TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veinticinco (25) de septiembre de dos mil catorce (2014)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 157

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 – PRIMA DE RIESGO DAS COMO FACTOR SALARIAS A TENER EN CUENTA EN LA PENSIÓN - 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 28 de abril de 2014 por el JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO - SUCRE dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por YERCI MARÍA REYES BORRE, 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 siguiente[1]:

1.1. Que se declare la nulidad parcial de la resolución No AMB 12734 del 26 de marzo de 2008, emanada del CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL EICE EN LIQUIDACION, mediante la cual concedió pensión de jubilación a la demandante, y se ordena la inclusión en nómina de pensionados.

1.2. Que se declare la nulidad absoluta el acto ficto o presunto, por medio del cual la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL EICE EN LIQUIDACION no resolvió la petición presentada el día 1 de abril de 2011.

1.3. Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene reliquidar la pensión de jubilación de la señora YERCI MARIA REYES BORRE, en cuantía de $1.271.205,83 desde el 1 de septiembre de 2007 hasta la fecha en que se dictare sentencia, incrementándole el valor de la mesada pensional inicial a la suma de $743.750 en el valor que se establezca en el proceso, como consecuencia de la aplicación de nuevos factores salariales, como prima de servicios, prima de vacaciones, subsidio de alimentación, bonificación por recreación, auxilio de transporte, prima de navidad, prima especial de riesgo, prima especial de riesgo, sueldo de vacaciones y factores por vacaciones percibidos por la accionante durante su último año de servicios, además de la asignación básica mensual.

[1] Fol. 3 a 4 del cuaderno principal.

1.4. Que se ordene pagar el retroactivo pensional que se genere de dicha liquidación, a partir del 1 de septiembre de 2007 hasta cuando se efectúe la inclusión en nómina de pensionados del nuevo valor de la mesada de la actora, con los incrementos anuales de Ley.

1.5. Que 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.

1.6. Que se reconozca y pague los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

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

1.8. 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, o al por mayor, conforme a lo dispuesto por el artículo 179 del Código Contencioso Administrativo.

1.9. Para el cumplimiento de la sentencia, se ordenará dar aplicación a los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

1.2. LOS HECHOS EN QUE SE FUNDA:

La accionante fundamenta las anteriores pretensiones, en los hechos que a continuación el Tribunal procede a resumir:

Señala que, nació el día 18 de julio de 1950, prestó sus servicios personales al sector público con un total de 7483 días, equivalentes 1069 semanas.

Refiere que, el último sueldo devengado fue de ochocientos siete mil cuatrocientos treinta y un mil pesos ($ 807.431, oo) m/cte., y que el último cargo desempeñado fue el de auxiliar de servicios.

Indica que, laboró por espacio de más de 20 años, 9 meses y 13 días, es decir, 7483 días de servicios prestados a las entidades públicas señaladas, cotizando en pensiones a la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, 1069 semanas cotizadas.

Expone que, cuando tenía más de cincuenta y cinco (55) años de edad y más de 20 años de servicios prestados al Estado, solicitó la pensión de jubilación a la que por disposición legal tiene derecho; la que fue resuelta favorablemente a sus intereses, a través Resolución N° AMB 12734 radicado N° 94200/2007, la entidad demanda dispuso conceder la pensión de jubilación, por cuanto cumplía con los requisitos legales para acceder a ellas y se ingresa a nómina y se reconoce una pensión mensual de $ 547.002,14. Anota, que la entidad demandada, tomó como base para liquidar la prestación económica, la Ley 33 de 1985, en cuya liquidación del IBL se tuvo el artículo 21 y 34 de la Ley 100 de 1.993.

Relata que, presentó derecho de petición el día 1 de abril de 2011, en el sentido de que la entidad demandada le reliquidara la pensión de jubilación con la inclusión de nuevos factores salariales y tomara la última asignación mensual devengada, solicitud de la cual hasta la fecha no ha recibido respuesta alguna por la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL.

1.3. NORMAS VIOLADAS:

En cuanto a las normas violadas mencionó las siguientes: artículo 36 de la Ley 100 de 1993; el artículo 3º inciso 2º y 3º 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 1.993; los artículos 1º, inciso 1º; 3º inciso 2º y 3º de la Ley 33 de 1.985 y el artículo 45 del Decreto 1045 del 7 de junio de 1.978, toda vez que la señora YERCI MARIA REYES BORRE es beneficiaria del Régimen de Transición que trae la Ley 100 de 1993, en su artículo 36, ya que al entrar en vigencia este régimen pensional, contaba con 42 años de edad y más de 15 años de servicios prestados al Estado, en este sentido debió CAJANAL EICE liquidar la pensión aplicando lo estipulado por la Ley 33 del 29 de enero de 1985, en su artículo 3º, inciso 2º y 3º.

Manifiesta que en consideración a las normas comentadas, la entidad demandada, al liquidar la pensión de jubilación, al establecer el salario base de liquidación, tomó como factores salariales la asignación básica de los 10 últimos años de servicios dándole aplicación al artículo 21 y 34 de la Ley 100 de 1.993 en cuanto a los factores salariales para liquidar dicha prestación, y dejando de aplicar íntegramente la asignación Básica del último año de servicio y además los factores salariales prima de servicios, prima de vacaciones, subsidio de alimentación, bonificación por recreación, auxilio de transporte, prima de navidad, prima especial de riesgo, prima especial de riesgo, sueldo de vacaciones y factores por vacaciones, devengados durante su último año de servicios y aplicando erróneamente el artículo 1º de la Ley 62 de 1.985, bajo el argumento de que "a partir de la Ley 33 de 1.985 (Enero 29 de 1.985) aplicable a todos los empleados oficiales vinculados en todos los órdenes, la liquidación de las pensiones deben efectuarse de conformidad con lo preceptuado en el inciso 3º del artículo 1º de la Ley 62 de 1.985".

1.5. ACTUACIÓN PROCESAL:

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 24 de julio de 2013 (Fol. 20 C. Principal).
- Admisión de la demanda: 12 de agosto de 2013 (Fol. 56 C. Principal).
- Notificaciones: 29 de octubre de 2013 (Fol. 59 a 60 C. Principal).
- Contestación a la demanda: 4 de febrero de 2014 (Fol. 96 a 101 C. Principal)
- Audiencia inicial con sentencia: 28 de abril de 2014 (Fol. 105 a 115 C. Principal).
- Recurso de Apelación: 8 de mayo de 2014 (Fol. 137 a 143 C. Principal).
- Audiencia de conciliación y concesión del recurso: 9 de junio de 2014 (Fol. 151 C. Principal).
- Auto que admite el recurso de apelación: 26 de junio de 2014 (Fol. 3 Cuaderno Nº 2).
- Auto que ordena traslado para alegatos de cierre: 21 de julio de 2014 (Fol. 12 Cuaderno No. 2).

1.5.1. RESPUESTA A LA DEMANDA:

La entidad demandada, en término oportuno, dio respuesta a la demanda en memorial visible a folios 96 a 101.

En cuanto a los hechos, manifiesta que son ciertos el 1, 2, 3, 4, 6 y 16; el 3 parcialmente cierto; de los demás supuestos fácticos aseveró que no le constan y que no son ciertos.

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

1.5.2. LA PROVIDENCIA RECURRIDA[2]:

La Jueza de primera instancia previo estudio de los antecedentes normativos y jurisprudenciales sobre el tema, manifestó que la señora YERCI MARÍA REYES BORRE, laboró al servicio del Estado, como Auxiliar de Servicios del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, que adquirió el status de pensionada a partir del 1 de septiembre de 2007, tal como consta en la Resolución No. 12734 del 26 de marzo de 2008. Que la demandante al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994) contaba con más de 40 años de edad, ya que nació el 18 de julio de 1950, es decir, que es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 que le permitía pensionarse con el régimen anterior contemplado en la Ley 33 de 1985. Igualmente, quedó demostrado que la demandante al momento de presentar la solicitud de pensión tenía la edad de 57 años, como lo indica la Resolución N° 12734 de 26 de marzo de 2008, en la que se le reconoció pensión vitalicia de jubilación en cuantía de $547.002.14 efectiva desde el 1 de septiembre de 2007, liquidándose con el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 10 años, conforme lo establece el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y solo se tuvo en cuenta la Asignación Básica y bonificación por servicios prestados. Que según certificación expedida por el Departamento Administrativo de Seguridad Seccional Sucre, la demandante en el último año que prestó los servicios se le canceló los siguientes conceptos i) Asignación básica, ii) Subsidio de alimento, iii) Prima de Riesgo, iv) Auxilio de transporte, v) Prima de Vacaciones, vi) Sueldo vacaciones, vii) Prima Navidad Servicio, viii) Bonificación Especial de Recreación y ix) Bonificación por servicios prestados.

Asimismo indicó, que en el acto acusado se señaló que en la liquidación definitiva que se le efectuó a la parte actora se tomó como base de liquidación la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, asistiéndole razón a la

[2] Fols. 262 a 286 Cuaderno principal. (CD-ROM # 2 a partir del minuto 1:35).

demandante cuando depreca se reliquide el ingreso base de liquidación incluyendo todos los factores salariales, toda vez que tal como lo señaló el Consejo de Estado el régimen de transición debe ser integral no puede limitarse a determinados aspectos, se debe entender que la situación jurídica de la demandante se rige por el régimen anterior a que entrara en vigencia la Ley 100 de 1993, es decir, la demandada debió tener en cuenta todos los factores para liquidar la pensión a la demandante y al no hacerlo el acto acusado pierde su presunción de legalidad.

Por lo anterior, y en aplicación del principio constitucional de favorabilidad en materia laboral, procedió a declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 12734 de 26 de marzo de 2008 en cuanto que solamente se tuvo en cuenta la asignación básica y bonificación por servicios prestado para el cómputo de la mesada pensional, siendo lo correcto que a la demandante se le liquidara su pensión en cuantía del 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios; en consecuencia, además de los factores (Asignación básica y bonificación por servicios prestados) que fueron tenidos en cuenta en la base de liquidación de la pensión se debieron incluir los siguientes factores: Subsidio de alimento, Prima de Riesgo, Auxilio de transporte, Prima de Vacaciones, Sueldo vacaciones, Prima Navidad Servicio y Bonificación Especial de Recreación.

1.5.3. EL RECURSO DE APELACIÓN[3]:

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

Señala que no está de acuerdo como en efecto lo hace el demandante y el Juez de primera instancia que la liquidación de la pensión que se estudia ha de resultar de aplicar íntegramente lo dispuesto en las disposiciones normativas que desarrollan y le dan vida al régimen pensional a que tiene derecho la actora, cuales son las

[3] Fols. 137 a 143 Cuaderno principal.

Leyes 33 y 62 de 1985.

Expone que, revisando los factores salariales enlistados en el Decreto 1158 de 1994 en comparación con los factores que pretende el accionante le sean incluidos dentro de la reliquidación que nos convoca, colegimos que éstos últimos no se encuentran relacionados dentro de dicha norma, razón por la que creemos que no hay lugar a que prosperen las pretensiones de la demanda.

Con relación a la condena en costas, afirma que de conformidad con lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, remite a las normas del C.P.C., artículo 392, precepto legal que organiza todas las reglas que se han de tener en cuenta a la hora de dictar sentencia para dictaminar la viabilidad de la condena en costas.

Refiere que no se desconoce la facultad del discrecional del fallador, para revisar la viabilidad de imponer la condena, a la parte que resulta vencida en el proceso judicial no obstante esta facultad no puede desconocer principios fundamentales de la actuación judicial como el debido proceso, el cual está descrito en el artículo 392 del CPC.

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

1.5.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA:

1.5.4.1. PARTE DEMANDADA (fol. 19 a 22 del C. de 2da Instancia)

La entidad demandada en el escrito de alegatos reiteró los argumentos esgrimidos en el recurso de apelación.

1.5.4.2. PARTE DEMANDANTE: Dentro de esta oportunidad procesal no

emitió pronunciamiento.

1.5.4.3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: En el término concedido no emitió concepto 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 la actora 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?

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 la actora adquirió el estatus de pensionada el 17 de noviembre de 2006, y así se desprende de la lectura misma del acto administrativo que le reconoció y ordenó inicialmente el pago de su pensión (Folios 23 a 27 del C. Principal y CD de Antecedentes Administrativos, carpeta CC33172543, archivo 10).

Así las cosas, la pensión de la 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[4], 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.

Se aclara, en la actora, en calidad de empleada del DAS, conforme lo consagra el artículo 10 del Decreto 1933 de 1989[5], le son aplicables las Leyes 33 y 62 de 1985.

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*

---

[4] La señora REYES BORRE para la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1 de abril de 1994), contaba con más de 35 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 CC33172543, archivo 6).

[5] *"ARTÍCULO 10. PENSION DE JUBILACION. Las normas generales sobre pensión de jubilación previstas para los empleados de la administración pública del orden nacional se aplicarán a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad.*
…"

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 JURISRPRUDENCIAL:

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 como 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 que 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) <u>De los factores de salario para liquidar pensiones.</u>

Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002[6], 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*

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

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****.*[7]*."*[8] (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[9].

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

---

[7] 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.

[8] 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.

[9] 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.

naturaleza o norma especial son salario.

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."*[10]

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".*
> *…"*[11]

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[12] de donde se desprende el correlativo

---

[10] El Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia, (en línea) www.rae.es consultada el 27 de julio de 2010.
[11] Diccionario Jurídico Espasa. Madrid: Espasa Calpe S.A., 2002. p. 441.
[12] DEVIS ECHANDIA, Hernando. COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL. Teoría General del

derecho procesal[13] 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[14], que las diferentes teorías que soportan la condena en costas, son las siguientes:

Proceso. Bogotá: Editorial ABC, 1981, tomo I, p. 9.
[13] *Ibídem*. p. 8.
[14] 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[15].

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 YERCI MARÍA REYES BORRE le fue reconocida la pensión de vejez por parte de la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL "CAJANAL" E.I.C.E. en su calidad de Auxiliar de Servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad –DAS-, a partir del 1 de septiembre de 2007, 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 de 10 años, esto es, la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, tal como consta en el acto administrativo que le reconoce su derecho[16].

Asimismo, se encuentra acreditado que, con motivo de una petición elevada por la accionante el día 5 de abril de 2011[17], por intermedio de la Resolución UGM008705

---

[15] 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.

[16] Folios 23 a 27 del C. Principal y CD de Antecedentes Administrativos, carpeta CC33172543, archivo 10.

[17] Ver folios 54 a 55 del C. Principal y CD de Antecedentes Administrativos, carpeta CC33172543, archivo 24.

del 19 de septiembre de 2011[18], la misma caja de previsión, reliquidó la prestación en mención, con base en el 75% del salario promedio durante los 10 años anteriores sobre los cuales ha cotizado o aportado el interesado entre 1 de agosto de 1999 y el 30 de julio de 2009, reiterando la inclusión de la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, como factores computables de la pensión de vejez. Huelga advertir que, respecto de la anterior decisión administrativa, no obra prueba dentro de la actuación que permita establecer que la misma fue efectivamente notificada a la actora.

Por otro lado, se encuentra claramente demostrado que en el último año de servicios de la actora, el que transcurrió entre el 31 de julio del 2008 al 31 de julio del 2009, fecha en la que fue retirada del servicio[19], le fueron cancelados, según certificación expedida por el Pagador Seccional del Departamento Administrativo de Seguridad Seccional de Sucre; el subsidio de alimentación, bonificación por recreación, prima de riesgo, prima de navidad, auxilio de transporte, prima de vacaciones y sueldo de vacaciones[20], los que no fueron tenidos en cuenta al momento de liquidar la pensión vitalicia de jubilación.

Así las cosas, analizado el caso concreto a la luz del concepto de la violación presentado, es claro que efectivamente los actos administrativos demandados han trasgredido las normas violadas pretendidas por la accionante, 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.

---

[18] Ver CD de Antecedentes Administrativos, carpeta CC33172543, archivo 32.
[19] Ver CD de Antecedentes Administrativos, carpeta CC33172543, archivo 15.
[20] Ver CD de Antecedentes Administrativos, carpeta CC33172543, archivo 20.

En cuanto a la prima de riesgo, es importante aclarar que efectivamente y atendiendo la literalidad de las normas que la consagran a favor de los empleados del DAS[21], en un primer instante la jurisprudencia contenciosa determinó su no inclusión en la base de liquidación[22], posición que empezó a cambiar y en decisiones posteriores se toma en cuenta dicho factor en la liquidación pensional[23], siendo unificado este último criterio en la providencia de la Sala Plena de la Sección Segunda, que este Tribunal trae a colación por su importancia en el tema:

> *"Teniendo en cuenta lo anterior, y con la finalidad de unificar criterios en torno al asunto específico de la prima de riesgo de los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, como factor para el reconocimiento de las pensiones de jubilación o de vejez de quienes sean sujetos del régimen de transición pensional, la Sala en esta ocasión se permite precisar que dicha prima sí debe ser tenida en cuenta para los fines indicados.*
>
> *Lo anterior, en primer lugar, porque la jurisprudencia de esta Corporación[24], ha entendido por salario la remuneración que percibe el trabajador por la prestación de un servicio a favor del empleador, de forma personal, directa y subordinada, el cual, no sólo está integrado por una remuneración básica u ordinaria sino también, por todo lo que bajo cualquier otra denominación o concepto, en dinero o en especies, ingrese al patrimonio del trabajador en razón a la prestación de sus servicios.*
>
> *Bajo estos supuestos, ha de decirse que todas las sumas que de manera* ***habitual y periódica*** *perciba el trabajador, son factores que integran el salario que éste percibe lo que incide de manera directa en la forma cómo se establecen los ingresos base de*

---

[21] De forma expresa las siguientes normas consagran la calidad no salarial de la prima de riesgo: Decreto 1933 de 1989, Decreto 132 de 1994, Decreto 1137 de 1994, decreto 2646 de 1994.

[22] Al respecto puede verse CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 4 de octubre de 2007, expediente No. 25000232500020031688, M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

[23] "*No comparte la decisión en cuanto negó la inclusión de la proporción correspondiente a la prima de riesgo, puesto que si bien es cierto que ella no está enlistada como uno de los factores sobre los cuales se establece la cuantía de la mesada pensional en el artículo 18 del Decreto 1933 de 1989, y que a la luz de los Decretos 2646 de 1994 y 1137 del mismo año, ella no constituye factor de salario, por tratarse en este caso particular de la aplicación de las previsiones de la Ley 100/93 en cuanto en el artículo 36 inciso tercero dispone que quienes se encuentren en el régimen de transición, que le faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, se ordenará su inclusión."* CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B". Consejero ponente: ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO. Sentencia del 3 de agosto de 2006. Radicación número: 25000-23-25-000-2002-09539-01(4788-05). Actor: ÁLVARO GÓMEZ CASTRO. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL.

[24] Sentencia de 8 abril de 2010. Rad. 1026-2008. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

cotización y liquidación de una prestación pensional."[25]

En consecuencia, en torno a lo hasta que dispuesto, es menester confirmar la providencia venida en alzada.

No obstante, dispondrá esta Judicatura **REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia objeto de recurso, específicamente en sus numerales tercero y quinto, concernientes a la declaratoria de la prescripción de las mesadas pensionales anteriores al 1 de abril de 2008, por las razones que se pasan a explicar:

Tal como se dejó sentado en líneas superiores, a la actora se le reconoció la pensión de vejez a través de la Resolución Nº 12734 de fecha 26 de marzo de 2008, la cual se hizo efectiva a partir del retiro del servicio, el que se dio hasta el 1 de agosto de 2009. La libelista elevó petición de reliquidación el 5 de abril de 2011, y con ella interrumpió **por una sola vez y por un lapso igual** la prescripción trienal que opera en el ámbito administrativo laboral (Art. 102 del Decreto 1848/69, art. 41 Decreto 3135 de 1968), hasta el 5 de abril de 2014, en consecuencia al ejercitarse la demanda el día 24 de julio de 2013, dentro del término de interrupción, es claro que **las acreencias deprecadas y reconocidas en el presente asunto, no se encuentran afectadas por el fenómeno preclusivo aludido, dado que con la presentación de la demanda interrumpió nuevamente la prescripción (artículo 94 del C.G.P., norma vigente para la fecha de presentación de la demanda) y los efectos fiscales de la misma se remontan a la efectividad de la pensión, la que como se indicó, se dio el 1 de agosto de 2011 y no a partir del 1 de abril de 2008, como lo menciona la providencia recurrida.**

Por lo anterior, se aclarará el numeral tercero y se revocará el numeral quinto.

---

[25] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. MAGISTRADO PONENTE: Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE. Sentencia del 1 de agosto de 2013. Expediente: 44001233100020080015 0 01. Referencia: 0070-2011. Actor: HÉCTOR ENRIQUE DUQUE BLANCO. AUTORIDADES NACIONALES.

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 los actos administrativos objeto de censura, vulneraron las normas pretendidas por la accionante, por lo que su presunción de legalidad se encuentra desvirtuada y por tanto ha de **CONFIRMARSE** su declaratoria de nulidad, pero con las salvedades respecto de la fecha de efectos fiscales y prescripción, reseñadas *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: MODIFÍCASE el numeral **TERCERO,** el que quedará así:

> ***"TERCERO:*** *Los efectos fiscales de la sentencia se fijan a partir del 1 de agosto de 2011, fecha de efectividad de la pensión por retiro del servicio."*

SEGUNDO: REVÓCASE el numeral **QUINTO** de la sentencia apelada, por lo expuesto en la parte motiva y en su lugar, **DECLÁRESE** no probada la excepción de prescripción.

TERCERO: CONFÍRMESE la sentencia apelada en lo demás, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia, por lo previamente considerado.

QUINTO: 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° 144.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Ausente en Comisión de Servicios