

CONCEPTO 4 DE 2008

(Julio 4)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE

Bogotá D.C.,

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Asunto: Prima de antigüedad - liquidación de pensiones en el SENA.

En respuesta a su solicitud de concepto remitida con la comunicación electrónica radicada el 10 de junio de 2008 con el No. 8-2008-014326 y el NIS: 2008-02-042746, sobre si la prima de antigüedad debe tomarse para liquidar el SENA la pensión de jubilación y cómo debe entenderse que las pensiones se liquiden sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes, de manera atenta le informo lo siguiente:

En relación con la forma de liquidar las pensiones de jubilación de las personas a quienes se les aplica el régimen de transición, los incisos dos y tres del artículo [36](#) de la ley 100 de 1993, que entró en vigencia el 1 de abril de 1994 para el sector público nacional, dispuso lo siguiente:

“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad, si son mujeres, o cuarenta (40) o más años de edad, si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referencia en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación de índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.”

Aunque este artículo se refiere a la pensión de vejez, el Decreto 813 de 1994, que reglamenta el mismo artículo [36](#) de la ley 100 de 1993 preciso que las condiciones indicadas en esa norma son aplicables para la pensión de jubilación, señalando en su artículo 1 que:

“El régimen de transición previsto en el artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993, será aplicable a las pensiones de vejez y jubilación de todos los trabajadores ... del sector privado ..., de los servidores públicos ..., de los trabajadores independientes y de los afiliados obligatorios o facultativos del Instituto de Seguro Social.” (Hemos resaltado).

Sobre la forma de liquidar las pensiones del régimen de transición, el artículo 3 del Decreto 813 de 1994 estableció lo siguiente:

“Las personas que cumplan alguno de los requisitos previstos en el artículo anterior, tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de vejez o jubilación cuando cumplan los requisitos de

edad y tiempo de servicios o número de semanas cotizadas establecidos en las disposiciones del régimen que se les venía aplicando con anterioridad al 1° de abril de 1994. // El monto de dichas pensiones será el que se establecía en el respectivo régimen, que en ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual. El ingreso base para la liquidación de la pensión se calculará de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993.” (El resaltado es nuestro).

La aplicación del régimen de transición y en especial la forma de liquidar las pensiones de jubilación señalada en las normas anteriores a generado una amplia controversia jurisprudencial, particularmente frente a lo dispuesto por la ley [33](#) de 1985, que es la norma que estaba vigente para el sector público nacional con anterioridad a la ley 100 de 1993, y que en su artículo [1](#) dispuso:

“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.”

La controversia jurisprudencial se presenta entre otros aspectos, porque el inciso tercero del artículo [36](#) de la ley 100 de 1993 señaló una forma de liquidar las pensiones del régimen de transición diferente a la que señalaba el artículo 1 de la ley 33 de 1985, norma que dentro del monto de la pensión señala un ingreso base de liquidación específico.

Adicionalmente, el inciso tercero del artículo [36](#) de la ley 100 de 1993, al cual se remite el artículo 3 del Decreto 813 de 1994, ha tenido dos interpretaciones porque su redacción no permite definir con claridad si la expresión “si éste fuere superior” hace referencia al tiempo o al monto de la pensión:

Así, una interpretación señala que la expresión “si éste fuere superior” se refiere al tiempo, con lo cual la aplicación de esa norma es que la pensión de las personas que para el 1 de abril de 1994 les faltaba menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión se debe liquidar con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hacia falta para adquirir el derecho, mientras que a las personas que les hacía falta más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión se les debe liquidar con el promedio de lo cotizado durante todo el tiempo.

La otra interpretación señala que la expresión “si éste fuere superior” se refiere al monto de la pensión, con lo cual la aplicación de esa norma es que la pensión de las personas que para el 1 de abril de 1994 les faltaba menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión se debe liquidar con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hacia falta para adquirir el derecho, o con el promedio de lo cotizado durante todo el tiempo, dependiendo de cuál de las dos liquidaciones sea superior; significa lo anterior, que para los que han defendido esta interpretación, el inciso tercero de la ley [100](#) de 1993 no cobijó a las pensiones del régimen de transición a las que para el 1 de abril de 1994 les faltaba más de 10 años para ser adquiridas, es decir a las causadas con posterioridad al 1° de abril de 2004.

En la práctica estas interpretaciones diversas sobre la forma de liquidar las pensiones del régimen de transición deja dos conclusiones destacables:

1. Que para las personas que causaron el derecho a la pensión de jubilación antes de los 10 años de la vigencia de la ley [100](#) de 1993, es decir, entre el 1° de abril de 1994 y el 1° de abril de 2004,

las interpretaciones ofrecen dos formas de liquidar la pensión: Una, la del artículo 1 de la ley 33 de 1985, es decir con el “75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio” y la otra con el promedio de lo devengado desde el 1° de abril de 1994 hasta el día en que causo la pensión o con el promedio de lo cotizado durante todo el tiempo, sobre lo cual, en consideración al principio de favorabilidad establecido en los artículos [53](#) de la Constitución Política y [21](#) del C. S. del T., debe aplicarse la que resulte más favorable al pensionado por concederle una mesada superior.

2. Que para las pensiones de jubilación causadas con posterioridad al 1° de abril de 1994 las opciones normativas (ley 33 de 1985 o inciso tercero del artículo [36](#) de la ley 100 de 1993) coinciden en restringir los factores base de liquidación de la pensión, a aquellos factores o conceptos salariales que hayan servido de base para el pago de las cotizaciones o aportes pensionales, sólo que el artículo 1 de la ley 33 de 1985 los restringe al último año de servicios, mientras que el inciso tercero del artículo [36](#) de la ley 100 de 1993 se refiere a todo el tiempo.

Sobre la liquidación de las pensiones en Colombia, el Acto Legislativo No. 01 de 2005, que entró en vigencia el 25 de julio de 2005, dispuso expresamente:

"Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión".

Por lo anterior, es claro que a partir del 25 de julio de 2005, quedó elevado a rango constitucional que la liquidación de las pensiones se debe hacer teniendo en cuenta únicamente los factores que hayan servido de base para el pago de los aportes pensionales, por lo que estamos frente a un principio de orden suprallegal, que debe ser aplicado por el SENA.

Lo anterior nos conduce a la pregunta: como deben liquidarse las pensiones cuyo monto dependa del promedio de los aportes o cotizaciones pensionales?

Lo primero que debe señalarse al respecto es que los factores sobre los cuales los empleadores deben calcular los aportes para la pensión, no están al arbitrio de las partes que intervienen en la relación laboral, sino que siendo un tema de orden publico o de interés general, esos factores fueron expresamente determinados por norma.

Así, el artículo 1 de la ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3 de la ley 33 de 1985, dispuso:

“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.”

A partir del año 1994 los factores base de cotización para la pensión están definidos expresamente por el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, modificado por el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, que es aplicable a todos los empleadores del sector público y privado, entre ellos al SENA.

Sin embargo, en la práctica para el SENA y sus servidores públicos esos factores base de cotización siguen siendo los mismos desde el año 1985 hasta la fecha, teniendo en cuenta los salarios y prestaciones que esta entidad paga, como se evidencia al comparar las dos normas, en las cuales resaltamos los conceptos que el SENA le paga a sus empleados:

Inciso segundo del artículo 1 de la Ley 62 de 1985	Artículo 6 del Decreto 691 de 1994, modificado por el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994
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.”	“El salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores: a) La asignación básica mensual; b) Los gastos de representación; c) La prima técnica cuando sea factor de salario; d) las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario; e) La remuneración por trabajo dominical o festivo; f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna y; g) La bonificación por servicios prestados.

No hemos resaltado la prima de antigüedad, que es objeto de consulta, porque de un lado el SENA no paga ni ha pagado la prima de antigüedad concebida como un incremento salarial, que es a la que se refieren las normas transcritas, y de otro lado, porque la “prima quinquenal de antigüedad” que paga el SENA en virtud del artículo 40 del Decreto 1014 de 1978, no es factor de salario ni puede ser tenida en cuenta para pagar los aportes pensionales ni para liquidar la pensión.

Respecto a lo primero, la prima de antigüedad a la que se refieren las normas pensionales transcritas, es aquella prima establecida como un incremento salarial por la antigüedad de un funcionario, en los Decretos 2554 de 1973, 230 de 1975, 540 de 1977, 710 de 1978 y 1042 de 1978, que constituye factor de salario para la liquidación de todas las prestaciones sociales y para el pago de los aportes pensionales.

Al respecto los artículos 2, 3 y 16 del Decreto 230 de 1975, disponían:

“ARTÍCULO 2o. LA ESCALA ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO ANTERIOR COMPRENDE SEIS COLUMNAS. La primera corresponde a los diferentes grados de remuneración de las distintas clases de empleos. La segunda, al sueldo básico fijado para cada grado que se percibirá durante el primer año de servicio. Las cuatro (4) columnas siguientes, conformadas por el sueldo básico más un incremento por concepto de prima de antigüedad, se aplicarán a los empleados que permanezcan en el servicio, en el mismo cargo, así:

Al iniciar el segundo año de servicio, pasarán a la primera columna; al iniciar el tercer año, a la

segunda columna; al iniciar el cuarto año a la tercera columna; y al iniciar el quinto año, a la cuarta columna.

El ascenso o traslado a otro cargo no interrumpe el tiempo para el reconocimiento de la prima de antigüedad, ni ocasiona la pérdida de la remuneración que se hubiere alcanzado por este concepto.

Para los empleados de carrera, en el caso de ascenso, la remuneración será la correspondiente al grado del nuevo cargo, dentro de la misma columna de antigüedad alcanzada por el empleado.

Cuando un empleado de carrera, retirado del servicio por supresión del cargo, fuere reincorporado, el tiempo antes servido se le computará para el reconocimiento de la prima de antigüedad.”

“ARTÍCULO 3o. A partir del primero de febrero de 1975 los servidores de los organismos a que se refiere el presente Decreto empezarán a devengar el sueldo básico correspondiente a su respectivo grado.

Quienes se hubieren posesionado antes del 1o. de julio de 1974, tendrán derecho a la remuneración de la primera columna de la prima de antigüedad al cumplir un año de servicio, contado desde dicho primero de julio. Los demás empleados comenzarán a devengar la prima de antigüedad a medida que vayan cumpliendo un año de servicio, a partir de la fecha de su posesión.”

“ARTÍCULO 16. El presente Decreto no es aplicable a la Administración Postal Nacional, ni a los Establecimientos Públicos que con base en las facultades otorgadas en las Leyes 2a. y 9a. de 1973 se rigen por sistema de clasificación y remuneración diferentes al fijado en el Decreto 2554 de 1973.”

Por su parte, el artículo 49 del Decreto 1042 de 1978 señaló:

“De los incrementos de salario por antigüedad. Las personas que a la fecha de expedición de este decreto estén recibiendo asignaciones correspondientes a la 3a. o 4a. columna salarial del Decreto 540 de 1977, por razón de los incrementos de antigüedad establecidos en disposiciones legales anteriores, continuarán recibiendo, hasta la fecha en la cual se produzca su retiro del respectivo organismo, la diferencia entre sueldo básico fijado para su empleo en la segunda columna de dicho decreto y el de la tercera o cuarta columna, según el caso.

Los incrementos salariales de que trata este artículo no se perderán cuando los funcionarios cambien de empleo dentro del mismo organismo, tratase de nuevo nombramiento, ascenso, traslado o encargo.

El retiro de un organismo oficial no implicará la pérdida de los incrementos salariales por antigüedad cuando el respectivo funcionario se vincule, sin solución de continuidad, a cualquiera de las entidades enumeradas en el artículo 1o. del presente Decreto.

Para efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles.

Los funcionarios que perciban incrementos de remuneración por concepto de antigüedad deberán manifestar esta circunstancia al hacer su solicitud de empleo en otra entidad oficial.”

De conformidad con las normas mencionadas anteriormente, la prima de antigüedad está sujeta a la nomenclatura del cargo, a la antigüedad del empleado y a la columna en la cual se ubique el funcionario; además, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 49 de decreto 1042 de 1978 y en el 540 de 1977, sólo tienen derecho actualmente a esos incrementos salariales por prima de antigüedad, los servidores públicos que se hayan vinculado con anterioridad al 1 de abril de 1976 y gozaban de asignaciones correspondientes a la tercera o cuarta columna salarial contenida en el Decreto 540 de 1977.

En lo que respecta al SENA, esta entidad no ha reconocido ni pagado esa prima de antigüedad a sus funcionarios, porque esta entidad ha tenido una escala de clasificación y remuneración de cargos especial y diferente a la del resto del sector nacional, como lo evidencian los Decretos [2464](#) de 1970 y [1014](#) de 1978, así como cada uno de los Decretos que ha expedido anualmente el gobierno nacional fijando la escala de remuneración de los empleados del SENA, último que corresponde al Decreto 652 de 2008.

El artículo [40](#) del mencionado Decreto 1014 de 1978 establece para los empleados del SENA una “PRIMA QUINQUENAL DE ANTIGÜEDAD”, que no tiene la misma naturaleza de la prima de antigüedad que fue creada como un incremento del sueldo, sino que la del SENA fue creada como un pago quinquenal, no habitual y que no tiene carácter salarial para ningún efecto, ni siquiera para el pago de cotizaciones pensionales o la liquidación de la pensión de jubilación; así lo dispuso expresamente esa norma:

“ARTICULO [40](#). PRIMA QUINQUENAL DE ANTIGÜEDAD. El SENA pagará a sus empleados públicos, cuando cumplan cinco o diez años de servicio a la entidad, continuos o discontinuos, una suma equivalente al sueldo que devengue en la fecha en que se cause.

Esta prima, cuyo pago no es habitual, no es salario ni se computará como salario en ningún caso.

Cuando el empleado público cumpla quince o veinte años de servicios, dicha prima será de dos sueldos.

En ningún caso la citada prima será inferior a seis mil pesos (\$6.000.00).

El tiempo correspondiente al contrato de aprendizaje; el tiempo de los contratos de auxiliares de la administración sin solución de continuidad; el tiempo servido por el trabajador oficial que se vincule como empleado público y el tiempo del curso de formación para instructores como becarios, se tendrá en cuenta para la liquidación de la prima quinquenal.

El tiempo de licencia no remunerada disfrutada por el empleado se descontará para efectos del pago de esta prima.

Para los empleados de tiempo parcial esta prima se liquidará contabilizando las jornadas de cuatro horas o más como jornadas diarias completas y adicionándolas con los días de vacaciones y de descanso remunerado. Si las horas trabajadas no alcanzan a límite mínimo indicado, se deben sumar y dividir por cuatro; el resultado se adicionará con los días de descanso remunerado y vacaciones.”

Por lo anterior, no es procedente tener en cuenta la “prima quinquenal de antigüedad” que paga el SENA en virtud del artículo [40](#) del Decreto 1014 de 1978, para el pago de cotizaciones pensionales, ni para liquidar la pensión de jubilación.

Atentamente,

HERNANDO ALBERTO GUERRERO GUIÓ

Director Jurídico



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

