Sala considera que el acto administrativo objeto de censura, vulneró las normas pretendidas por el extremo activo, por lo que su presunción de legalidad se encuentra desvirtuada y por tanto ha de **CONFIRMARSE** su declaratoria de nulidad, pero con la modificación reseñada *ut supra*.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN**

ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

FALLA:

PRIMERO: MODIFÍQUESE el numeral **SEGUNDO** de la sentencia apelada, **únicamente en lo relacionado con los derechos reconocidos al señor ÁLVARO ENRIQUE CÁRDENAS BOHÓRQUEZ –Rad. 2013-00176-00-** el cual quedará así:

> *"SEGUNDO: Para restablecer el derecho, ante la nulidad de los actos demandados, CONDENASE a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP-, para el caso del Sr. ÁLVARO ENRIQUE CÁRDENAS BOHÓRQUEZ –Rad. 2013-00176-, a que se le incluya en la base de liquidación de los actos demandados, la totalidad de los factores salariales, devengados y que se encuentran acreditados en la certificación expedida por el Subdirector Administrativo y Financiero del Hospital Regional II Nivel Nuestra Señora de las Mercedes de Corozal, como son la asignación básica; la bonificación por servicios; los dominicales y festivos; el auxilio de transporte, auxilio de alimentación, la prima de navidad y la prima de vacaciones, con excepción de la bonificación especial de recreación, haciendo las deducciones que le correspondan hacer conforme al Sistema General de Seguridad Social".*

SEGUNDO: CONFÍRMESE la sentencia apelada en lo demás, **únicamente en lo relacionado con los derechos reconocidos al señor ÁLVARO ENRIQUE CÁRDENAS BOHÓRQUEZ –Rad. 2013-00176-00-** según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, por lo previamente señalado.

CUARTO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

El proyecto de esta providencia fue estudiado, discutido y aprobado por la Sala en sesión del día de hoy, según Acta Nº 073.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ