



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. 156

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: PRIMERA

Decide la Sala, en primera instancia, el fondo del proceso de la referencia que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instaura CONSUELO NAVARRO HERNÁNDEZ contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - U.G.P.P.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

I. ANTECEDENTES:

1.1. LO QUE SE DEMANDA:

Pretende la parte demandante lo siguiente¹:

- 1.1.1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 05515, calendada del 18 de febrero de 2008, por la cual la entidad de previsión CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL E.I.C.E reconoció y ordenó pagar pensión de vejez a la demandante, sin tener en cuenta todos y cada uno de los factores salariales devengados la prima de navidad, la prima de servicio y la prima de vacaciones, según lo ordenado en las Leyes 33 y 62 de 1985 y la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes y dársele aplicabilidad al principio de favorabilidad.
- 1.1.2. Que se declare la nulidad de la Resolución No. RDP 034541, calendada del 30 de julio de 2013 y notificada por aviso el día 13 de agosto de 2013, por parte de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP, que negó la reliquidación de la pensión de vejez a la demandante.
- 1.1.3. Como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP-, a reliquidar la pensión de jubilación, con inclusión del total de los factores salariales devengados durante el último año de servicios (31 de agosto de 2010 y 31 de agosto de 2011), esto es, además de la asignación básica mensual (sueldo), lo devengado por concepto de prima de servicio, prima de navidad, prima vacacional y la bonificación por servicios prestados, teniendo en cuenta, insisto, la condición de beneficiaria del régimen de transición, reconocida

¹ Fol. 1 a 2 del expediente.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

por la entidad, y que por tanto debe aplicarse de manera integral la legislación anterior a la ley 100 de 1993, a saber, las leyes 33 y 62 de 1985

- 1.1.4. Se condene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- a reconocerle y pagarle, las diferencias resultantes entre la nueva liquidación, efectuada en los términos del numeral anterior, y la contenida en la Resolución No. 05515 del 18 de febrero de 2008 (rad. 42951/2007); y hasta cuando ocurra el pago efectivo, y en forma vitalicia las mesadas con el nuevo monto aumentado en la misma proporción.
- 1.1.5. Las sumas de dinero reconocidas devengarán los intereses señalados en el artículo 195 del C.P.A.C.A, desde la fecha de ejecutoria del fallo.
- 1.1.6. Las sumas de dinero reconocidas serán indexadas desde que se hicieron exigibles hasta la fecha de ejecutoria del fallo.
- 1.1.7. Que se condene en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas.
- 1.1.8. La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 192 y 195 del C. P.A. y de lo C. A.

1.2. LOS HECHOS EN QUE SE FUNDA:

Fundamenta las anteriores pretensiones, en los hechos que a continuación el Tribunal procede a resumir:

Asegura que, mediante la Resolución No. 05515 del 18 de febrero de 2008 - radicado 42951/2007, la entidad de previsión CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL E.I.C.E "CAJANAL", le reconoció a la accionante una pensión vitalicia en cuantía de \$471.580.70-salario mínimo legal vigente. Decisión que le fue notificada personalmente, el día 9 de abril de 2008.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

Refiere que, el retiro definitivo del servicio de la actora, se produjo mediante Decreto N° 0622 de fecha 29 de junio de 2011, emanado por el señor gobernador Dr. Jorge Carlos Barraza Farak, pero con efectividad a partir del 31 de agosto de 2011.

Expone que, el último año efectivo de servicios de la demandante corrió desde el 31 de agosto de 2010 al 31 de agosto de 2011.

Indica que, en fecha de junio 21 de 2013, la libelista solicitó a la UGPP, se le reliquidara su pensión de vejez, toda vez, que al momento de hacérsele el reconocimiento la entidad demandada solo tuvo en cuenta la asignación básica y la bonificación por servicios prestados; dejando por fuera factores salariales tales como la prima de navidad, la prima de servicio y la prima de vacaciones.

Relata que, mediante la Resolución No. RDP 034541 del 30 de julio de 2013, y notificada por aviso el día 13 de agosto de 2013, la entidad demandada le negó la solicitud de reliquidación de su pensión de vejez, por las consideraciones en ellas anotadas.

Afirma que, para los años 2010 y 2011, la señora CONSUELO NAVARRO HERNÁNDEZ devengó aparte de la asignación básica mensual, los siguientes factores salariales: bonificación por servicios prestados; prima de servicios; prima de vacaciones y prima de navidad.

1.3 NORMAS VIOLADAS:

Se citan como normas violadas, los artículos 2, 25, 53 y 58 de la C.P.; las leyes 33 y 62 de 1985 y la ley 100 del 1993.

1.4 CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN:

Como concepto de la violación, manifiesta que el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, M.P. Dr. REINALDO ARCINIEGA, en



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

sentencia del 27 de noviembre de 1987, expediente 2158, actor ROBERTO GRIMALDOS PALENCIA, dijo en unos apartes:

Es entendido que el concepto “salarios” implica todo lo que constituye remuneración al trabajo, a saber: sueldos, primas, subsidios, bonificaciones, etc.; y por tanto lo que percibe el empleado oficial constituye salario.

Por ser mi mandante acreedor de la pensión que efectivamente le fue reconocida, y haberlo obtenido afiliado a la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL E.I.C.E “CAJANAL”, por aportes que le hiciera de su empleador, con los porcentajes que no le fueron tenidos en cuenta devengados, cuando obtuvo el status de pensionado, dispone de los recursos que aporta el estado para cubrir estos conceptos.

Posteriormente citó la sentencia de unificación de la Sección Segunda del CONSEJO DE ESTADO, CP: Víctor Alvarado Ardila, radicado: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), fechada 4 de agosto de 2010 Luis Mario Zelandia vs. CAJANAL, en la cual se revalidó la tesis de que se debe aplicar integralmente el régimen anterior a la ley 100 de 1993, y que en materia de factores salariales inclusivos dentro de la base salarial, deben tenerse en cuenta todos los que hubiere devengado el servidor durante el último año de servicios, amén la lista contenida en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 (modif. Ley 62/85), la que se entiende como enunciativa, que no taxativa.

1.5 TRÁMITE DEL PROCESO:

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 13 de diciembre de 2013 (fol. 7 y 60).
- Inadmisión de la demanda: 23 de enero de 2014 (fol. 62).
- Corrección de la demanda: 7 de febrero de 2014 (fol. 84 a 68).



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

- Remisión por competencia: 20 de febrero de 2014 (fol. 84 a 85).
- Admisión de la demanda: 12 de marzo de 2014 (fol. 90).
- Notificación a las partes: 1 de abril de 2014 (fol. 98).
- Recepción de acuse de recibo de la notificación: 1 de abril de 2014 (fol. 99 a 102).

1.5.1 RESPUESTA A LA DEMANDA:

La entidad demandada contestó en término, en memorial visible a fol. 138 a 144, en donde manifiesta que los hechos 1, 2, 3, 4 y 6 son ciertos.

En cuanto al 5, lo admite pero manifiesta que la no inclusión de ciertos factores salariales en el cálculo de la mesada primigenia obedeció al estricto cumplimiento de las leyes pensionales aplicables al caso.

En lo que respecta a los hechos 7, 8, 9, 10 y 12, afirma que no constituyen hechos, puesto que son manifestaciones subjetivas de la parte actora.

Por último frente al hecho 11 expone que no es cierto, puesto que la norma citada no es aplicable al sub examine.

Por otra parte se opone a todas las pretensiones de la demanda, presentando como medios exceptivos los siguientes:

INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA POR INDEBIDO AGOTAMIENTO DE LA VÍA DE LOS RECURSOS:

Argumenta que en la actualidad no se ha agotado en la forma correcta la vía de los recursos antiguamente denominada vía gubernativa, lo que implica que la demanda adolece de requisitos necesarios para poder formularse, ya que no se evidencia dentro del expediente administrativo escrito de recurso de apelación en contra del último acto proferido por la entidad encartada, es decir, la Resolución N⁹ RDP 034541 del 30 de julio de 2013.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

Señala que, al analizar las pretensiones de la demanda que nos convoca se tiene que entre los actos acusados se encuentra la Resolución N- RDP 034541 del 30 de julio de 2013, en la que la Subdirección de Determinación de Derechos Pensionales, niega la solicitud elevada por la actora en el sentido de obtener reliquidación pensional, en dicho acto se informa a la peticionaria que en caso de no estar conforme con la decisión tomada, podrá hacer uso de los recursos de reposición y apelación ante dicha Subdirección, sin embargo al revisar el cuaderno administrativo no encontramos prueba fehaciente que demuestre que la actora haya agotado el recurso de alzada obligatorio para poder acceder ante la jurisdicción.

ILEGALIDAD DEL ACTO DEMANDADO: Expone que, el reconocimiento practicado por la entidad demandada es legal y así debe ser declarado en la sentencia que ponga fin a este litigio, no compartimos la tesis según la cual se debe aplicar la integridad de la Ley 33 de 1985 por cuanto en nuestro sentir el Régimen de Transición es claro en lo que respecta a los beneficios que consagra, no siendo uno de ellos el tema de la liquidación del IBL y mucho menos el de tomar factores salariales distintos a los enlistados taxativamente en el Decreto 1158 de 1994.

Por otro lado, manifiesta que el régimen aplicable a la actora es el que claramente determinó la Ley 100 de 1993, por la sencilla razón que para antes de la entrada en vigencia de esta norma la demandante no reunía los requisitos para ser beneficiaria de ningún derecho pensional de los que disponían las normas vigentes hasta antes del 1 de abril de 1994, es en vigencia del actual sistema general que la señora Navarro Hernández reúne los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de que trata la Ley 33 de 1985, y esta norma es aplicable porque la misma Ley 100 de 1993, así lo permitió, consagrando una excepción que cobijara a ciertas personas.

PRESCRIPCIÓN: Esboza que en caso de darse por probado que desde el momento del reconocimiento pensional y hasta el momento en el que la actora acudió a la administración para la reliquidación aquí perseguida, transcurrieron más



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

de tres años, todas aquellas mesadas causadas con anterioridad al trienio que precedió la reclamación se encuentran prescritas, por lo que deberá declararse la operancia del fenómeno de la prescripción sobre ellas. Lo anterior de ninguna forma implica aceptación o allanamiento alguno respecto de las pretensiones objeto de estudio en el presente trámite.

EXCEPCIÓN GENÉRICA: En virtud del alcance del principio de búsqueda de la verdad formal en materia de excepciones, frente a los poderes oficiosos del juzgador es necesario afirmar que lo fundamental no es la relación de los hechos ni los fundamentos de derecho que configuran una determinada excepción, sino la prueba de los mismos, por ende, si el juzgador encuentra probados los hechos que las constituyen deberá reconocerla oficiosamente.

1.5.2 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Se desarrolló esta etapa en la audiencia inicial, tal como da cuenta el acta.

II. ARGUMENTOS DE LA CORPORACIÓN:

Cabe advertir que la Sala no observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto, previas las siguientes consideraciones.

2.1. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN, DE LA DEMANDA Y DE SENTENCIA DE FONDO, JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:

En este punto y como condición para la decisión de fondo del proceso, se pronuncia el Tribunal sobre los presupuestos procesales atinentes a la acción y la demanda, la jurisdicción y competencia, la capacidad para comparecer al proceso, las



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

formalidades de la demanda, la capacidad de los litigantes para ser partes, el ejercicio del derecho de postulación, la caducidad y la legitimación en la causa.

La Sala considera que los presupuestos procesales atinentes al medio de control y a la demanda se encuentran reunidos, existiendo demanda en forma a la luz de los artículos 161 y 162 del C.P.A.C.A., quedando definido el tema de la excepción previa de inepta demanda al momento de decidir las mismas en la audiencia inicial (fol.158 a 167).

Con relación a los requisitos de procedibilidad, es claro que efectivamente sí se agotaron dado que, se demandó tanto el acto administrativo que le reconoció la pensión a la actora, como la determinación que le negó la reliquidación de su pensión de vejez (folios 9 a 13, 14 a 15 y CD de Antecedentes Administrativos, carpeta CC22240480, archivo N° 11 y carpeta CC_22240480, archivo N° 2701), y por otro lado, al girar la presente discusión sobre derechos ciertos e indiscutibles de contenido pensional, no era obligación agotar la etapa de la conciliación previa.

En cuanto a la caducidad, se tiene que esta litis no debe atenderla, por cuanto de forma clara el artículo 164 numeral 1 literal c establece que se pueden demandar en cualquier tiempo los actos que niegan o reconocen prestaciones periódicas como las pensiones.

Es competente esta Corporación para conocer, en primera instancia, del presente medio de control, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 152 numeral 2 del C.P.A.C.A.

En cuanto a la capacidad de los litigantes y el derecho de postulación, demanda en el presente caso una persona natural, mayor de edad, actuando por intermedio de apoderado, por lo que se supera este requisito. En igual sentido, se demanda a una entidad de derecho público con personería jurídica, la UNIDAD



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – U.G.P.P, y ha actuado a través de abogado acreditado.

La legitimación en la causa por activa se encuentra debidamente probada, dado que la accionante es la interesada y afectada con los actos administrativos que se demandan. La legitimación en la causa por pasiva igualmente se encuentra acreditada, al ser la entidad demandada la que expidió los actos administrativos de los cuales se solicita su nulidad.

2.2. DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ACUSADOS:

Pretende la demandante se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución N° 05515 del 18 de febrero de 2008, a través del cual la entidad de previsión CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL E.I.C.E., le reconoció una pensión vitalicia de vejez; asimismo la nulidad de la Resolución N° RDP 034541 del 30 de julio de 2013, mediante la cual se le negó la solicitud de reliquidación de su pensión de vejez teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante su último año de servicios.

Por lo anterior, le corresponde a la Sala realizar el análisis de legalidad de los actos determinados, teniendo en cuenta el marco propuesto por la demandante en el acápite de normas violadas y concepto de la violación.

2.3. PROBLEMA JURÍDICO:

¿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?



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

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

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

Se aclara que las excepciones de ilegalidad del acto demandado y prescripción presentadas por la parte demandada poseen relación directa con el proceso y constituyen en realidad argumentos frente a las pretensiones y no excepciones de fondo², por lo que se aborda el tema central de debate.

2.4. 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

² Entendidas las excepciones de fondo como hechos nuevos, incluidos en el proceso por el demandado en ejercicio de su legítimo derecho de defensa, como forma especialísima de ejercer el derecho de acción. La jurisprudencia nos ilustra sobre el tema: "... la excepción es una especial manera de ejercitar el derecho de contradicción o defensa en general que el corresponde a todo demandado, y que consiste en oponerse a la demanda para atacar las razones de la pretensión del demandante, mediante razones propias de hecho, que persigan destruirla o modificarla o aplazar sus efectos."



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

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 14 de enero 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 9 a 13 y CD de Antecedentes Administrativos, carpeta CC22240480, archivo N° 11).

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 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:

“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.

³ La señora NAVARRO HERNÁNDEZ para la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1 de abril de 1994), contaba con 47 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.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

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 3° modificado por el artículo 1° 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, y 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 de la actora y por lo tanto la aplicable en el *sub judice*.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

2.5. 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 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



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

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 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

⁴ Magistrado Ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.



Jurisdicción Contenciosa

Administrativa

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 *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 recibe 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**



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

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:

2.6. 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 CONSUELO NAVARRO HERNÁNDEZ 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 Administrativo, a partir del 20 de octubre de 2006, 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

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: VÍCTOR 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.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

promedio durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la referida prestación, esto es, la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, tal como consta en el acto administrativo que le reconoce su derecho⁸.

Por otro lado, se encuentra claramente demostrado que en el último año de servicios de la actora, el que transcurrió entre el 31 de agosto de 2010 al 31 de agosto de 2011, fecha en la que fue retirada del servicio⁹ desempeñando el cargo de Auxiliar Administrativo, Grado 42, Código 407 en la Institución Educativa San Juan Bautista del municipio de Caimito (Sucre), le fueron cancelados, según certificación expedida por el Líder del Programa Administrativo y Financiero de la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre; la prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad¹⁰, los que no fueron tenidos en cuenta 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 2014¹¹, en donde se afirmó:

“Respecto de la hoy demandada bonificación por servicios prestados, el Consejo de Estado, ha considerado:

“La prima de servicios y la bonificación por servicios constituyen acreencias laborales que conforme a la normatividad prevista en el Decreto 1042 de 1978 sólo fueron establecidas para los empleados del orden nacional, sin incluirlas para los empleados públicos del orden territorial.

⁸ Folios 9 a 13 y CD de Antecedentes Administrativos, carpeta CC22240480, archivo N° 11.

⁹ Folios 17, 44, CD de Antecedentes Administrativos, carpeta CC22240480, archivos N° 6 y 15.

¹⁰ Folios 34 a 35.

¹¹ 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.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

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^{12,13}

(...)

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.

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)

¹² 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.

¹³ CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve Sentencia del 6 de agosto de 2008, Exp No. 0507 -2006.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

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.

Amén de lo anterior, 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, **con la salvedad hecha alrededor de la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados.**

Corolario de lo anterior, pasa la Sala a analizar lo correspondiente al restablecimiento del derecho y liquidación que se debe pagar.

2.6.1. LIQUIDACIÓN DEL DINERO QUE SE DEBE PAGAR.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala declarará:

2.6.1.1. Que la parte actora tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague una pensión de vejez, con fundamento en las Leyes 33 y 62 de 1985, es decir, equivalente al 75% del promedio en el último año de servicios¹⁴, de los factores contemplados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, **que para el caso concreto son, aparte de la asignación básica, la prima de vacaciones y la prima de navidad, excluyéndose lo concerniente a la prima de servicios y la**

¹⁴ Artículo 3 de la Ley 33 de 1985.



Jurisdicción Contenciosa
Administrativa

bonificación por servicios prestados, la cual tendrá efectos fiscales a partir del 31 de agosto de 2011, más los reajustes legales a los que haya lugar.

La anterior fecha de reconocimiento, teniendo en cuenta que si bien a la actora se le reconoció la pensión de vejez a través de la Resolución N° 05515 de fecha 18 de febrero de 2008, la misma se hizo efectiva a partir del retiro del servicio, el que se dio hasta el 31 de agosto de 2011, por tanto al haberse presentado la petición de reliquidación del 21 de junio de 2013¹⁵ de que da cuenta la parte motiva de la Resolución RDP 034541 del 30 de julio de 2013, con ella interrumpió en debida forma la prescripción trienal que opera en el ámbito administrativo laboral (Art. 102 del Decreto 1848/69, art. 41 Decreto 3135 de 1968) y al ejercitarse la demanda el día 13 de diciembre de 2013, es claro que las acreencias deprecadas y reconocidas en esta providencia, no se encuentran afectadas por el fenómeno preclusivo aludido, razones suficientes para denegar este medio exceptivo.

Por otra parte, es importante tener en cuenta que conforme lo ha reiterado la jurisprudencia contenciosa¹⁶, en caso de que sobre los factores que esta providencia ordena tener en cuenta para la liquidación de la pensión, la parte accionante no haya realizado los correspondientes aportes, la entidad demandada se encuentra facultada para liquidar y descontar dichas sumas de los valores a pagar.

2.6.1.2. Indexación mes a mes desde la consolidación del derecho a la pensión de vejez, con efectos fiscales a partir del 31 de agosto de 2011, así: Una vez liquidado

¹⁵ Ver CD de antecedentes administrativos CC_22240480 archivo 2801.

¹⁶ “Ahora bien, debe advertirse que 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, significa que aun cuando se trate de una pensión de régimen especial, el empleado está obligado a pagar los respectivos aportes sobre todos los factores que según el mismo régimen deben tenerse en cuenta para la determinación de la base, obligación que por lo demás, si no se cumple por cualquier motivo, no da lugar a que se niegue la inclusión de determinado factor, sino a que al momento del reconocimiento la entidad de previsión haga los descuentos correspondientes ...” CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN “A”. Consejero ponente: DR. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Sentencia del 10 de noviembre de 2010. Radicación número: 25000-23-25-000-2005-00052-01(0568-08). Actor: JOSÉ LUIS MARTÍNEZ ARTEAGA. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

el valor de la pensión, cada mesada causada se indexará utilizando la siguiente fórmula:

$$Ra = Rh \times \frac{\text{IPC FINAL}}{\text{IPC INICIAL}}$$

En donde el valor presente de Ra se determina multiplicando el valor histórico Rh, que es la correspondiente mesada, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al mes anterior a la ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago de las diferentes mesadas). Por tratarse de pagos de reajustes de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada pensional, comenzando por la correspondiente al mes de septiembre de 2011 (fecha a partir de la cual se hizo efectiva la pensión), y para los demás teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente a la causación de cada uno de ellos.

2.6.1.3. Se dará cumplimiento al presente fallo en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A. y la misma devengará intereses en los términos consagrados en el artículo 195 *Ibidem*.

2.7. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. y por la prosperidad de las pretensiones de la demanda, se condenará a la parte demandada al pago de las costas correspondientes a esta instancia. En firme la presente providencia, realícese la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

3. CONCLUSIÓN:

A guisa de conclusión, esta Judicatura considera que los actos administrativos contenidos en la Resolución N° 05515 del 18 de febrero de 2008 y en la Resolución N° RDP 034541 del 30 de julio de 2013, vulneraron las normas pretendidas por ésta por lo que su presunción de legalidad se encuentra desvirtuada y por tanto ha de declararse su nulidad y ordenarse el restablecimiento del derecho, como ya se indicó.

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: DECLÁRESE no probadas las excepciones de **LEGALIDAD DEL ACTO DEMANDADO** y **PRESCRIPCIÓN**, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLÁRESE la nulidad de los actos administrativos contenidos en la Resolución N° 05515 del 18 de febrero de 2008 proferida por la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL E.I.C.E., y en la Resolución N° RDP 034541 del 30 de julio de 2013 proferida por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL “UGPP”.

TERCERO: DECLÁRESE que la parte demandante tiene derecho a que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL “UGPP”, le reconozca y pague una pensión vitalicia de vejez, en la cuantía que



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

resulte de la reliquidación ordenada en esta sentencia, con efectos fiscales a partir del 31 de agosto de 2011.

CUARTO: ORDÉNESE a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL “UGPP”, que de las sumas que resulten a favor de la actora, se le descuente lo que ya fue reconocido y pagado en virtud de la resolución que inicialmente reconoció la pensión de vejez, y en caso de que la accionante no haya realizado los correspondientes aportes por las factores que la presente providencia ordena tener en cuenta para la reliquidación de su pensión, liquidará y descontará dichas sumas de los valores a pagar.

QUINTO: CONDÉNESE a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL “UGPP”, a que sobre las sumas adeudadas le pagué a la actora el reajuste de su valor, conforme al índice de precios al consumidor, con la aplicación de la fórmula referenciada en la parte motiva de este fallo y con efectos fiscales a partir del 31 de agosto de 2011.

SEXTO: ORDÉNESE a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL “UGPP”, incluir en nómina de pensionados el valor que debe ser reconocido y el pago de la reliquidación de mesadas atrasadas, con efectos fiscales a partir del 31 de agosto de 2011.

SÉPTIMO: La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL “UGPP”, **DARÁ** cumplimiento a este fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y si así no lo hiciere, se condena al pago de los intereses previstos en el artículo 195 *ibídem*.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

OCTAVO: CONDÉNESE en costas de primera instancia a la parte demandada. En firme la presente providencia, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

NOVENO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** a la demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso, **CANCÉLESE** su radicación, **ARCHÍVESE** el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI y para su cumplimiento, **EXPÍDASE** copia con destino a la partes, con las precisiones del artículo 114 del C.G.P. Las copias destinadas a las partes, serán entregados a los apoderados judiciales que han venido actuando.

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