



REPUBLICA DE COLOMBIA  
**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA** 260

---

Cartagena de Indias D. T. y C., doce (12) de diciembre de 2014.

**SENTENCIA No. 161 / 14**

**MEDIO DE CONTROL:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**DEMANDANTE:** HERNANDO ENRIQUE TEJEDA VIANA  
**DEMANDADO:** SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA  
**RADICACIÓN:** 13-001-33-33-012-2013-00019-00  
**ASUNTO:** RELIQUIDACIÓN PENSION DE JUBILACION (Nuevos Factores salariales-Compartibilidad)

Procede el despacho a dictar sentencia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho promovido por el señor HERNANDO ENRIQUE TEJEDA VIANA contra el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA.

**1- LA DEMANDA**

**1.1 PRETENSIONES**

Las pretensiones planteadas por el demandante pueden resumirse de la siguiente manera:

Que se declare la nulidad del acto administrativo No. 2-2012-014615 del 3 de septiembre de 2012 por medio del cual el SENA negó al demandante la petición de reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales.

Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad se ordene al SENA reliquidar la pensión de jubilación del demandante incluyéndole la totalidad de los factores salariales que devengó durante el último año de servicios, periodo que va desde el 30 de Abril de 2008 al 30 de Abril de 2009. Los factores que se deben incluir corresponden además de los tenidos en cuenta en la Resolución No. 01397 de 2009 que le reconoció la pensión de vejez, son: Subsidio familiar, prima de vacaciones, bonificación recreación vacaciones, sueldo por vacaciones, prima de servicios de Junio y Diciembre, viáticos, auxilio de manutención y gastos de transporte ocasionales y permanentes.

Que se cancelen al demandante debidamente indexadas las diferencias de las mesadas pensionales existentes entre los valores reconocidos y los que se le debió reconocer al reliquidarse la pensión incluyéndole los factores salariales señalados como parte del ingreso base de liquidación para el cálculo de la pensión.

Condenar al SENA a dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del CPACA.

Condenar en costas a la demandada.



**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00019-00  
HERNANDO ENRIQUE TEJEDA VIANA VS SENA

261

## **1.2 HECHOS**

Los hechos narrados en el escrito de demanda pueden resumirse de la siguiente manera:

El actor laboró en el SENA como Instructor Grado 20 en el Centro Agroempresarial y Minero de la Regional Bolívar en el periodo comprendido del 7 de Abril de 1978 al 30 de Abril de 2009.

Es beneficiario del régimen de transición establecido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, adquirió el status de pensionado el 29 de septiembre de 2005 y en virtud de esto, el SENA le reconoció pensión de jubilación mediante Resolución No. 01397 de 2009.

La demandada para efectos de calcular el ingreso base de liquidación le tuvo en cuenta solo los siguientes factores salariales devengados durante el último año de servicios: asignación mensual, prima técnica, horas extras diurnas, horas extras nocturnas, recargo nocturno, dominicales y festivos, bonificación por servicios y bonificación por compensación; dejando de incluirse la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios desatendiendo lo dispuesto por las Leyes 33 y 62 de 1985 que establece los factores salariales que sirven de base para determinar el monto de las pensiones, normas que de acuerdo a la jurisprudencia, trae un listado meramente enunciativo.

## **1.3 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

Los fundamentos en que se basa la demandante para enmarcar las normas violadas y el concepto de la violación, pueden resumirse de la siguiente manera:

Como normas violadas tenemos: Ley 33 y 62 de 1985; Decreto 1045 de 1978 artículo 45.

Considera el apoderado de la parte actora en términos generales que se vulnera en régimen de transición señalado en las leyes 33 y 62 de 1985 por falta de aplicación en su integralidad en tanto que se niega la inclusión de todos los factores salariales que devengó el actor durante el último año de servicios para efectos del cálculo del IBL de su pensión de vejez.

De acuerdo a la interpretación jurisprudencial, resultan aplicables todos los Decretos Reglamentarios expedidos con anterioridad a la Ley 100 de 1993 como por ejemplo el 1045 de 1978 que señala un número mayor de factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de las pensiones.

El Decreto 1045 de 1978 establece los factores a tener en cuenta para la liquidación del IBL, y por ello es posible concluir que la actor se le debe incluir todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicios para efectos de calcular el ingreso base de liquidación de su pensión aún cuando no se encuentren dichos factores



REPUBLICA DE COLOMBIA  
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00019-00  
HERNANDO ENRIQUE TEJEDA VIANA VS SENA

262

expresamente señalados en la Ley 62 de 1985 por cuanto se explicó dicho listado no es taxativo de manera que son viables las peticiones que se elevan en esta demanda.

## 2. CONTESTACION DE LA DEMANDA

La entidad demandada SENA, presentó contestación de la demanda el día 20 de Mayo de 2013 (fls. 84 al 95) donde se oponen a todas las pretensiones de la demanda por considerar que el SENA actuó de conformidad con la normatividad legal vigente y la entidad no le debe suma alguna de dinero al demandante ni antes ni ahora en su condición de pensionado como quiera que la pensión de jubilación reconocida fue expedida con el lleno de los requisitos legales. El SENA pagó los aportes a la seguridad social al ISS teniendo en cuenta lo reglado en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 y el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994. Además, plantea las siguientes excepciones: a) No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios; b) Inexistencia de la obligación por activa; c) Cobro de lo no debido; d) Prescripción del reajuste solicitado; e) Buena fe y f) Genérica.

## 3. ALEGATOS DE CONCLUSION

### *Alegatos por parte del SENA*

Señala la apoderada del SENA Dra. OMERIS ORTIZ ESCUDERO, que la liquidación de la pensión del demandante se realizó conforme al artículo 6º del decreto 691 de 1994, modificado por el artículo 1º del decreto 1158 de 1994, lo que significa que los factores tenidos en cuenta son los enlistados allí.

Como quiera que el demandante se encuentra en el régimen de transición dispuesto en la ley 100 de 1993, corresponde aplicarle el artículo 1º de la ley 33 de 1985. Así mismo se tuvieron en cuenta tres sentencias del Consejo de Estado como son N o 470 de 2002, N o 249 de 2003 y N o 4423 de 2005.

De acuerdo al artículo 1º de la ley 33 de 1985 los factores base de liquidación se restringen a los conceptos que sirven de base para la cotización de los aportes pensionales que son los señalados en el artículo 6º del decreto 691 de 1994, modificado por el artículo 1º del decreto 1158 de 1994, artículo 1º de la ley 62 de 1985.

De otra parte señala que como quiera que COLPENSIONES reconoció la pensión de vejez se declaró la pérdida de ejecutoria de los actos que reconocían la obligación a cargo del SENA.

### *Alegatos por parte del demandante*

Señala el Dr. VICTOR RAFAEL PEREZ PACHECO que el SENA incurrió en error, al establecer la base de liquidación. Por cuanto no incluyó la totalidad de los dineros que recibió el actor como salario durante el último año de labores.



**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00019-00  
HERNANDO ENRIQUE TEJEDA VIANA VS SENA

263

#### **4. CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Agente del Ministerio Público presentó concepto favorable a las pretensiones de la demanda, el cual se encuentra registrado en archivo digital de audio y video que hace parte integral de la presente sentencia.

#### **5. TRAMITE DEL PROCESO**

La demanda fue presentada el día 24 de Enero de 2013 y sometida a reparto el mismo día (fl. 52), correspondiéndole el negocio al Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, la cual fue admitida mediante auto de fecha 13 de Marzo de 2013 (fls. 66 al 68).

El auto admisorio de la demanda fue notificado el día 18 de Abril de 2013 (fl. 83).

Mediante auto de fecha 4 de septiembre de 2013 se fija el día 31 de octubre de 2013 a las 9:00 a.m., para la celebración de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA. En dicha audiencia inicial se declara impróspera la excepción previa de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios, decisión que es apelada por la parte demandada SENA.

El recurso de apelación se resuelve a través del auto de fecha 10 de marzo de 2014 emanado del Honorable Tribunal Administrativo de Bolívar en donde confirma la decisión adoptada por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Cartagena en audiencia inicial celebrada el día 31 de octubre de 2013.

El día 10 de septiembre de 2014 se lleva a cabo la segunda sesión de la audiencia inicial dentro del presente proceso y se fija allí el día 21 de noviembre de 2014 para la realización de la audiencia de pruebas.

El día 21 de noviembre de 2014 se lleva a cabo la audiencia de pruebas y allí se ordena se presenten los alegatos por escrito.

#### **6. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO**

##### **COMPETENCIA**

Atendiendo las voces del numeral 2º del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), encontramos que este despacho es competente para dirimir el asunto puesto a su conocimiento.

##### **FRENTE A LAS EXCEPCIONES PLANTEADAS**

Las excepciones planteadas por las entidades demandadas, fueron analizadas y sobre cada una de ellas se pronunció el despacho en las correspondientes sesiones de la



**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00019-00  
HERNANDO ENRIQUE TEJEDA VIANA VS SENA

264

audiencia inicial, las cuales constan en archivo digital (audio y video) que hace parte integral del expediente.

### **EL PROBLEMA JURÍDICO**

El punto central de la controversia se encuentra enmarcado en si el señor Hernando Enrique Tejada Viana tiene derecho a que el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA le reliquide su pensión de jubilación incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

### **TEORIA DEL CASO DE LA PARTE DEMANDANTE**

La parte actora plantea que tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios. Por lo anterior, solicita se declare la nulidad del acto demandado, ya que el mismo niega la inclusión de la totalidad de los factores salariales reclamados por el actor.

### **TEORIA DEL CASO DE LA PARTE DEMANDADA**

La demandada SENA por su parte, sostiene que al momento de liquidar la pensión del actor tuvo en cuenta los factores establecidos en la ley 33 de 1985 y 62 del mismo año; por lo que no es posible aplicar otros beneficios, pues la resolución de reconocimiento de pensión de jubilación, - objeto del litigio-, se expidió conforme a derecho; por lo que la entidad demandada se opone cada una de las pretensiones esbozadas por el actor.

### **TESIS DEL DESPACHO**

Encuentra el despacho que es procedente la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicio, esto es, entre el 1º de Julio de 2009 y el 30 de Junio de 2010 y como consecuencia de ello, las pretensiones planteadas en la demanda están llamadas a prosperar.

### **MARCO NORMATIVO**

#### **Del régimen pensional aplicable a los servidores públicos del SENA.**

De conformidad con los Decretos 2400 de 1968, 1950 de 1973 y la Ley 27 de 1992, los servidores públicos del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA pertenecen a la rama ejecutiva del poder público por lo que tienen derecho a las prestaciones sociales consagradas en la ley para esta clase de funcionarios.

Mediante el Decreto 2464 de 1970, se aprobó el Estatuto de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", en el que se determinó que su personal tiene derecho a las prestaciones sociales que para los servidores civiles de la rama ejecutiva del poder público establece la ley. En lo pertinente, dispuso:



REPUBLICA DE COLOMBIA  
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00019-00  
HERNANDO ENRIQUE TEJEDA VIANA VS SENA

265

*“Art. 126 Los empleados del SENA tienen derecho a las prestaciones sociales que para los servidores civiles de la rama ejecutiva del poder público establece la ley.”*

*“Art. 127 Seguro Social. Los empleados y trabajadores del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA continuarán afiliados al Instituto de Seguros Sociales -I.S.S.*

*En los lugares donde no haya servicios de dicho Instituto, las prestaciones a cargo del mismo serán asumidas directamente por el SENA en relación con sus empleados o trabajadores no afiliados al I.S.S.*

De la normatividad transcrita se concluye que los empleados del SENA gozan de las mismas prestaciones sociales que en forma “general” establece la ley para los miembros de la rama ejecutiva. En consecuencia, desde el punto de vista de la pensión de jubilación, les son aplicables, en lo correspondiente, las leyes 6 de 1945, 33 de 1985 y posteriores que regulan la materia.

Al respecto, el H. Consejo de Estado<sup>1</sup> en fallo del 25 de marzo de 2010, precisó que:

*“A pesar de que los empleados públicos del SENA se hallen afiliados al Instituto de Seguros Sociales, esta entidad descentralizada nacional tiene la obligación legal transitoria de reconocer a sus funcionarios la pensión de jubilación cuando cumplan los requisitos a que se refieren las disposiciones que gobiernan a los empleados públicos en general, dado que el I.S.S. inicialmente no les hace dicho reconocimiento debido a que sus requisitos pensionales son superiores a los establecidos normalmente para los servidores públicos y porque la circunstancia excepcional de su afiliación al I.S.S. no puede de ninguna manera constituirse en un impedimento u obstáculo para el disfrute de su derecho adquirido frente a la ley.*

*En otras palabras, la entidad patronal, es decir, el ente público que afilió su personal al I.S.S. debe asumir el reconocimiento y pago transitorio de la obligación prestacional hasta cuando se cumplan los requisitos condicionales que contempla el ordenamiento jurídico respecto de los seguros que ofrece el I.S.S. y para que éste, ahora sí en forma definitiva, asuma la carga prestacional concreta frente a su afiliado.*

*Lo anterior no significa que el I.S.S. queda exonerado del reconocimiento y pago de esta prestación social, sino que inicialmente la asume el SENA, pero cuando se satisfagan los requisitos exigidos por el I.S.S. éste asumirá su obligación y el SENA cesará en el pago de dicha prestación, salvo situación especial que luego se precisará.*

*Cuando el I.S.S. asume el riesgo de vejez subroga al SENA en la obligación de reconocer la pensión de jubilación. Así, realmente se presenta una subrogación de la entidad encargada de asumir la obligación (aunque no tenga la misma denominación) y es por eso que resulta improcedente que simultáneamente se pueda gozar de la pensión de jubilación reconocida por el SENA y la de vejez otorgada por el Instituto de Seguros Sociales, pues ello contraría la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución Política. La ley no autoriza que por los mismos tiempos de servicios estatales los funcionarios del SENA perciban dos pensiones a cargo de diferentes Instituciones...”. (Negrillas y Subrayas nuestras).*

<sup>1</sup>Sección Segunda Subsección A, del Consejo de Estado. Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN en sentencia de 25 de marzo de 2010. Radicación número: 25000-23-25-000-2005-05491-01(1639-08) Actor: NELLY ARIAS BETANCOURT. Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA.



REPUBLICA DE COLOMBIA  
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00019-00  
HERNANDO ENRIQUE TEJEDA VIANA VS SENA

266

Ahora, respecto del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de los servidores públicos cobijados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, cuando el servidor laboró en una entidad estatal afiliada al ISS, caso del SENA, es dable precisar que, antes de la Ley 100 de 1993, quien tenía la obligación de reconocer y pagar la pensión de jubilación a los servidores públicos, era la entidad de previsión a la que estaba afiliado el servidor o en su defecto, la última entidad pública empleadora (Decreto 1848 de 1969, artículo 75).

La regla general descrita anteriormente, tiene una variación en el caso de las entidades públicas que estuvieron afiliadas y sus servidores cotizaron durante su vinculación al Instituto de Seguros Sociales.

En estos, casos se registra una situación compleja, pues tales trabajadores cuando son sujetos del régimen de transición, son sujetos potenciales de dos regímenes de transición: el del sector público y el del Seguro Social. Y surge la duda acerca de cuál es la entidad que debe reconocer la pensión respectiva.

Si se considera que el régimen de transición aplicable es el del Instituto de Seguros Sociales, procedería a dar aplicación al régimen del ISS anterior a la Ley 100 de 1993, es decir el reglamento de pensiones del Seguro Social establecido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 750 de 1990. En este caso la pensión la concedería el ISS, cuando los trabajadores cumplan 60 años de edad y acrediten un mínimo de 1000 semanas cotizadas.

Por el contrario si se considera que el régimen de transición aplicable es el del sector público, procedería dar aplicación a la **Ley 33 de 1985**, que regula la prestación de los empleados oficiales que cumplen con el requisito de haber laborado durante **veinte años o más para entidades del Estado**, además de cumplir con **cincuenta y cinco (55) años de edad**.

El artículo 1° de la Ley en mención establece:

*"Artículo 1°: "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."*

Así las cosas, en virtud del principio de favorabilidad se le debe aplicar el régimen de transición del sector público; y quien debe reconocer y en principio realizar el pago de la pensión de jubilación es la última entidad empleadora, por cuanto el ISS no puede entenderse como caja de previsión. Se hace la claridad que en el caso que ocupa a este juzgador se aplicó el régimen previsto en la ley 33 de 1985<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Ver resolución 371 de 2001 folios 12 y stes.



REPUBLICA DE COLOMBIA  
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00019-00  
HERNANDO ENRIQUE TEJEDA VIANA VS SENA

267

No obstante, se debe subrayar que la pensión no queda indefinidamente a cargo de la entidad pública, pues al cumplirse los requisitos de pensión de seguro social, el trabajador debe reclamar su pensión a esa entidad de seguridad social y la entidad empleadora queda subrogada, correspondiéndole únicamente el mayor valor, si lo hubiere entre las dos pensiones.

Ahora sobre el principio de la inescindibilidad normativa en materia pensional, se hace preciso señalar que el Consejo de Estado ha dicho:

*“...La situación advertida, atenta contra el principio de inescindibilidad de la Ley, en virtud del cual la norma que se adopte debe ser aplicada en su integridad, quedando prohibido dentro de una sana hermenéutica, el desmembramiento de las normas legales para tomar aspectos favorables que uno y otro régimen ofrezca. De manera pues que quien invoca una norma que le beneficia y quien en efecto la aplica, no puede recoger las prebendas contenidas en diferentes ordenamientos para crear una tercera norma...”<sup>3</sup>*

En igual sentido y en más reciente pronunciamiento<sup>4</sup> señaló:

**REGIMEN DE EMPLEADOS TERRITORIALES - Aplicación integral de la Ley 6ª de 1945. Edad y base de liquidación / PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD DE LA LEY - Aplicación integral de la ley anterior por régimen de transición / REGIMEN DE TRANSICION - Aplicación integral de la Ley 6 de 1945. Edad y base de liquidación**

*Al 13 de febrero de 1985, fecha de vigencia de la ley 33, el actor se encontraba en la segunda hipótesis aludida. Hasta antes de la expedición de la Ley 33 de 1985 la pensión de jubilación de los empleados territoriales se regía por la ley 6ª de 1945, siendo aplicable esta ley y las normas que la modificaron antes de la vigencia de la Ley 33 de 1985, como lo ha precisado esta Sección. A pesar de que el régimen de transición establecido en la Ley 33 de 1985, sólo remite a la edad de jubilación que regía con anterioridad a su entrada en vigencia y no señaló nada en cuanto a la liquidación, considera la Sala que en este aspecto se debe aplicar también el régimen anterior, porque resulta más favorable al actor. De no hacerse así, se desconocería el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de la Carta Política que establece la “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”. Sobre el particular, la Corte Constitucional señaló en sentencia C-168/95: “... De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. Igualmente, **el Consejo de Estado, en virtud del principio de inescindibilidad ha sostenido reiteradamente que la norma anterior aplicable debe serlo en su integridad.** Al respecto, en sentencia proferida por la Subsección A, Sección Segunda de esta Corporación, de 20 de octubre de 2005, M. P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, radicado interno No. 3701-04. En consecuencia, el reconocimiento pensional efectuado al demandante debe sujetarse en su totalidad a lo establecido por la Ley 6ª de 1945, y las normas que la modificaron o adicionaron, en lo referente a la edad, tiempo y monto pensional, pues si se diera*

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia del 5 de junio de 2008, radicación 2002-00963-01 (2218-07), Consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia del 7 de octubre de 2010, radicación 2002-02392- 01(0265-07), Consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.





REPUBLICA DE COLOMBIA  
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00019-00  
HERNANDO ENRIQUE TEJEDA VIANA VS SENA

268

*aplicación a una normatividad diferente, como la Ley 100 de 1993, o la Ley 33 de 1985 se estaría desmembrando el régimen transitorio."*

Así las cosas con base en este principio en el caso que nos ocupa solo es dable aplicar la ley 33 de 1985 y no la ley 100 de 1993.

El principio constitucional de favorabilidad en materia pensional y acogiendo las pautas trazadas por la Corte Constitucional, en la interpretación o aplicación de normas o situaciones jurídicas que se hallan reguladas en distintas fuentes formales del derecho, se debe optar por la más favorable o benéfica al trabajador. Es así como en la sentencia C-168 de 1995, la corte señaló:

*"La "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador".*

**PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL/PRINCIPIO IN DUBIO PRO OPERARIO-**

**Diferencias**

El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así: "En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad"; se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador. Dicho principio difiere del "in dubio pro operario", según el cual toda duda ha de resolverse en favor del trabajador; porque en este caso tan sólo existe un precepto que reglamenta la situación que va a evaluarse, y como admite distintas interpretaciones, se ordena prohiar la que resulte más favorable al trabajador.

**PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA PENSIONAL/REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES**

**En punto a la aplicación del principio de favorabilidad en materia de régimen pensional, considera la Corte que esta es labor que incumbe al juez en cada caso concreto, pues es imposible, en juicios de constitucionalidad, confrontar la norma acusada que es genérica, con cada una de las distintas normas contempladas en los diferentes regímenes pensionales que antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 existían en el sector privado y en el público, para establecer cuál resulta más favorable a determinado trabajador".** (Negritas y subrayado Nuestro)



REPUBLICA DE COLOMBIA  
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00019-00  
HERNANDO ENRIQUE TEJEDA VIANA VS SENA

269

En la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, radicación No. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), se indicó que a aquellas personas a quienes les es aplicable la Ley 33 de 1985, en la liquidación de la pensión de jubilación, es válido que se haga la liquidación no sólo en relación con los factores salariales sobre los cuales se efectuó la deducción legal, sino respecto de todas aquellas sumas que habitual y periódicamente recibió el empleado como retribución de sus servicios. Así se pronunció la alta Corporación:

(...)

**Liquidación pensional.**

*Como ha quedado expuesto, la norma jurídica anterior a la Ley 100 de 1993 aplicable en el sub júdece, para establecer el monto del derecho pensional del actor, es la Ley 33 de 1985.*

*Esta disposición, en su artículo 3°, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, estableció la forma como se liquidaría la pensión de jubilación, así:*

*“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.*

*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.”.*

*Sin embargo, respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3° de la Ley 33 de 1985, pues mientras en algunas ocasiones se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que sólo 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.*

*Así, en la primera hipótesis se previó que la entidad pública que reconociera el derecho prestacional tendría que efectuar las deducciones de ley a que hubiere lugar por los conceptos cuya inclusión se ordenaba y que no hubieren sido objeto de aportes, pese a que no se encontraran dentro del listado previsto por el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, pues tal determinación se ajustaba a lo dispuesto por el inciso tercero de dicha norma, según el cual “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”. Esta tesis fue expuesta en la sentencia de 29 de mayo de 2003<sup>5</sup>, concluyendo que “en la liquidación de la pensión de jubilación deberán*

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla, sentencia de 29 de mayo de 2003, Radicación No.: 25000-23-25-000-2000-2990-01(4471 - 02), Actor: Jaime Flórez Aníbal.



REPUBLICA DE COLOMBIA  
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00019-00  
HERNANDO ENRIQUE TEJEDA VIANA VS SENA

270

*incluirse todas aquellas sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley. (...) "en el evento de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, la Caja deberá realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes".*

*Bajo la segunda hipótesis se consideró que debían incluirse todos los factores que hubieren sido objeto de aportes y así se encontrare certificado. Entonces, en la sentencia de 16 de febrero de 2006<sup>6</sup>, se expresó:*

*"La ley 33 de 1985 en el artículo 1º dispone que la pensión se liquida con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (...).*

*En consecuencia, la Sala confirmará el fallo de primera instancia, en cuanto declaró la nulidad del acto acusado, precisando que a título de restablecimiento del derecho, la entidad demandada, deberá reliquidar la pensión de jubilación, en el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio de sirvió de base para los aportes, durante el último año de servicio, tomando para el efecto, lo certificado, según documento visible a folios 11 y 12 del cuaderno principal del expediente."*

*En la tercera hipótesis se indicó que las pensiones únicamente podían liquidarse teniendo en cuenta los factores salariales enlistados taxativamente por la Ley 33 de 1985 y en caso de haberse realizado deducciones sobre otros conceptos no comprendidos en ella debían devolverse las sumas a que hubiere lugar. Esta decisión se encuentra sustentada en la siguiente forma<sup>7</sup>:*

***"En relación con el argumento del actor, según el cual, los factores de las Leyes 33 y 62 de 1985 no son taxativos y es posible aplicar los consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en razón de que dichas normas contemplaron que "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", la Sala desestima tal proposición, porque cuando las normas refieren que las pensiones deben liquidarse con base en los mismos factores sobre los que se aportó, dicha expresión debe leerse bajo el entendido que es obligación de las Cajas de Previsión hacer los descuentos por aportes pero sólo sobre los factores taxativamente señalados para construir la pensión del afiliado, sin que ello implique abrir un abanico de factores que eventualmente puedan constituirse como base para liquidar la pensión. (Negrilla Nuestras) (...)***

*Admitir que todos los factores salariales pueden constituirse como base de liquidación pensional, es quitarle el efecto útil del listado que dedicadamente estableció el Legislador para la liquidación de pensiones de los empleados oficiales. Va contra el sentido común pensar que el Congreso de la República enfiló esfuerzos para seleccionar un listado e incluir ciertos factores de liquidación, para llegar a la conclusión de que todos pueden incluirse.*

*Ahora bien, si la entidad de previsión social realizó descuentos sobre factores que no se encuentran en la lista taxativa de las Leyes 33 y 62 de 1985, como ocurre en el presente asunto con los viáticos, para la Sala es coherente que dichos valores sean*

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, sentencia de 16 de febrero de 2006, Radicación No.: 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04), Actor: Arnulfo Gómez.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 6 de agosto de 2008, Radicación No. 25000-23-25-000-2002-12846-01(0640-08), Actor: Emilio Páez Cristancho.



REPUBLICA DE COLOMBIA  
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00019-00  
HERNANDO ENRIQUE TEJEDA VIANA VS SENA

271

*reembolsados al pensionado, pues aceptar lo contrario sería consentir un enriquecimiento sin justa causa por parte de la Administración; situación que contraría los principios de justicia y proporcionalidad que sostienen el Sistema General de Pensiones.”.*

***De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. (Negritas Nuestras)***

*Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978<sup>8</sup>, norma anterior que enuncia los factores salariales que Del principio de favorabilidad en materia laboral.*

*La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, parte del supuesto que las pensiones de jubilación se liquidan con base en los factores que fueron objeto de aportes para la seguridad social y, a su turno, enlista los factores susceptibles de las deducciones legales. Esta premisa normativa puede ser interpretada en el sentido que sólo los factores mencionados por la norma pueden tenerse en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, concluyendo que cuando el trabajador efectúe aportes sobre factores no enlistados en dichas normas debe ordenarse su devolución. Sin embargo, también podría entenderse válidamente que pueden incluirse todos los factores salariales devengados por el empleado deduciendo el pago que por aportes debía haberse efectuado al momento de reconocer el beneficio pensional.*

*Para desatar dicha ambigüedad interpretativa es preciso acudir al principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios<sup>9</sup>.*

*Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no*

<sup>8</sup> "Artículo 45. "De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de navidad;
- g) La bonificación por servicios prestados;
- h) La prima de servicios;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;
- k) La prima de vacaciones;
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- m) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del art. 38 del decreto 3130 de 1968.”.

<sup>9</sup> Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.



REPUBLICA DE COLOMBIA  
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00019-00  
HERNANDO ENRIQUE TEJEDA VIANA VS SENA

272

*enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.*

*De los factores de salario para liquidar pensiones.*

*Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002<sup>10</sup>, precisó el sentido y alcance de las expresiones salario y factor salarial, así:*

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

*(...)*

*Según el artículo 42 ibídem son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador : la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.(...).".*

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

<sup>10</sup> Magistrado Ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.



REPUBLICA DE COLOMBIA  
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00019-00  
HERNANDO ENRIQUE TEJEDA VIANA VS SENA

273

**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<sup>11</sup>.**

El Consejo de Estado, a través de sentencia del 26 de abril de 2012, al resolver una acción de tutela contra autoridades judiciales realizó un recuento de la postura jurisprudencial de esa Alta Corte frente al tema y estableció cuál es su postura actual, la cual se cita a continuación:

*"Esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, en cuanto a los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, históricamente presentó criterios jurídicos disímiles respecto del alcance del artículo 3 de la Ley 33 de 1985, así: i) en una primera ocasión consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador<sup>12</sup>; ii) posteriormente se determinó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes<sup>13</sup>; iii) después se dispuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma<sup>14</sup>; y iv) finalmente*

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla, sentencia de 29 de mayo de 2003, Radicación No.: 25000-23-25-000-2000-2990-01(4471 - 02), Actor: Jaime Florez Anibal. En esta primera etapa se previó que la entidad pública que reconociera el derecho prestacional tendría que efectuar las deducciones de ley a que hubiere lugar por los conceptos cuya inclusión se ordenaba y que no hubieren sido objeto de aportes, pese a que no se encontraran dentro del listado previsto por el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, pues tal determinación se ajustaba a lo dispuesto por el inciso tercero de dicha norma, según el cual: "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" (...) "en la liquidación de la pensión de jubilación deberán incluirse todas aquellas sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley. (...) "en el evento de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, la Caja deberá realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes".

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, sentencia de 16 de febrero de 2006, Radicación No.: 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04), Actor: Arnulfo Gómez. En esta segunda hipótesis se consideró que debían incluirse todos los factores que hubieren sido objeto de aportes y así se encontrare certificado. "La ley 33 de 1985 en el artículo 1° dispone que la pensión se liquida con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (...). En consecuencia, la Sala confirmará el fallo de primera instancia, en cuanto declaró la nulidad del acto acusado, precisando que a título de restablecimiento del derecho, la entidad demandada, deberá reliquidar la pensión de jubilación, en el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio de sirvió de base para los aportes, durante el último año de servicio, tomando para el efecto, lo certificado, según documento visible a folios 11 y 12 del cuaderno principal del expediente."

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 6 de agosto de 2008, Radicación No. 25000-23-25-000-2002-12846-01(0640-08), Actor: Emilio Páez Cristancho. En la tercera hipótesis se indicó que las pensiones únicamente podían liquidarse teniendo en cuenta los factores salariales enlistados taxativamente por la Ley 33 de 1985 y en caso de haberse realizado deducciones sobre otros conceptos no comprendidos en ella debían devolverse las sumas a que hubiere lugar. Esta decisión se encuentra sustentada en la siguiente forma: "En relación con el argumento del actor, según el cual, los factores de las Leyes 33 y 62 de 1985 no son taxativos y es posible aplicar los consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en razón de que dichas normas contemplaron que "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", la Sala desestima tal proposición, porque cuando las normas refieren que las pensiones deben liquidarse con base en los mismos factores sobre los que se aportó, dicha expresión debe leerse bajo el entendido que es obligación de las Cajas de Previsión hacer los descuentos por aportes pero sólo sobre los factores taxativamente señalados para construir la pensión del afiliado, sin que ello implique abrir un abanico de factores que eventualmente puedan constituirse como base para liquidar la pensión. (...). Admitir que todos los factores salariales pueden constituirse como base de liquidación pensional, es quitarle el efecto útil del listado que dedicadamente estableció el Legislador para la liquidación de pensiones de los empleados oficiales. Va contra el sentido común pensar que el Congreso de la República enfiló esfuerzos para seleccionar un listado e incluir ciertos factores de liquidación, para llegar a la conclusión de que todos pueden incluirse. Ahora bien, si la entidad de previsión social realizó descuentos sobre factores que no se encuentran en la lista taxativa de las Leyes 33 y 62 de 1985, como ocurre en el presente asunto con los viáticos (folio 13), para la Sala es coherente que dichos valores sean reembolsados al pensionado, pues aceptar lo contrario sería consentir un enriquecimiento sin justa causa por parte de la Administración; situación que contraría los principios de justicia y proporcionalidad que sostienen el Sistema General de Pensiones." Ver también, Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia de 21 de mayo de 2009. Radicación N° 2577-07.



REPUBLICA DE COLOMBIA  
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00019-00  
HERNANDO ENRIQUE TEJEDA VIANA VS SENA

274

*se unificó la posición de la Sección para establecer que en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.”<sup>15</sup>.*

*Al interpretar que la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, se actúa de manera regresiva, lo anterior bajo el entendido de que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.*

*Es por ello que la interpretación que debe darse a esta norma, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.”<sup>16</sup>*

## VALORACIÓN PROBATORIA

Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas debida y oportunamente allegadas a autos. En ese norte, impone el artículo 167 del CGP, a las partes, la carga de demostrar los supuestos de hecho de las normas que regulan el efecto jurídico que ellas persigan; de ahí, que deba revisarse qué pruebas hay de la ilegalidad que se alega y si estas tienen la contundencia para desvirtuar la legalidad de los actos hoy acusados; y en igual forma, qué pruebas sustentan la presunción de legalidad que recae sobre dicho acto.

Así mismo se debe indicar que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, le asignan cargas procesales a las partes; con relación a la parte demandante, según el artículo 162, numeral 5º, debe aportar todas las pruebas documentales que se encuentren en su poder y con relación a la parte demandada, en el artículo 175 *Ibidem* señala que con la contestación deberá aportar al expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que se encuentren en su poder.

Teniendo en cuenta lo anterior, del material probatorio aportado al proceso, encontramos lo siguiente:

El 1º de Junio de 2009, mediante Resolución No. 01397, el Secretario General del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, le reconoció al actor pensión de jubilación, en cuantía \$ 2.128.037. La mesada se determinó teniendo en cuenta la asignación mensual y la bonificación por servicios, factores que fueron devengados entre el 1º de Julio de 2008 y el 1º de Julio de 2009 (copia auténtica a fls. 108 a 110 del expediente).

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia de 4 de agosto de 2010. Ref: Expediente N° 250002325000200607509 01. Número Interno: 0112-2009. Autoridades Nacionales. Actor: Luis Mario Velandía.

<sup>16</sup> C. de E., Sala Contenciosa Administrativa, Sección Segunda, Subsección B, St. del 26/04/12, rad. 2012-00137-00



**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00019-00  
HERNANDO ENRIQUE TEJEDA VIANA VS SENA

275

Que el señor Hernando Enrique Tejeda Viana, presenta ante el SEAN reclamación administrativa – derecho de petición de fecha 21 de Agosto de 2012, Radicado No. 1-2012-018309, a través del cual solicita reliquidación de su pensión de jubilación incluyendo la totalidad de los factores salariales. De este documento obra copia auténtica a folios 122 al 124 del expediente.

Por medio de Oficio No. 2-2012-014615 del 3 de Septiembre de 2012, el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, le niegan la reliquidación de la pensión de jubilación solicitada por el actor, toda vez que en virtud a la fecha no hay unidad jurisprudencial en cuanto a cuáles son los factores adicionales a incluir (copia auténtica a fls. 118 y 119 del expediente).

De acuerdo con el Certificado de fecha 17 de Septiembre de 2014 allegado con oficio No. 2-2014-009160 de la misma fecha suscrito por el Coordinador Grupo Apoyo Administrativo del Sena – Regional Bolívar, en el último año de servicios, comprendido entre el 1º de Julio de 2009 y el 30 de Junio de 2010, el actor devengó los siguientes factores: asignación básica, subsidio de alimentación, prima de Junio, prima de Diciembre, prima de navidad, prima de vacaciones y bonificación por servicios prestados (ejemplar original a fls. 238 a 240).

En dicho certificado se señala que los viáticos no hacen parte de los factores salariales contemplados en el decreto 1158 de 1994, sin embargo, como se ha dejado claro en el marco normativo esa norma no es aplicable al caso concreto, siendo aplicable entonces la ley 33 de 1985, la cual debe interpretarse en el sentido que los factores salariales allí enlistados son meramente enunciativos y no taxativos. Y como quiera que los viáticos responden al concepto de factor salarial, pues es una remuneración que recibe el trabajador como contraprestación directa de sus servicios, deben tomarse en cuenta para la respectiva liquidación.

Ahora bien, con relación al valor recibido por concepto de viáticos en el último año de servicios existe una disparidad entre las partes, al respecto la parte demandante allega con sus alegatos una serie de formatos de comisión de servicios diligenciados donde aparecen una serie de valores por concepto de viáticos devengados entre septiembre de 2009 a junio de 2010, con relación a ello se considera que dichos documentos carecen de valor probatorio pues no fueron allegados dentro de las oportunidades legales dispuestas para ello de acuerdo al artículo 212 del CPACA.

Así mismo revisados los comprobantes de pago mensuales por concepto de salario aportados al expediente y los cuales no fueron objetados por las partes se tiene que a partir del mes de septiembre de 2009 el actor no recibió suma alguna por concepto de viáticos. (Ver folios 133 a 142)

### **EL CASO CONCRETO**

En el caso de estudio, de conformidad con el marco jurídico de esta sentencia, el cargo anteriormente citado, se tiene que la ley 100 de 1993, en su artículo 36, creó un régimen de transición, que ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor





**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00019-00  
HERNANDO ENRIQUE TEJEDA VIANA VS SENA

276

de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados. Y sobre este punto no existe discusión pues el SENA reconoce que le es aplicable este régimen.

Teniendo en cuenta las pruebas allegadas al expediente, de la Resolución No. 01397 del 1º de Junio de 2009 por la cual se le reconoce la pensión de jubilación al actor, se tiene que la entidad demandada acepta que el régimen pensional aplicable al demandante es el señalado en las Leyes 33 y 62 de 1985, es decir, es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral citado a lo largo de la sentencia, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.

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.

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales como 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 el despacho que el mencionado decreto no es aplicable al caso en concreto y como ya se expuso en las consideraciones anteriores, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; no obstante, 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.

De acuerdo con los precedentes jurisprudenciales citados en el marco normativo de la presente providencia; acoge el despacho la postura en el sentido que a aquellas personas a quienes les cobija la Ley 33 de 1985 se les debe aplicar tal normativa en su integridad, entonces para efectos de la pensión de jubilación es válido ordenar la liquidación no sólo con relación con los factores salariales sobre los cuales se efectuó la deducción legal, sino respecto de aquellos que teniendo el carácter salarial no se hizo el respectivo descuento, pues ha previsto el Consejo de Estado que es viable que en sede judicial se ordene dicho descuento, para efectos de que sean tenidos en cuenta para el cálculo del Ingreso Base de Liquidación.



**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00019-00  
HERNANDO ENRIQUE TEJEDA VIANA VS SENA

277

Aunque como lo señala la togada apoderada del SENA al momento de expedición del acto administrativo que reconoce la pensión de jubilación del actor (Año 2009) el Consejo de Estado contaba con criterios disímiles frente a los factores que debían tomarse en cuenta para la liquidación, se tiene que para el momento en que el demandante solicita la reliquidación al SENA, esto es, 17 de agosto de 2012, el Consejo de Estado ya había definido el tema a través de sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 Ref: Expediente N° 250002325000200607509 01. Número Interno: 0112-2009, por lo tanto la entidad administrativa debía acatar dicha providencia y proceder a la reliquidación respectiva conforme a dicha providencia, la postura asumida en el acto acusado del 3 de septiembre de 2012 contrarió entonces el ordenamiento jurídico vigente para ese momento.

Así mismo es importante precisar que la entidad demandada, una vez haya efectuado el cálculo de la mesada pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados por el actor, estará facultada para descontar del monto total a pagar al pensionado, las sumas correspondientes a los aportes que debió asumir como trabajador por los factores salariales cuya inclusión se ordena en esta sentencia y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal por parte del empleador.

Sea la oportunidad para mencionar, que en relación a los factores salariales correspondientes a la prima de navidad, prima de vacaciones y bonificación por servicios prestados se reconocen y pagan al empleado cada vez que cumple un año continuo de labor en una misma entidad oficial, es decir que el derecho a su reconocimiento se causa cada vez que aquél cumple un año de servicios y, por lo tanto, el cómputo de este factor para efectos de determinar la cuantía de la pensión debe hacerse en una doceava parte y no sobre el 100%, en consideración a que su pago se hace de manera anual<sup>17</sup>.

Así entonces para liquidar la pensión del actor, la entidad demandada SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA - tendrá en cuenta todas aquellas asignaciones que hacen parte del mismo y no fueron incluidas por la accionada en la resolución de liquidación. Por lo anterior, deberá incluirse en una nueva liquidación de la pensión de jubilación del señor Tejeda Viana, los factores salariales faltantes en la resolución antes dicha, adicionando a ellos los factores correspondientes a subsidio de alimentación, prima de Junio, prima de Diciembre, prima de navidad, prima de vacaciones y viáticos; factores salariales que consta en el certificado expedido por el Coordinador Grupo Apoyo Administrativo del Sena – Regional Bolívar, en el último año de servicios, comprendido entre el 1° de Julio de 2009 y el 30 de Junio de 2010. Este reconocimiento se efectuará a partir del 1° de Julio de 2010, fecha en la cual se retiró definitivamente del servicio el pensionado. Así mismo deberán ser ajustadas las sumas, de conformidad con lo establecido en los decretos del Gobierno Nacional.

---

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla, sentencia de 8 de febrero de 2007, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-06486-01(1306-06), Actor: Gema Neila Acevedo González.



**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00019-00  
HERNANDO ENRIQUE TEJEDA VIANA VS SENA

278

Este despacho de acuerdo al artículo 192, inciso segundo del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo accederá a la pretensión de la demanda de actualizar las sumas adeudadas al actor.

Ahora bien, aunque el actor no solicita que el SENA efectúe los aportes sobre los factores salariales que no fueron tenidos en cuenta en el ingreso base de cotización del demandante al ISS, hoy COLPENSIONES, este despacho lo ordenara pues es una consecuencia directa de lo pretendido en el presente fallo, en esa dirección se ordena al SENA efectúe los aportes sobre los factores salariales que no fueron tenidos en cuenta en el ingreso base de cotización del demandante al ISS, hoy COLPENSIONES, en la debida proporción, por el periodo de tiempo que efectivamente los devengara y de forma actualizada. De la misma manera, el actor debe realizar los correspondientes aportes sobre los mismos factores, en la proporción que por ley le corresponda, ante el Instituto mencionado.

### **SOBRE LA PRESCRIPCION**

Teniendo en cuenta la prescripción trienal de que tratan los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, las diferencias causadas en la mesada pensional como consecuencia de la reliquidación pensional se pagarán a partir de la fecha del retiro efectivo del servicio (30 de junio de 2010) y como quiera que la petición fue presentada el 3 de Septiembre de 2012 (fl. 118) no opero prescripción alguna.

Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación, esto en virtud al principio constitucional de favorabilidad en materia pensional y acogiendo las pautas trazadas por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado, en la interpretación o aplicación de normas o situaciones jurídicas.

### **SOBRE LA CONDENA EN COSTAS**

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, el despacho procede a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de la liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso. En este orden de ideas, se estipula que en el numeral 1º del artículo 365 del CGP, se dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, como ocurre en el presente caso, respecto de la parte demandada.

Así mismo dispone el mencionado artículo que en caso de prosperar parcialmente la demanda el Juez podrá abstenerse de condenar en costas, en el caso que nos ocupa no se tienen en cuenta todos los factores salariales solicitados a folio 1 ni el mismo periodo, así habiendo prosperado parcialmente la demanda el despacho se abstiene de la condena en costas.



**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00019-00  
HERNANDO ENRIQUE TEJEDA VIANA VS SENA

279

## **SOBRE EL REMANENTE DE LOS GASTOS ORDINARIOS DEL PROCESO**

En consideración a que la parte demandante ha consignado la suma de Cuarenta Mil Pesos M/Cte. (\$ 40.000.00) m/Cte<sup>18</sup>, a fin de cubrir todos los gastos procesales que se generaran a lo largo del trámite procesal, se tiene que a la fecha de la presente providencia, se generaron gastos en el presente proceso solo por la suma de Dieciséis Mil Doscientos Pesos M/Cte. (\$ 16.200.00), por lo que previa solicitud del demandante, se ordenará la devolución de dichos remanentes los cuales equivalen a la suma de Veintitrés Mil Ochocientos Pesos M/Cte. (\$ 23.800.00) m/Cte.

## **CONCLUSIONES**

De lo probado en el proceso, se concluye que la demandante tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación, sobre el 75% del promedio de lo devengado en el año inmediatamente anterior al cumplimiento de los requisitos para obtener el status pensional, incluyendo todos los factores salariales por él devengados, y como consecuencia de ello, las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar parcialmente.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cartagena de Indias, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley,

## **FALLA**

**PRIMERO:** Declarar probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA.

**SEGUNDO:** Declarar la nulidad del Oficio No. 2-2012-014615 del 3 de Septiembre de 2012, emanado del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA, por el cual se niega la reliquidación de la pensión de jubilación del actor incluyéndole la totalidad de los factores salariales por él devengados durante el último año de servicios.

**TERCERO:** En consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA, reliquidar a favor del actor HERNANDO ENRIQUE TEJEDA VIANA la pensión de jubilación reconocida, en cuantía del 75% del promedio devengado durante el último año de servicios, es decir, entre el 1º de Julio de 2009 y el 30 de Junio de 2010 incluyendo los factores salariales devengados por el actor que se discriminan a continuación: asignación básica, subsidio de alimentación, prima de Junio, prima de Diciembre, prima de navidad (doceava parte), prima de vacaciones (doceava parte), bonificación por servicios prestados (doceava parte) y viáticos conforme a la certificación que obra a folio 239 del expediente. A su vez, se autoriza a la entidad demandada, una vez haya efectuado el

<sup>18</sup> Ver folios 75 al 79 del expediente.



REPUBLICA DE COLOMBIA  
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00019-00  
HERNANDO ENRIQUE TEJEDA VIANA VS SENA

280

cálculo de la mesada pensional con la inclusión de los factores salariales devengados por el demandante señalados anteriormente, a descontar del monto total a pagar al pensionado, las sumas correspondientes a los aportes que debió asumir el trabajador por los factores salariales cuya inclusión se ordena en esta sentencia y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal por parte del empleador.

Las sumas que resulten de la condena anterior se actualizarán aplicando la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma que resulte a favor del demandante una vez se haya liquidado y actualizado la base de liquidación de la pensión de jubilación cuando esta se reconoció, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

**CUARTO:** La entidad demandada pagará al señor HERNANDO ENRIQUE TEJEDA VIANA, las diferencias que resulten entre el reajuste ordenado por medio de la presente sentencia y las sumas que le fueron canceladas por concepto de la pensión de jubilación reconocida al demandante mediante la Resolución No. 01397 del 1º de Junio de 2009 y resolución N o 02479 de 2010; pago que tendrá efectos fiscales a partir del 1o de Julio de 2010 hasta el momento en que COLPENSIONES reconozca la prestación por un monto mayor al reconocido y reliquidado por el SENA como consecuencia de la presente sentencia.

**QUINTO:** Procédase por parte del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) a efectuar los ajustes de valor sobre las sumas que resulten a favor del demandante según el índice de precios al consumidor de conformidad con el artículo 187 del CPACA y atendiendo lo señalado en la parte considerativa.

**SEXTO:** Ordenar al SENA efectuó los aportes sobre los factores salariales que no fueron tenidos en cuenta en el ingreso base de cotización del demandante al ISS, hoy COLPENSIONES, en la debida proporción, por el periodo de tiempo que efectivamente los devengara y de forma actualizada. De la misma manera, el actor debe realizar los correspondientes aportes sobre los mismos factores, en la proporción que por ley le corresponda.

**SEPTIMO:** La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos referidos en el artículo 192, inciso segundo del C.P.A.C.A.

**OCTAVO:** Se niegan las demás pretensiones de la demanda.



REPUBLICA DE COLOMBIA  
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00019-00  
HERNANDO ENRIQUE TEJEDA VIANA VS SENA

281

**NOVENO:** Sin condena en costas.

**DECIMO:** Devuélvase a la parte demandante el remanente existente en este proceso, tal como consta en su respectiva liquidación en la caratula del expediente, pero previa solicitud, la suma de Veintitrés Mil Ochocientos Pesos M/Cte. (\$ 23.800.00) y previa deducción de los gastos que ocasione dicha devolución.

**DECIMO PRIMERO:** Ejecutoriada esta providencia, expídase copia, haciéndose constar su ejecutoria y Archívese el expediente previa desanotación en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL  
Juez