TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, doce (12) de septiembre dos mil trece (2013)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 071

TEMAS:	APLICABILIDAD DE LAS LEYES 33 Y 62 DE 1985 A QUIENES ADQUIEREN EL ESTATUS DE PENSIONADO ANTES DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY 100 DE 1993 - FACTORES SALARIALES ESTABLECIDOS LEGALMENTE Y QUE CONFORMAN LA BASE DE LIQUIDACIÓN PENSIONAL
INSTANCIA:	SEGUNDA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL EN LIQUIDACIÓN CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN contra la sentencia proferida el 10 de mayo de 2013 por el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO- SUCRE dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por VÍCTOR MANUEL BUELVAS BENAVIDES, a través de la cual se accedieron

parcialmente a las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES:

Solicita el accionante:

1.1.1. Que se declare la nulidad de la Resolución No. UGM 038966 de 20 marzo de 2012, notificada el 11 de mayo de 2012, emanada del despacho del Gerente Liquidador y como consecuencia se restablezca el derecho ordenando a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL EN LIQUIDACIÓN CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN la reliquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación, así como el correspondiente retroactivo pensional, teniendo en cuenta la aplicación de las normas legales señaladas en la demanda.

1.1.2. Estos valores serán actualizados de conformidad con lo previsto en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, aplicando en la liquidación la variación promedio mensual del Índice de Precios al Consumidor, desde la fecha de causación del derecho hasta que se reconozca la obligación.

1.1.3. Que estos valores se liquidaran en concreto y se dará cumplimiento a la sentencia en los términos del articulo 192 de la Ley 1437 de 2011.

1.2. RESEÑA FÁCTICA

Relata el actor que prestó sus servicios al Estado por término de 7810 días, siendo su último empleador el Servicio Seccional de Salud de Sucre hoy en día DASSALUD-SUCRE.

Asegura, que adquirió su estatus de pensionado el 20 de enero de 1986, fecha en la que reunió los requisitos mínimos para acceder a la pensiona mensual vitalicia de jubilación, es decir, la edad (55 años) y el tiempo de servicio (más de 20 años de cotización en pensiones en el sector oficial).

Afirma que se le reconoció la pensión vitalicia de jubilación mediante Resolución No. 028255 del 31 de diciembre de 1997 emanada de la Subdirección de Prestaciones Económicas de CAJANAL E.I.C.E.

Señala, que en la mencionada resolución se tuvo en cuenta para efectos de liquidar la pensión mensual vitalicia de jubilación, el tiempo de servicios prestados en el cargo de Celador Servicios Generales en el Servicio Seccional de Sucre, durante los últimos 12 meses que laboró en esa entidad, es decir, desde el 30 de septiembre de 1986 hasta el 30 de septiembre de 1987 fecha en que se retiró definitivamente del servicio.

Manifiesta, que en el acto en cita, para efectos de liquidar la pensión mensual vitalicia de jubilación CAJANAL E.I.C.E., solo le tuvo en cuenta la asignación básica y la bonificación por servicios prestados.

Informa, que CAJANAL E.I.C.E. no tuvo en cuenta los factores salariales percibidos al momento de otorgarle la pensión de jubilación, tal y como lo señala la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 de 1985, en los 12 últimos meses que prestó sus servicios al Estado, es decir, el período comprendido del 30 de septiembre de 1986 hasta el 30 de septiembre de 1987, en los que devengó horas extras, dominical y festivo, las primas de servicios, navidad y vacaciones.

Aduce, que el Servicio Seccional de Salud de Sucre hoy en día DASSALUD-SUCRE, cotizó a CAJANAL E.I.C.E, los salarios y factores salariales percibidos.

Manifiesta, que no opera la prescripción trienal debido a que se han presentado

peticiones con anterioridad ante CAJANAL E.I.C.E, así como se demuestra con la Resolución 23708 del 10 de noviembre de 2004 que niega la solicitud de reliquidación de pensión solicitada el 21 de octubre de 2003 y la Resolución No. 097721 del 21 de febrero de 2006 que niega la solicitud de reliquidación de pensión solicitada el 29 de septiembre de 2005, por tal razón fueron interrumpidas la prescripción de las mesadas pensionales.

Informa igualmente el actor, que mediante apoderado envió a CAJANAL E.I.C.E, escrito de agotamiento de la vía gubernativa el 28 de julio de 2011 por la empresa de mensajería REDEX, guía No. 0475446, la cual fue recibida el 1 de agosto de 2011 y radicada el 5 de agosto del mismo año, donde solicitó la reliquidación de pensión de jubilación, y como quiera que la entidad dentro del término no dio respuesta a la petición, se vio abocado a presentar una acción de tutela la cual correspondió al Juzgado 1º Penal del Circuito de Sincelejo, radicación 2011-00105-00 Demandante: VÍCTOR BUELVAS BENAVIDES, Demandado: CAJANAL E.I.C.E, EN LIQUIDACIÓN.

Menciona que con ocasión al fallo de tutela, la entidad demandada profiere la Resolución No. UGM 038966 de fecha 20 de marzo de 2012, notificada el 11 de mayo de 2012, emanada del despacho del Gerente Liquidador, acto administrativo que niega la reliquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación, por cuanto señala que la liquidación efectuada se profirió de conformidad con los factores taxativamente señalados en la Ley 62 de 1985, el cual no contempla como factores a liquidar; las primas de navidad, vacaciones, servicios, auxilios de transporte, ni alimentación, cuando si se observa la petición radicada los factores salariales que se piden se incluyan para efectos de reliquidar la mesada pensional son horas extras, dominicales y festivos, ya que la asignación básica y la bonificación por servicios prestados fue tenida en cuenta por CAJANAL, al momento de otorgar la mesada pensional inicial.

1.3. NORMAS VIOLADAS:

En cuanto a las normas violadas mencionó las siguientes:

- La Constitución Política en su artículo 1, 2, 25, 29, 53, y 93.
- Ley 64 de 1946, artículo 20.
- Ley 100 de 1993, artículo 36.
- Decreto 1042 de 1978.
- Decreto 1045 de 1978, artículo 45.
- Decreto 1848 de 1989.

1.4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

El argumento central de las pretensiones reclamadas y cuya violación en su parecer hace nulo el acto administrativo, es que le nieguen la reliquidación de la pensión vitalicia de jubilación con la inclusión de los factores salariales reclamados, por ser titular del régimen de transición señalado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al reunir los requisitos señalados en la norma al momento de entrar en vigencia la misma, y por haber adquirido el estatus jurídico para ser acreedor a la pensión vitalicia de jubilación el 20 de enero de 1986, es decir, antes de entrar en vigencia de la Ley 100 de 1993. Por tal razón, adquiere la titularidad de unos derechos consagrados en la norma, que le permiten hacerlos exigibles una vez reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación de vejez, ya que reuniendo tales requisitos le asiste el derecho a reclamar el reconocimiento de la misma, siendo la norma aplicable la señalada en las Leyes 33 y 62 de 1985, en cuanto a la edad, tiempo de servicio y factores constitutivos de salario, tal y como lo dispone la norma en comento.

Trae como fundamento de su afirmación, lo consagrado en el artículo 1 y 3 de la

Ley 33 de 1985, lo dispuesto por en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 y añade además lo anotado en dos providencias del CONSEJO DE ESTADO alusivas al tema en mención, del 20 de marzo de 2003 radicación No. 3137-02, y del 21 de septiembre de 2000 radicación No. 470-99.

1.5. ACTUACIÓN PROCESAL:

La demanda fue presentada el 10 de septiembre de 2012[1] y su admisión se dio mediante auto de 19 de septiembre de 2012[2]. Fue notificada el día 23 de noviembre de 2012[3]. Posteriormente mediante escrito presentado el 13 de febrero de 2013 se allegó escrito de contestación por parte del ente demandando, aceptando unos hechos, negando otros y oponiéndose a las pretensiones de la demanda.

Consecutivamente, el *A quo* citó a audiencia inicial, la que se celebró el día 10 de mayo de 2013, en donde agotado el objeto de la misma y atendiendo que no existían pruebas que practicar, se dictó fallo de primera instancia, el cual es objeto de apelación.

1.6. LA PROVIDENCIA RECURRIDA[4]:

El Juez de primera instancia resolvió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, en atención a que consideró que efectivamente al actor le asistía el derecho de obtener la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al retiro definitivo del servicio, aplicando la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 5 de agosto de 2008, teniendo en cuenta la petición presentada para ello, el 5 de agosto de 2011.

---

[1] Fol. 44 Cuaderno principal.
[2] Fols. 45-48 Cuaderno principal.
[3] Fols. 51-53 Cuaderno principal.
[4] Fols. 48 a 65 Cuaderno principal.

1.7. EL RECURSO DE APELACIÓN[5]:

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

Argumenta que se reconoció la prestación al actor de conformidad normas vigentes para la fecha en que adquirió el estatus de pensionado, hecho que ocurrió el 20 de enero de 1986, que para dicha fecha se encontraban vigentes las Leyes 33 y 62 de 1985 preceptivas legales que contienen el régimen pensional aplicable a los empleados del sector público.

Por ello, CAJANAL en liquidación resolvió mediante acto administrativo reconocer la pensión mensual vitalicia de jubilación, equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios tal y como lo ordena la Ley 33 de 1985.

Manifiesta igualmente que, en cuanto a la determinación de los factores salariales que han de ser considerados para efectos de calcular la correspondiente mesada, se acudió a preceptuado por el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de esa misma anualidad, que de forma taxativa hace referencia a los factores que han de tener en cuenta al momento de reconoce la pensión, los que fueron considerados al momento de expedir el acto administrativo.

Expresa que el *A quo* al proferir la sentencia, en la parte considerativa y para fundamentar la decisión que se impugna, se basa en la jurisprudencia del Consejo de Estado, pronunciamientos que son criterios auxiliares de la actividad desempeñada por quienes administran justicia, de conformidad por lo previsto en

[5] Fols. 68 a 70 Cuaderno principal.

el artículo 230 superior, en cual preceptúa que los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la Ley y que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

El Juez de primera instancia acoge el criterio del Consejo de Estado en el sentido de que la Ley 33 y 62 de 1985 en cuanto se refiere a los factores salariales que han de ser considerados para efectos del reconocimiento pensional, han de ser entendidos de forma enunciativa y no taxativa, posición contra la que la defensa ha de arremeter, ya que si se observa con detenimiento tales preceptivas desde una interpretación literal, se encuentra que los factores enunciados han sido consagrados por el legislador de forma restrictiva, representando por consiguiente un desacierto y desconocimiento del ordenamiento jurídico.

Por lo manifestado, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y en consecuencia se nieguen las pretensiones de la demanda.

En atención a lo anterior se llevó a cabo el día 10 de julio de 2013 la audiencia de conciliación consagrada en el artículo 192 del C.P.A.C.A, declarándose fallida y concediendo el recurso de apelación interpuesto.

1.8. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA[6]-[7]:

Mediante auto del 16 de julio de 2013 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada CAJA NACIONAL DE PREVISIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL CAJANAL E.I.C.E EN LIQUIDACIÓN, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio público para que emitiera su respectivo concepto.

En esta oportunidad procesal, el demandado mediante escrito recibido el 22 de

[6] Fol.6 a 8 C-2. (Alegatos parte demandada).
[7] Fol.10 C-2. (Alegatos parte demandante).

julio de 2013 presenta sus alegatos, en donde reitera los argumentos expuestos tanto en la contestación de la demanda como en su recurso de apelación.

El accionante por su parte, alega en segunda instancia en oficio del 26 de julio de 2013, ratificándose en considerar que cumpliendo con los dos requisitos mínimos establecidos en las Leyes 33 y 62 de 1985, le asiste el derecho reclamado, y como quiera que dicho derecho se consolido antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 se le debe aplicar en su integridad la normativa vigente al momento, esto es la Leyes 33 y 62 de 1985.

El MINISTERIO PÚBLICO no emitió concepto al respecto.

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 el siguiente problema jurídico:

¿Un pensionado tiene derecho a que se le reliquide su pensión, incluyendo todos los 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)** Una aclaración especial sobre lo otorgado en primera instancia, **ii)** La vigencia del sistema general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 y aplicabilidad de las Leyes 33 y 62 de 1985 a quienes adquirieron el estatus antes de la misma, **ii)** Factores salariales establecidos legalmente y que conforman la base de liquidación pensional, **iii)** El caso concreto.

2.2. UNA ACLARACIÓN ESPECIAL SOBRE LO OTORGADO EN PRIMERA INSTANCIA

Sea lo primero aclarar que, revisada la demanda tanto en sus hechos como pretensiones, no existe claridad sobre cuáles factores pretende el actor que se incluyan dentro de la reliquidación pretendida, dado que esencialmente pretende la inclusión de las horas extras, dominicales y festivos, y en la providencia que da término a la primera instancia se le reconoció no solo este derecho, sino también tener en cuenta todos los factores devengados en el último año de prestación del servicio antes de adquirir el estatutos.

Para la Sala, atendiendo que en el caso *sub judice*, la calidad, por una parte, de derechos laborales en discusión que se califican en este caso como iusfundamentales dado que estamos en presencia de la afectación del mínimo vital de un pensionado, y por la otra, la condición de persona de especial protección constitucional del demandado, se considera viable dicho reconocimiento, dado que en estos casos se posibilita hacer uso de la herramienta de la interpretación de la demanda[8], e igualmente esta facultad se extrae de la existencia de fallos *extra* y *ultra petita* en materia laboral y iusfundamental, atendiendo igualmente el objeto y los principios que informan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la que busca la efectiva materialización de los derechos reconocidos en el orden jurídico (artículo 103 del C.P.A.C.A.), por lo que, en tratándose de la garantía de

[8] *"Pero esa facultad de interpretación tiene su límite, que no es otro que los hechos fundamentales afirmados y las peticiones, que a su vez pueden ser analizados para su debida comprensión, teniendo en cuenta el conjunto del libelo, pero cuya existencia o ausencia no puede ser desconocida ni suplida por el juez."* DEVIS ECHANDIA, Hernando. COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL. Teoría General del Proceso. Santa Fe de Bogotá: Editorial ABC, 1981, Tomo I. pág. 450.

derechos fundamentales, estos irrigan la actuación del Estado en todos sus niveles y por tanto este debe actuar como garante, protector y materializador de los mismos, función que igualmente debe cumplirse en el interior del proceso contencioso administrativo, máxime que en la apelación no se plantea argumento alguno por parte del recurrente en torno a este punto, por lo que se considera viable proseguir con el estudio de fondo del recurso.

2.3. LA VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES CONSAGRADO EN LA LEY 100 DE 1993 Y APLICABILIDAD DE LAS LEYES 33 Y 62 DE 1985 A QUIENES ADQUIRIERON EL ESTATUS ANTES DE LA MISMA

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 había 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, o 15 o más años de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema. La segunda de las normas establece la vigencia del sistema general de pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, hasta tanto lo determine la autoridad gubernamental, lo que deberá ocurrir a más tardar el 30 de junio de 1995.

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

del régimen anterior o del de transición.

Para el caso concreto encontramos que el actor adquirió el estatus de pensionado el 20 de enero de 1986, y así se desprende de la lectura misma del acto administrativo que le reconoce y ordena el pago de su pensión (fol. 21 C1).

Así las cosas, el accionante cumple con el supuesto de hecho consagrado en el artículo 151 de la Ley 100 de 1993, es decir, su pensión no se encuentra regulada por la Ley 100 de 1993, sino por las normas anteriores, que no son otras que las Leyes 33 y 62 de 1985, primera de las normas que en su artículo 1 dispone:

> *"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.*
> *(…)*
> *PARÁGRAFO 2o. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.*
>
> *Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad si son mujeres o cincuenta y cinco (55) sin son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.*
>
> *PARÁGRAFO 3o. En todo caso los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley.".*(Negrillas de la Sala).

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

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

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

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

2.4. FACTORES SALARIALES ESTABLECIDOS LEGALMENTE QUE CONFORMAN LA BASE DE LIQUIDACIÓN PENSIONAL Y SU INTERPRETACIÓN JURISRPRUDENCIAL

Como se expuso con anterioridad, la norma aplicable para efectos de determinar el salario de liquidación son las Leyes 33 y 65 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 que 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 cambiando 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[9], 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*

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

percibidos por los funcionarios en comisión.(…).".

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

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

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener ***dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional****.[10]."*[11]

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[12].

---

[10] 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.

[11] 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.

[12] 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.

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.

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

2.5. EL CASO CONCRETO

Una vez analizado el *sub lite* a la luz del acervo probatorio existente en el proceso, esta Corporación precisa, que se encuentra debidamente probado que a VÍCTOR MANUEL BUELVAS BENAVIDES le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte de la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL "CAJANAL" E.I.C.E EN LIQUIDACIÓN en calidad de Celador, a partir del 1 de octubre de 1987, y que para su liquidación se tuvo en cuenta la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, tal como consta en el acto administrativo que le reconoce su derecho[13].

Por otro lado, se encuentra claramente demostrado que el último año de servicios del actor, el que transcurrió entre el 30 de septiembre de 1986 y el 30 de septiembre de 1987, fecha en la que fue retirado del servicio[14] le fueron cancelados, según certificación expedida por la entidad a la cual prestó sus servicios, la prima de servicios, prima de vacaciones prima de navidad y horas extras dominicales y festivos[15], los que no fueron tenidos en cuenta al momento de liquidar la pensión vitalicia de jubilación.

Por lo tanto, analizado lo anterior a la luz del concepto de la violación presentado, es claro que efectivamente el acto administrativo demandado ha trasgredido las

---

[13] Fol. 22. Cuaderno principal.
[14] Fol. 30 a 33 Cuaderno principal.
[15] Fol. 30-31-C-1. (Certificación de salarios y tiempo de servicio)

normas violadas pretendidas por el accionante, dado que es necesario liquidar su pensión teniendo en cuenta para ello la totalidad de los factores salariales legales devengados en el último año de servicio, como quedó plasmado anteriormente.

Por otra parte y atendiendo la apelación formulada por el ente demandado, en torno a que se deben reconocer la liquidación de la pensión de jubilación con base en los salarios que taxativamente contiene la norma con la cual ente demandado efectuó la respetiva liquidación, sin acudir a criterios auxiliares de la justicia, sino sometiéndose al imperio de la ley, para esta Corporación no son de recibo estos argumentos, compartiendo lo dicho por el *A quo* cuando efectivamente interpreta la norma aludida al señalar que los factores que deben ser tenidos en cuenta a la hora de establecer el monto pensional a liquidar, deben ser entendidos de manera enunciativa, 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 de la favorabilidad, razones suficientes para desechar los argumentos del impugnante y **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 C.P.A.C.A. en concordancia con el artículo 392 del C.P.C., para la Sala la condena en costas en los procesos contencioso administrativos pasó de ser subjetiva[16] a objetiva[17], razón por la cual se condenará a la parte recurrente que no le prosperó el recurso, el demandado, al pago de las costas correspondientes a esta instancia.

En consecuencia, en aplicación del numeral 2 del artículo 392 del C.P.C. en

[16] En la normativa adjetiva anterior, se sujetaba la condena en costas a la conducta procesal de la parte vencida.
[17] El C.P.C. trae una regulación objetiva de las costas, es decir, el que pierda el proceso o se le resuelva desfavorablemente el recurso, se le condena en la medida que las costas se causen, pero sin necesidad de entrar a valorar su conducta procesal.

concordancia con el Acuerdo 1887 de 2007 de la Sala Administrativa del CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA[18], atendiendo los criterios fijados en el artículo 3 y 4 del mismo acuerdo, y teniendo en cuenta que no existe una liquidación expresa del derecho reconocido al actor, se fijan las agencias en derecho en la suma equivalente a **UN SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE** sobre la base de la duración actual de la segunda instancia que inició el 12 de julio de 2013, lo que equivale a la suma de **QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS PESOS ($ 589.500).** En firme la presente providencia, ordénese que por secretaría del *A quo* se realice la liquidación correspondiente.

3. CONCLUSIÓN

A guisa de conclusión, la Sala considera que el acto administrativo contenido en la Resolución No. UGM 038966 del 20 de marzo de 2012, proferidos por la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN "CAJANAL" E.I.C.E EN LIQUIDACIÓN, por medio de los cuales se niega la reliquidación de la pensión del accionante, vulneró las normas pretendidas por este, por lo que su presunción de legalidad se encuentra desvirtuada y por tanto ha de **CONFIRMARSE** la sentencia apelada que declara la nulidad del acto acusado y el respectivo restablecimiento del derecho al actor.

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,**

---

[18] *"III*

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

…
3.1.3. Segunda instancia.
…
Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.
…"

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia apelada, esto es, la proferida el 10 de mayo de 2013 en audiencia inicial por el **JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO**, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia al demandado **CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL "CAJANAL" E.I.C.E EN LIQUIDACIÓN. FÍJESE** las agencias en derecho en la suma equivalente a **UN SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE**, equivalente a la suma de **QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS PESOS ($ 589.500).** En firme la presente providencia, por secretaría del *A quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

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

El proyecto de esta providencia fue estudiado, discutido y aprobado por la Sala en sesión del día de hoy, según Acta N° 104.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ