



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintitrés (23) de abril de dos mil quince (2015)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 063

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

INSTANCIA:

SEGUNDA

Decide la Sala, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2014 por el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO - SUCRE dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por JOSÉ LUIS MEDINA HERNÁNDEZ, a través de la cual se accedieron a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES:

1. LO QUE SE DEMANDA:

Pretende la parte demandante lo siguiente¹:

¹ Fol. 3.



1.1.1. Declárese la nulidad parcial de la Resolución No. 0006023 del 31 de mayo de 2011, se concede pensión de jubilación con base en la Ley 33 de 1985.

1.1.2. Declárese la nulidad absoluta de la configuración de silencio administrativo por medio del cual el ISS no dio repuesta al derecho de petición.

1.1.3. Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho, ordenase a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES) que reconozca y pague al señor JOSÉ LUIS MEDINA HERNÁNDEZ lo siguiente:

a) Reliquidar la pensión de jubilación desde el 24 de enero de 2005 hasta la fecha en que se dictare sentencia, incrementándole el valor de la mesada pensional inicial a la suma de \$ 828.523,69 o en el valor que se establezca en el proceso, como consecuencia de la aplicación de la Ley 33 de 1985 y de los nuevos factores salariales, como prima de servicios, prima de navidad, auxilio de alimentación, prima de vacaciones y bonificación por servicios prestados percibidos durante su último año de servicios, además de la asignación básica mensual, como se explica en los hechos de este libelo, con los correspondientes aumentos legales, incluidas las mesadas adicionales de cada año.

b) El retroactivo pensional que se genere de dicha liquidación, a partir del 24 de enero de 2005 hasta cuando se efectúe la inclusión en nómina de pensionados del nuevo valor de la mesada del actora, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, con los incrementos anuales de Ley.

c) Se indexe el valor de las mesadas, primas y demás emolumentos adeudados hasta la fecha en que se haga efectivo el pago del retroactivo que resulte de la reliquidación efectuada.

d) Que se condene a la entidad demandada al pago de costas del proceso y agencias en derecho.

e) La liquidación de las anteriores condenas deberá efectuarse mediante



sumas liquidadas de moneda de curso legal en Colombia, y se ajustarán dichas condenas tomando como base el índice de precios al consumidor.

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:

Afirma que, prestó sus servicios personales a la E.S.E HOSPITAL REGIONAL II NIVEL DE SINCELEJO, desde el 14 de mayo de 1980 hasta el 31 de enero de 1989 (sic)²; equivalentes a 7301 días laborados, lo que se equipara a 1043 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones.

Indica que, su último sueldo devengado fue de SEISCIENTOS DIECISIETE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS (\$ 617.253) M.CTE., y que el último cargo desempeñado fue el de técnico de mantenimiento.

Expone que, conforme al hecho anterior, laboró por espacio de más de 20 años 3 meses y 11 días, es decir, 7301 días de servicios prestados a las entidades públicas señaladas, cotizando en pensiones al Instituto Seguro Social, 1043 semanas cotizadas.

Refiere que, el 24 de enero del año 2005, fecha en la cual tenía más de cincuenta y 55 años de edad y más de 20 años de servicios prestados al Estado, se presentó ante el ISS, Seccional Sucre; con el objeto de solicitar la pensión de jubilación a la que por disposición legal tiene derecho; dicha petición fue resuelta, a través de la Resolución No. 0006023 del 11 de mayo de 2011, en dicho acto administrativo se dispuso reconocer a su favor, darle cumplimiento al fallo judicial y se ingresa a nómina en cuantía de \$ 535.500, debiéndose aplicar la Ley 33 de 1985.

² Así se determina en la demanda, fol. 4. No obstante lo anterior, el verdadero tiempo de servicios del actor es del 14 d marzo de 1980 al 29 de febrero de 2000 (fol. 26).



Esboza que, presentó derecho de petición, en el sentido de que la entidad demandada le reliquidara la pensión de jubilación, con la aplicación de la Ley 33 de 1985 y con el objeto de que esta incluyera nuevos factores salariales y tomar la última asignación mensual devengada para liquidar la prestación económica en comento.

Manifiesta que, hasta la fecha la entidad demandada no ha dado repuesta alguna configurándose el silencio administrativo negativo.

Arguye que, es beneficiario del régimen de transición que trae la Ley 100 de 1993, en su artículo 36, ya que al entrar en vigencia este régimen pensional, él contaba con más de 40 años de edad, pues, al 1° de abril de 1994, tenía 43 años de edad y más de 15 años de servicios prestados al Estado.

Señala que, durante el último año de servicios, percibió la asignación mensual y demás factores salariales, tales como bonificación por servicios prestados, prima de servicio, prima de vacaciones, prima de navidad y subsidio de alimentación.

Reseña que, mediante derecho de petición en interés particular, solicitó a su último empleador – E.S.E. HOSPITAL REGIONAL II NIVEL DE SINCELEJO- se sirviera certificar los factores salariales que se tuvieron en cuenta para efectuar los aportes respectivos en pensiones al ISS desde su vinculación hasta el último día en que prestó sus servicios a esa entidad, así mismo, certificar la fecha a partir de la cual se retiró del servicio oficial, obteniendo respuesta de la misma, mediante oficio del 19 de septiembre de 2012, en el cual se relacionaron los factores que sirvieron de base para efectuar los aportes al ISS, tales como, asignación básica mensual, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, subsidio de alimentación, en el mismo sentido se certificó, que se retiró de esa entidad el 30 de enero de 2000.



1.3. NORMAS VIOLADAS:

En cuanto a las normas violadas mencionó las siguientes: artículo 36 de la Ley 100 de 1993; el artículo 3° inciso 2° y 3° de la Ley 33 de 1985 y el artículo 45 del Decreto 1045 del 7 de junio de 1978.

1.4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Expone que hay violación al artículo 36 de la Ley 100 de 1993; los artículos 1°, inciso 1°; 3° inciso 2° y 3° de la Ley 33 de 1985 y el artículo 45 del Decreto 1045 del 7 de junio de 1978, toda vez que el señor JOSÉ LUIS MEDINA HERNANDEZ es beneficiario del Régimen de Transición que trae la Ley 100 de 1993, en su artículo 36, ya que al entrar en vigencia este régimen pensional, él contaba con 43 años de edad y más de 15 años de servicios prestados al Estado. En este sentido, debió el ISS al liquidar la pensión, aplicar lo estipulado por la Ley 33 del 29 de enero de 1985, en su artículo 3°, inciso 2° y 3°.

Continuó su discurrir manifestando que, de igual forma el ISS dejó de aplicar al momento de liquidar la pensión del actor, lo normado por el artículo 45 del Decreto 1045 del 7 de junio de 1978, luego entonces, en consideración a las normas comentadas, ya se ha visto, que el ISS demandado, al liquidar la pensión de jubilación, al establecer el salario base de liquidación, tomó como base el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y dejó aplicar la Ley 33 de 1985 en cuanto a los factores salariales para liquidar dicha prestación, dejando de incluir el subsidio de alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, prima del servicios y prima de navidad devengados durante su último año de servicios y aplicando erróneamente al Acuerdo 049 de 1990.

Esbozó que en este sentido, el concepto del ISS, en cuanto a su negativa de no incluir para la liquidación de la pensión de Jubilación, la Ley 33 de 1985 y por ende todos los factores salariales devengados durante su último año de servicios,



choca tajantemente con lo expuesto por el Honorable Consejo de Estado en su Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda –Subsección “A”, en sentencia del 13 de marzo de 2003, Consejera Ponente Dra. ANA MARGARITA OLAYA FORERO, Radicación número: 68001-23-15-000-1998-0420-01(1746-02), Actor: Fabio Meléndez; Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL.

1.5. ACTUACIÓN PROCESAL:

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 15 de julio de 2013 (Fol. 19 y 30 C. Principal N° 1).
- Admisión de la demanda: 29 de agosto de 2013 (Fol. 55 a 56 C. Principal N° 1).
- Notificaciones: 9 de octubre del 2013 (Fol. 60 a 62 C. Principal N° 1).
- Contestación a la demanda: 11 de diciembre de 2013 (Fol. 74 a 76 C. Principal N° 1)
- Sentencia de primera instancia: 16 de septiembre de 2014 (Fol. 404 a 412 C. Principal N° 3).
- Recurso de apelación: 23 de septiembre de 2014 (Fol. 418 a 420 C. Principal N° 3).
- Audiencia de conciliación y concesión del recurso: 11 de febrero de 2015 (Fol. 455 a 456 C. Principal N° 3).
- Auto que admite el recurso de apelación: 23 de febrero de 2015 (Fol. 4 Cuaderno de Apelación).
- Auto que ordena traslado para alegatos de cierre: 3 de marzo de 2015 (Fol. 13 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 74 a 76 del cuaderno principal N° 1.

En cuanto a los hechos, manifiesta que muchos de ellos, no lo son, por ser argumentos y apreciaciones jurídicas; respecto a la solicitud de reliquidación pensional, asegura que COLPENSIONES no ha dado respuesta, toda vez que no existe sello o constancia digital de haberse presentado la misma.

En lo que atañe a las pretensiones de la actora, se opuso a todas y cada una, por carecer de asidero jurídico, proponiendo como medios exceptivos, los siguientes:
i) Inexistencia de las obligaciones reclamadas y ii) Prescripción.

1.5.2. LA PROVIDENCIA RECURRIDA:

El Juez de primera instancia, manifestó que a la luz de los hechos probados, se concluye que el accionante probó que era un empleado público al cual le fue reconocida su pensión de jubilación, y que para el 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el Sistema Pensional de la Ley 100 de 1993, contaba con 44 años de edad, por lo que se encuentra cobijado por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la mencionada ley, siendo entonces aplicable, el régimen pensional anterior a la ley 100 de 1993, es decir, la Ley 33 de 1985.

Asimismo señaló que, de conformidad con la constancia expedida por la Líder de la Unidad de Talento Humano del Hospital Universitario de Sincelejo, el demandante devengó los siguientes conceptos: asignación básica, auxilio de alimentación, prima de servicio, prima de navidad y prima de vacaciones; no obstante, la entidad demandada al momento de liquidarle la pensión en comento sólo tuvo en cuenta la asignación básica.



Luego entonces concluyó, que en el caso concreto, el demandante tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación, a saber: además de la asignación mensual, la prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y auxilio de alimentación, por lo tanto, ha sido desvirtuada la presunción de legalidad el acto demandado por consiguiente de declarará su nulidad, accediéndose consecuentemente al restablecimiento del derecho ordenando a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, que proceda a reliquidar la pensión de jubilación al señor José Luis Medina Hernández identificado con cédula de ciudadanía N° 6.812.286 de Sincelejo, en cuantía del 75% de la asignación más elevada incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados por éste durante el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro (1999-2000), como son prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y auxilio alimentación.

1.5.3. EL RECURSO DE APELACIÓN:

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

Manifiesta que, se debe revocar la sentencia ahora impugnada, toda vez que la pensión de vejez reconocida al actor, se tuvo en cuenta el promedio de lo devengado efectivamente por el trabajador, de acuerdo con las cotizaciones efectuadas el sistema por quien fuera su empleador. Es claro y no se entiende por qué no tuvo en cuenta el *A quo* que al demandante se le reconoció y liquidó la pensión con una asignación pensional vitalicia del 75% teniendo en cuenta el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, tal y como lo ordena el artículo 1 de la Ley 33 de 1985. Atendiendo lo ordenado por el artículo 3 de dicha ley que dispone que las pensiones de los empleados oficiales como en el caso de la demandante siempre se liquidaran sobre



los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Indicó que, la respectiva liquidación de la pensión con fundamento en la ley arriba transcrita, que obliga a hacerlo con el 75% del ingreso base de cotización, el cual resulta de los aportes que hubiere efectuado al Sistema General de Pensiones, teniendo en cuenta para todos los efectos lo señalado en el art. 21 de la ley 100 de 1993, de acuerdo a ello, se aclara que el monto de la pensión o mesadas debe obedecer al salario promedio que sirvió de base para los aportes en sus años de servicio, es decir, la cotización debe someterse a lo efectivamente devengado, porque de no ser así, se generaría el fenómeno de la elusión de los aportes destinados a la pensión.

Insistió en señalar, que no basta simplemente contabilizar de manera superficial el salario devengado, sino que ha de observarse cuál ha sido el ingreso base de cotización con el que se han pagado los aportes al Instituto hoy COLPENSIONES, puesto que de no existir concordancia entre lo aportado al Sistema de Pensiones con lo devengado por el trabajador, existiría una descompensación en perjuicio de la entidad, y daría paso a los fenómenos de la evasión o elusión de aportes, tanto por quien fuera el empleador como por el trabajador.

Por último afirmó que, lo pedido por la parte actora a la entidad demandada sobre la reliquidación del 75% del último año de servicio porque en la resolución se hizo fue por los últimos diez años, se reitera por parte de COLPENSIONES lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia que en tal sentido ha señalado que en los casos en que el afiliado es beneficiario del régimen de transición en cuanto al ingreso base de liquidación es por los últimos diez años de servicio, por cuanto, el cambio de sistema no implica que el afiliado cuente con la opción de adoptar el nuevo régimen o conservar el anterior sino que en su beneficio se otorga la posibilidad de estar en un régimen con componentes del anterior (sentencia C.S.J. M.P. Eduardo López Villegas 7 de julio de 2009 expediente 36965) garantiza a los



afiliados que en el nuevo régimen se mantenga el tiempo de servicio, edad y semanas cotizadas y el monto de prestación en lo que toca a la tasa de reemplazo, pero no por lo referente al salario base de la liquidación que se encuentra establecido en el inciso 3 del art. 36 de la Ley 100 de 1993. De igual forma en otra sentencia de la misma corporación (C.S.J. en sentencia de 19 de noviembre de 2007 M.P. Francisco Javier Ricaurte) decide que los regímenes de transición como el contenido del art. 36 de la Ley 100 de 1993 constituye una excepción de la regla general de aplicación inmediata y retrospectiva de las leyes sociales que protegen a ciertas personas que se encuentran en el tránsito de una legislación a otra conservando unas prerrogativas o unos beneficios del anterior régimen pero las demás condiciones se rigen por el nuevo. Se concluye que el artículo 36 expreso claramente se desprende dos situaciones: que el régimen anterior se tiene en cuenta sólo edad, tiempo de servicios y numero semanas cotizadas y el monto de la prestación excluyendo las demás se rige por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Teniendo en cuenta lo expuesto, solicita revocar la sentencia proferida por el *Aquo* en primera instancia.

1.5.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA:

Ni las partes, ni el Agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación emitieron pronunciamiento dentro de esta etapa procesal.

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, y **iii)** 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 territorial, 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 23 de enero de 2005, y así se desprende de la lectura misma del acto administrativo que le reconoció y ordenó inicialmente el pago de su pensión (folios 21 a 24 y 291 a 294 del cartulario).

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 1993³, 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:

³ El señor MEDINA HERNÁNDEZ 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 (Ver folio 119 del expediente).



*“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 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 relievra 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 2002⁴, 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

⁴ Magistrado Ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.



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 ibidem 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, 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.^{5.}⁶ (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 recientes⁷.

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.

Bastan las anteriores consideraciones legales, interpretativas, y jurisprudenciales para estudiar el:

2.4. 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 JOSÉ LUIS MEDINA HERNÁNDEZ le fue reconocida la pensión de jubilación por parte del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, a partir del 1 de julio de 2011, en cuantía de \$535.600, tal como consta en el acto administrativo que le reconoce su derecho⁸.

⁵ 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.

⁶ 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.

⁷ 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 pie 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.

⁸ Folios 21 a 24 y 291 a 294 del expediente.



Igualmente, es un hecho demostrado, que el actor a la fecha de vigencia del sistema de seguridad social en salud implantado por la Ley 100 de 1993 (como ya se dijo, 30 de junio de 1995 para los empleados territoriales) contaba con 45 años de edad cumplidos⁹, por lo que es claro que goza del régimen de transición.

Asimismo se encuentra acreditado que, el actor a través de petición elevada el día 25 de julio de 2012¹⁰, solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación, sin obtener respuesta alguna por parte de la entidad de previsión encartada.

Por otro lado, se itera que, se encuentra claramente demostrado que en el último año de servicios del actor, el que transcurrió entre el 28 de febrero de 1999 al 29 de febrero de 2000¹¹, le fueron cancelados, según certificación expedida por la Líder de Talento Humano del Hospital Universitario de Sincelejo¹², **aparte de la asignación básica; la prima de servicios, prima de navidad, auxilio de alimentación, prima de vacaciones y la bonificación por servicios prestados**, los que no fueron tenidos en cuenta en su totalidad al momento de liquidar 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 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 2014¹³, en donde se afirmó:

⁹ El actor nació el 23 de enero de 1950, tal como consta en registro civil de nacimiento (fol. 119 C. Ppal.) y cédula de ciudadanía (fol. 20 *ibidem*).

¹⁰ Folios 27 a 28 del cartulario.

¹¹ Ver constancia del tiempo de prestación de servicios a folio 117 del plenario.

¹² Folio 374 de la actuación.

¹³ 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->



“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 ibidem, 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^{14, 15}

(...)

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.

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.

[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.

¹⁴ 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.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve Sentencia del 6 de agosto de 2008, Exp No. 0507 -2006.



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 prima de servicios y 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 –Técnico de mantenimiento del anterior Hospital Regional II Nivel de Sincelejo-, 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 el artículo 17 y 30 de la Ley 10 de 1990¹⁶, al encontrarse vinculado antes de la vigencia de la mencionada ley a las entidades del sector salud¹⁷.

¹⁶ “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 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”.

¹⁷ Ídem nota al pie N° 9.



Así entonces, decantado lo anterior a la luz del concepto de la violación presentado, es claro que efectivamente los actos administrativos demandados han 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 **CUARTO** de la misma, en lo concerniente a los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para efectos de liquidar la pensión de jubilación del demandante, los cuales en el *sub examine*, se circunscriben a la **asignación básica; la prima de servicios; prima de navidad; auxilio de alimentación; prima de vacaciones y la bonificación por servicios prestados**, acreencias que, se reitera, fueran devengadas por el actor, en su último año de servicios.

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

Se condenará a la parte recurrente que no le prosperó el recurso, el demandado, al pago de las costas correspondientes a esta instancia, de conformidad con lo consagrado en los artículos 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. En firme la presente providencia, ordénese que por el *A quo* se realice la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.



3. CONCLUSIÓN:

A guisa de conclusión, la Sala considera que los actos administrativos objetos de censura, vulneraron 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 **CUARTO** a la sentencia apelada, el cual quedará así:

*“**CUARTO:** A título de restablecimiento del derecho, como consecuencia de lo anterior, la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, procederá a reliquidar la pensión de jubilación al señor José Luis Medina Hernández, identificado con cédula de ciudadanía 6.812.286 de Sincelejo, en cuantía del 75% de la asignación más elevada incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados por éste durante el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro (1999-2000), como son la asignación básica; la prima de servicios; prima de navidad; auxilio de alimentación; prima de vacaciones y la bonificación por servicios prestados.*

La entidad demandada deberá realizar las deducciones correspondientes a que haya lugar de los aportes de las sumas que aquí se ordenan incluir y sobre las cuales no se hayan deducidos los mismos para efectos pensionales, en el porcentaje que corresponda al trabajador, y lo que corresponda por ese mismo concepto a la entidad empleadora, para lo cual podrá repetir contra ella para obtener su pago, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

Igualmente, en el evento que la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES- a la fecha de la presente sentencia ya hubiese efectuado la reliquidación de la prestación social del demandante en los términos que se dejaron



expuestos, dicha entidad procederá a descontar lo pagado por tal concepto, de las sumas que se ordenen reconocer y pagar en la presente providencia”.

SEGUNDO: CONFÍRMESE la sentencia apelada en lo demás, según lo expuesto en los considerandos de esta providencia.

TERCERO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la parte demandada apelante. En firme la presente providencia, por el *A-quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

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 N° 050.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ