



Función Pública

Sentencia 01350 de 2014 Consejo de Estado

PENSION DE JUBILACION - Ministro de despacho / RELIQUIDACION PENSIONAL - Con base en lo devengado en el último año de servicio / MINISTRO DE DESPACHO - Reliquidación pensional / MINISTRO DE DESPACHO - Puede ejercer funciones pese al cumplimiento de la edad de retiro forzoso / PRIMA DE DIRECCION - No es factor salarial

Como se evidencia, para nuestro caso, la actora, adquirió el status pensional el 13 de enero de 2005, cuando concurrieron los requisitos de edad y tiempo de servicios, señalados en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985. El cumplimiento de estos requisitos llevó al reconocimiento pensional a través de la Resolución No. 40523 de 15 de junio de 2005, atendiendo para ello a la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, ambas devengadas en el cargo de Directora de Unidad Administrativa Especial Código 015 grado 22. Empero, la actora cumplió la edad de retiro forzoso el 7 de abril de 2006 y continuó en el desempeño de funciones en la Rama Ejecutiva, al ser nombrada como Ministra de Cultura, cargo en el que permaneció hasta el 31 de mayo de 2007, fecha en que le fue aceptada la renuncia. Empero, no milita dentro de las probanzas documento alguno que precise la fecha de nombramiento. No obstante, como se dijo, el cargo de Ministro de Despacho es de aquellos que se encuentran exceptuados de la previsión contenida en el inciso 1° del artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 que dispone que todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado. En este caso, si bien no hubo desprendimiento alguno del servicio, debe recordarse que por expresa previsión normativa, se le permitió continuar en el desempeño de funciones al desempeñarse como Ministra, pese al cumplimiento de la edad de retiro forzoso, razón por la que es posible acceder a la reliquidación de la pensión con base en lo devengado en el último año de servicios, como lo consagra la Ley 33 de 1985, es decir desde el 31 de mayo de 2006 al 31 de mayo de 2007. Ahora bien, según el certificado de tiempo de servicios obrante a folios 196 y 197, lo devengado por la actora en el último año de servicios corresponde a salario básico mensual, prima de dirección, gastos de representación, bonificación por servicios, bonificación semestral, prima de navidad, prima de vacaciones y vacaciones.

FUENTE FORMAL: LEY 33 DE 1985 / DECRETO 2400 DE 1968

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA
SUBSECCION A
Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., cinco (5) de junio de dos mil catorce (2014)

Rad. No.: 25000-23-25-000-2011-01350-01(1453-13)

Actor: ELVIRA CUERVO DE JARAMILLO

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL EICE EN LIQUIDACION - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL - UGPP

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de 11 de octubre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección "D", que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, instaurada por la señora ELVIRA CUERVO DE JARAMILLO, contra la Caja Nacional de Previsión Social EICE en Liquidación, hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -U.G.P.P.¹.-.

I. LA ACCIÓN

1. PRETENSIONES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora ELVIRA CUERVO DE JARAMILLO, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección "D", con el fin de obtener la nulidad parcial del artículo primero de los siguientes actos administrativos:

1. Resolución No. 53714 de 12 de octubre de 2006, suscrita por la Asesora de la Gerencia de la Caja Nacional de Previsión Social por la cual se le reconoció una pensión de jubilación en cuantía de \$3.294.777.50, efectiva a partir del 1° de octubre de 2005.

2. Resolución No. 39495 de 9 de agosto de 2008, suscrita por el Gerente de la Caja Nacional de Previsión Social por la cual se le reliquidó la pensión de jubilación por retiro definitivo en cuantía de \$4.106.075.22, efectiva a partir del 1° de junio de 2007.
3. Resolución No. 47697 de 11 de abril de 2011, suscrita por el Liquidador de la Caja Nacional de Previsión Social por la cual se le reliquidó la pensión de jubilación por retiro definitivo en cuantía de \$4.148.747.44, efectiva a partir del 1° de junio de 2007.
4. Resolución No. 55905 de 3 de junio de 2011, suscrita por el Liquidador de la Caja Nacional de Previsión Social por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución señalada en el numeral anterior, confirmándola.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó en síntesis que se condene a la demandada a reliquidar su pensión de jubilación, de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, elevando la cuantía a \$5.904.459.68, es decir, con el 75% de lo percibido en el último año de servicios, con la inclusión de factores salariales tales como la bonificación por servicios y los gastos de representación y con los reajustes que consagra la Ley 33 de 1985, con efectividad a partir del 1° de junio de 2007.

Solicitó además que se condene al pago de las diferencias originadas entre lo que se ha venido pagando y lo que se determine pagar en la sentencia que ordene la liquidación definitiva de la pensión, con efectividad desde el 1° de junio de 2007, junto con los ajustes de valor de dichas sumas; que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y s.s. del Decreto 01 de 1984 y que se condene en costas a CAJANAL.

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS²

Como hechos de la demanda, se indicaron, en síntesis, los siguientes:

Se dijo que la demandante laboró como servidora pública desde el 31 de agosto de 1972, al 30 de mayo de 2006, durante más de 20 años y por ello, está cobijada por la Ley 33 de 1985, en tanto que nació el 7 de abril de 1941.

Relató, que por estar cobijada por el régimen de transición, el 18 de octubre de 2005 solicitó ante la accionada el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación, petición a la que accedió la entidad, pues a través de la Resolución No. 53714 de 12 de octubre de 2006, mediante la cual el Asesor de la Gerencia reconoció a la demandante la pensión de jubilación, en cuantía de \$3.294.777.50, efectiva, a partir del 1° de octubre de 2005, condicionada a demostrar el retiro definitivo del servicio.

Agregó que en el mes de mayo de 2007, presentó renuncia a su cargo de Ministra de Cultura, que venía desempeñando y que ésta le fue aceptada mediante Decreto 1979 de 2007, a partir del 31 de mayo de esa anualidad.

Dijo que por ello, el 2° de noviembre de 2007, solicitó ante la Caja Nacional de Previsión Social el reajuste y reliquidación de su pensión de jubilación y mediante Resolución No. 39495 de 19 de agosto de 2008, el Gerente General de la entidad le reliquidó la pensión de jubilación únicamente por retiro definitivo en suma de \$4.106.075.22, efectiva a partir del 1° de junio de 2007.

Precisó, que el 13 de mayo de 2009, la demandante solicitó nuevamente la reliquidación pensional, con el fin de que se efectuara la reliquidación con el promedio de lo devengado en el último año de servicio y la inclusión de la totalidad de los factores salariales, pero a través de la Resolución No. PAP 047697 de 11 de abril de 2011, se reliquidó la pensión elevando la cuantía pensional en \$4.148.747.44, con base en que la demandante había adquirido el status pensional (29 de enero de 2005) en vigencia de la Ley 797 de 2003.

Añadió, que no se atendió a su petición de reliquidación conforme a la Ley 33 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978, es decir el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios y la inclusión de todos los factores de salario, (gastos de representación y bonificación por servicios prestados) los que arrojarían una cuantía de \$5.904.459.68, con efectividad desde el 1° de junio de 2007.

Que la entidad creó un híbrido jurídico al aplicar el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, desconociendo lo señalado en la Ley 33 de 1985, en concordancia con lo señalado en el Decreto 1045 de 1978 y atender al 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN³

Fueron invocadas en el escrito de demanda, como normas violadas de la Constitución Política los artículos 1°, 2°, 4, 25, 29, 53 y 58; la Ley 33 de 1985, el Decreto 1045 de 1978, el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo y del Código Contencioso Administrativo los artículos 1°, 2°, 36, 51, 63, 84 y 85.

Indicó la demandante que la accionada incurrió en desconocimiento de los postulados señalados, al establecer la cuantía pensional sobre la base del 75% de los sueldos devengados en los últimos 10 años de servicios prestados en el Ministerio de Cultura, como lo indicó la Resolución No. 39495 de 19 de agosto de 2008 y PAP 047697 de 11 de abril de 2011.

Señaló que al negar la solicitud de la demandante de la reliquidación pensional con el promedio de lo devengado en el último año de servicio con todos los factores ya reseñados, los actos demandados desconocen los derechos que le corresponden a los funcionarios del sector público, y generando un detrimento en la seguridad jurídica de los pensionados.

Agregó que el artículo 2° constitucional fue desconocido en tanto que consagra la garantía y efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Que la entidad incurrió en falsa motivación para no conceder en debida forma la cuantía pensional con todos los factores de ley, decidiendo en forma unilateral interpretar y acomodar a su antojo las Leyes 33 de 1985 y 100 de 1993, con claro desconocimiento de los derechos adquiridos y el principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la ley.

Manifestó que ninguno de los cuatro actos demandados tuvo en cuenta para calcular el valor de la mesada pensional el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios y la inclusión de todos los factores de salario que arrojarían una cuantía legal de \$5.904.459.68, efectiva partir del 1° de junio de 2007.

Precisó, que el error jurídico consiste en que se dejó de aplicar el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, para dar aplicación al inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no aplicable a la demandante por encontrarse inmersa en un régimen especial de pensión y que por ello, debía tenerse en cuenta para su liquidación pensional la asignación básica, los gastos de representación, y la bonificación por servicios prestados. En consecuencia, debía atenderse a los factores que señala el Decreto 1045 de 1978, es decir sobre todos los factores salariales devengados en el último año de servicios y no como lo hizo la Caja Nacional de Previsión Social.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁴

CAJANAL, dio contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la actora.

Dijo la apoderada, que no se le puede reconocer la pensión incluyendo los conceptos reclamados pues son conceptos prestacionales y no salariales; que los factores salariales sobre los cuales debe calcularse el ingreso base de liquidación están taxativamente relacionados en el Decreto 1158 de 1994, norma aplicable a la actora por ser beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y respetando en lo demás la norma anterior que es la Ley 33 de 1985.

Aseguró que en el mencionado Decreto 1158 de 1994 no se encuentran los factores reclamados, tales como la bonificación por servicios, los gastos de representación y demás factores prestacionales a tener en cuenta para liquidar la pensión.

Alegó, que al incluir factores extralegales o que no se encuentren taxativamente dados en la ley se está violando directamente el marco normativo que regula el sistema del cálculo pensional para los empleados oficiales y que conforme a los principios de unidad, solidaridad y sostenibilidad del sistema es claro que el régimen de transición tiene la virtud de extender los efectos de la ley anterior frente a factores como el monto, la edad y el tiempo de servicios en relación con el reconocimiento y reliquidación pensional.

Expresó que acceder a las pretensiones de la demanda implica que la entidad tenga que asumir una carga prestacional que no le corresponde, al reliquidar la primera mesada pensional de la actora desde el momento en que sólo tenía una expectativa legítima, lo que va en contravía con los principios de solidaridad y sostenibilidad del sistema presupuestal.

Finalmente propuso las excepciones de cobro de lo no debido, caducidad de la acción y prescripción.

5. LA SENTENCIA⁵

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección "D" mediante proveído de 11 de octubre de 2012, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

Luego de desestimar las excepciones propuestas efectuó una relación probatoria, a partir de la cual pasó a hacer un recuento normativo de la pensión ordinaria de jubilación. Observó que la actora se encontraba en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que por ello, la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión, deben ser los contenidos en el régimen anterior.

Dijo que como la demandante acreditó las condiciones para acceder al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, su situación pensional se encuentra regulada por las Leyes 33 y 62 de 1985, sin que corresponda escindir el contenido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Citó apartes de la sentencia de ésta Corporación dentro del proceso radicado con el No. 2009-0112 de 4 de agosto de 2010, con ponencia del Consejero Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila y concluyó que en efecto la accionante tenía derecho a la reliquidación pensional, pero debía además atenderse a lo señalado en la sentencia de 26 de febrero de 2009 con ponencia de quien se ocupa de ésta providencia, sobre la aplicación en integridad del régimen anterior.

Constató que durante el último año de servicios, comprendido del 31 de mayo de 2006 al 31 de mayo de 2007, la actora devengó su asignación básica mensual, la prima de dirección, gastos de representación, bonificación por servicios, bonificación semestral, prima de navidad, vacaciones y prima de vacaciones. No obstante, la entidad demandada al reconocer la pensión de jubilación de la actora incluyó únicamente como factores salariales la asignación básica, la bonificación por servicios prestados y los gastos de representación, los cuales si bien se tuvieron en cuenta en la reliquidación pensional, se asimilaron a una base de los últimos 10 años anteriores al retiro del servicio.

En consecuencia, declaró la nulidad parcial de los actos demandados y ordenó la reliquidación pensional en cuantía del 75% del salario promedio

devengado durante el último año de servicios, por el lapso comprendido entre el 31 de mayo de 2006 al 31 de mayo de 2007, incluyendo como factores salariales el salario básico mensual, la prima de dirección, los gastos de representación, la bonificación por servicios, la bonificación semestral, la prima de navidad y la prima de vacaciones, a partir del 1° de junio de 2007. Además ordenó el pago de las diferencias generadas dejadas de cancelar, la actualización de las condenas y el descuento de los aportes correspondientes para pensión sobre aquellos factores sobre los cuales no se hubiere efectuado la deducción legal.

Finalmente negó las demás pretensiones de la demanda.

6. EL RECURSO⁶ La apoderada del ente demandado impugnó oportunamente la providencia del *a quo* y solicitó su revocatoria.

Insistió en los argumentos formulados en la contestación de la demanda referentes a que no se le puede reconocer a la actora la pensión incluyendo los conceptos reclamados pues son conceptos prestacionales y no salariales; agregó que los factores salariales sobre los cuales debe calcularse el ingreso base de liquidación están señalados en el Decreto 1158 de 1994, aplicable por ser beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Manifestó que al momento de entrar en vigencia ésta norma la demandante tenía una mera expectativa frente al derecho a la pensión de jubilación, situación que fue protegida por dicha normatividad incluyéndolo dentro del régimen de transición. Que al incluirse factores extralegales o que no se encuentren taxativamente dados en la ley se está violando directamente el marco normativo que regula el sistema del cálculo pensional para los empleados oficiales y conforme a los principios de unidad, solidaridad y sostenibilidad del sistema el régimen de transición tiene la virtud de extender los efectos de la ley anterior frente a factores como el monto, la edad y el tiempo de servicios en relación con el reconocimiento y reliquidación pensional, sin que ello pueda extenderse a los factores salariales que deben acogerse para establecer el ingreso base de liquidación, pues para ello debe atenderse a lo señalado por la Ley 100 de 1993.

7. ALEGATOS

El apoderado de la parte actora⁷ consideró que la demandante es beneficiaria del régimen de transición y que por ello, debe procederse a la reliquidación de la pensión de jubilación teniendo en cuenta lo contemplado en las Leyes 33 y 62 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978 y que por ello, debió liquidarse la pensión de jubilación con base en el 75% del promedio de los factores salariales devengados durante su último año de servicios. Insólitamente aludió en esta oportunidad a la aplicación al caso de la demandante del Decreto 546 de 1971.

La parte demandada presentó alegaciones a folios 384 a 387 del cuaderno principal. En esta oportunidad reiteró los argumentos del recurso de apelación, pero insistió particularmente en que la liquidación efectuada por la entidad se encuentra ajustada a derecho en tanto que atiende a los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, dentro de los cuales no se encuentran los reclamados, que consideró, tampoco están contemplados en las Leyes 33 y 62 de 1985. Añadió que la sentencia de unificación del Consejo de Estado tiene efectos a futuro y no retroactivos y que en la misma sentencia no se indicó que su aplicación fuese retroactiva.

8. VISTA FISCAL⁸

La señora Procuradora 3ª Delegada ante el Consejo de Estado emitió concepto, en el que solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, al considerar que a la actora le asiste el derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación con base en las normas que regulan su caso, como son las Leyes 33 y 62 de 1985, anteriores a la Ley 100 de 1993, por encontrarse amparada por el régimen de transición y no en las normas aducidas por la entidad.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

1. Problema Jurídico

El asunto se contrae a establecer la legalidad de los actos administrativos demandados, en orden a determinar la correcta liquidación del derecho jubilatorio de la actora, concretamente frente a la normatividad aplicable para tal efecto y los factores que al respecto deben observarse, teniendo en cuenta que ésta se encuentra inmersa en el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Como problemas asociados deberá verificar si es viable acceder a reliquidar la pensión atendiendo a lo devengado en el último año laborado, posterior al cumplimiento de la edad de retiro forzoso, por su desempeño como Ministra de Cultura y si debe incluirse en la liquidación pensional la prima de dirección.

2. Del fondo del asunto.

Ahora bien, para arribar al fondo del asunto, se asumirá en primer lugar el estudio del régimen aplicable a la actora, el tema de la transición y la liquidación pensional y por último, se analizará los problemas jurídicos asociados y si únicamente es viable ordenar la liquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de los factores salariales sobre los cuales se efectuaron los aportes pensionales.

El primer aspecto relevante del problema jurídico se refiere a la forma de liquidación del derecho pensional de los empleados públicos inmersos dentro del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Para poder abordar éste aspecto, veamos las premisas fácticas que determinan la incursión de la actora en el régimen de transición señalado.

Para el efecto, se tiene que la señora ELVIRA CUERVO DE JARAMILLO, nació el 7 de abril de 1941, conforme a copia del registro civil de nacimiento, obrante a folio 41 del cuaderno principal, por lo que se aprecia que cumplió 55 años el 7 de abril de 1996.

De igual manera, se probó que la demandante laboró al servicio del Estado, en los siguientes periodos:

ENTIDAD		Acto de nombramiento	periodo Desde	Hasta	TOTAL
Alcaldía de Bogotá (fl. 60 y 68 del Cdno. Ppal)	Directora del Departamento Administrativo de Bienestar Social	Decreto No. 0907 de 28 de agosto de 1973	31 de agosto de 1973	14 de agosto de 1974	11 meses y 13 días
Departamento de Cundinamarca. (fl. 56 del Cdno ppal)	Secretaria de educación	Decreto de nombramiento No. 0979 de 1975	14 de abril de 1975.	2 de noviembre de 1976	1 año, 6 meses y 18 días
Asamblea de Cundinamarca (visible a folios 63 a 66 DEL Cdno. PPal)	Diputada		1 de octubre de 1980	30 de octubre de 1980	30 días
			1 de noviembre de 1980	a 10 de noviembre de 1980	10 días
			1 de octubre de 1981	30 de octubre de 1981	30 días
			1 de noviembre de 1981	a 30 de noviembre de 1981	30 días
			diciembre 7 de 1981	11 de diciembre de 1981	5 días
			1 de octubre de 1984	30 de octubre de 1984	30 días
			1 de noviembre de 1984	a 30 de noviembre de 1984	30 días
			9 de julio de 1985	31 de julio de 1985	22 días
			1 de octubre de 1985	30 de octubre de 1985	30 días
			1 de noviembre de 1985	a 30 de noviembre de 1985	30 días
			18 de diciembre de 1985	a 24 de diciembre de 1985	6 días
			20 de marzo de 1986	a 9 de abril de 1986	19 días
			20 de julio de 1986	25 de noviembre de 1986	4 meses y 5 días
Cámara De Representantes (fl. 54 del cdno ppal)	Representante a la Cámara		26 de noviembre de 1986	30 de enero de 1989	2 años, 2 meses y 4 días
			5 de febrero de 1989	20 de julio de 1989	5 meses y 15 días
			1 de agosto de 1989	19 de julio de 1990	11 meses y 18 días
			26 de febrero de 1992	16 de noviembre de 1993	1 año, 8 meses y 20 días
Ministerio de Cultura	COLCULTURA- Jefe de división Código 2040 grado 06	Acta De posesión No. 022			

Director general de unidad administrativa especial código 0155 grado 12	17 de noviembre de 1993	25 de febrero de 1998	4 años, 3 meses y 8 días
Director de unidad administrativa especial código 0015 grado 20	26 de febrero de 1998	No se indica fecha	9 años, 3 meses y 5 días
Viceministra	No se indica fecha	No se indica fecha	
Ministra de Cultura	No se indica fecha	31 de mayo de 2007	

A folio 194 del cuaderno principal obra copia de Resolución No. 1979 de 31 de mayo de 2007, por la cual se acepta la renuncia en el cargo de Ministra de Cultura, a partir del 31 de mayo de 2007. Significa lo anterior, que laboró en total 22 años, 3 meses y 18 días.

De acuerdo a lo señalado, cumplió los 55 años de edad el 7 de abril de 1996, pero solo cumplió los 20 años de servicios el 13 de enero de 2005, con lo que adquirió en tal fecha el status pensional, previo al cumplimiento de la edad de retiro forzoso, que lo fue el 7 de abril de 2006.

De las anteriores premisas se tiene que la situación pensional de la señora ELVIRA CUERVO DE JARAMILLO se gobierna por el régimen de transición contenido en el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que estableció una excepción a la aplicación del sistema de seguridad social en pensiones correspondiente a quienes a 1° de abril de 1994 hayan tenido 35 años si son mujeres o 40 años si son hombres o 15 años o más de servicios o de tiempo cotizado; a ellos se les aplicará lo establecido en el régimen anterior a la Ley 100 de 1993, en cuanto al tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión, salvo quienes voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad o quienes estando en éste se cambien al de prima media con prestación definida.

Efectivamente, la accionante contaba con 52 años, 11 meses y 24 días de edad a 1° de abril de 1994 y para esa fecha había cumplido 9 años, 3 meses y 19 días de servicios al Estado, en consecuencia, al ostentar el requisito de edad, es claro que evidenciaba la condición de beneficiaria del régimen de transición, conforme al inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por ende, le serían, aplicables previsiones anteriores tales como las Leyes 33 y 62 de 1985, cuya aplicación es integral e implica que los diferentes elementos que definen el reconocimiento y pago del derecho pensional sean gobernados sin discriminación alguna por la mencionada normatividad.

En tal sentido, ésta Subsección en anterior pronunciamiento⁹ señaló que el régimen de transición en el marco de un nuevo sistema pensional, implica para quienes a la entrada en vigencia del mismo reúnen los supuestos de hecho allí establecidos (edad o tiempo servido), el reconocimiento de su derecho pensional con fundamento en el régimen anterior al que se encontraban afiliados, es decir, el mantenimiento de las condiciones bajo las que aspiraban a concretar su derecho pensional, pues ello hace razonable su configuración legal, derecho que implica para quienes les sea aplicable la habilitación del ordenamiento que cobijaba su derecho pensional antes del cambio legislativo, en aras de la consolidación y reconocimiento del mismo bajo las reglas allí contenidas en cuanto a la totalidad de elementos que lo componen, es decir, respecto de la edad, el tiempo de servicios, las cotizaciones, el porcentaje y monto pensional, entre otros.

Como se advierte, se descarta en principio o al menos en cuanto al contenido y alcance del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 una escisión en cuanto al manejo normativo y aplicación de los elementos que componen y determinan el derecho pensional de los beneficiarios de dicho régimen, como parece entenderlo la apelante, al señalar que pese a cobijarle a la actora el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, debe liquidársele su pensión de jubilación atendiendo a lo señalado por el inciso 3° del artículo 36 de la mencionada norma¹⁰.

Ahora bien, la Ley 33 de 1985 dispone en su artículo 1° que el empleado oficial que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación, equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Esta norma, modificó el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, que disponía que la pensión fuera equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios. Para el efecto, señaló los factores que debían tenerse en cuenta en la determinación de la base de liquidación de los aportes y preceptuó en el artículo 3º:

“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 su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el artículo anterior la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trata de empleados del orden nacional:

- * Asignación básica
- * Gastos de representación
- * Prima técnica
- * Dominicales y feriados
- * Horas extras
- * Bonificación por servicios prestados
- * Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días 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.”.

Esta prescripción normativa fue modificada por el artículo 1º de la Ley 62 del mismo año¹¹, con lo que quedó derogado el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en cuanto a factores salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación.

Ahora bien, en cuanto a los factores a tener en cuenta con base en las mencionadas disposiciones, ésta Sección en sentencia del 4 de agosto del 2010¹², concluyó 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.

En suma, debe atenderse en la liquidación, aquellos emolumentos que percibió el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por la labor desempeñada.

La anterior decisión encontró respaldo en una tomada por la misma Sección el 9 de julio de 2009, cuando al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978¹³, precisó que dicha disposición señalaba unos factores que debían ser entendidos como principio general sin que conllevara una relación taxativa de factores, pues de tomarse así “(...)se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación.”¹⁴.

Así las cosas, tanto la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, como el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación y por ende, es viable otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.

Como fundamento de la decisión unificadora la Sala manifestó:

“Igualmente, la tesis expuesta en este proveído privilegia el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, cuya observancia es imperativa en tratándose de beneficios laborales, pues el catálogo axiológico de la Constitución Política impide aplicar la normatividad vigente sin tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral, toda vez que ello conduciría a desconocer aspectos relevantes que determinan la manera como deben reconocerse los derechos prestacionales.

De ahí que, interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna 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.

En consecuencia, el principio de progresividad debe orientar las decisiones que en materia de prestaciones sociales adopten las autoridades públicas, pues la protección del conglomerado social presupone la existencia de condiciones que le permitan ejercer sus derechos en una forma adecuada a sus necesidades vitales y, especialmente, acorde con la dignidad inherente al ser humano. Por lo tanto, dicho principio también orienta la actividad de los jueces al momento de aplicar el ordenamiento jurídico a situaciones concretas.”.

Teniendo en cuenta la normatividad aplicable al caso, el alcance que jurisprudencialmente se le ha dado y las directrices trazadas por los Jueces de la República en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido que para tales efectos se tengan en cuenta todos los factores que constituyen salario, entendiendo como tal 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, vr.gr., 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 suma, aquellos acrecimientos que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios.

De acuerdo a lo anterior, pasa la Sala a verificar si la liquidación efectuada por la entidad se ajusta a derecho o incurre en la violación de las normas en que se sustenta, como lo señaló el Tribunal:

En la Resolución No. 40523 de 15 de junio de 2005 (fls. 161-165 Cdn. Ppal.), la entidad demandada al momento de liquidarle la pensión de jubilación, tuvo en cuenta la asignación básica y la bonificación por servicios prestados y como fecha de adquisición del status precisó el 29 de enero de 2005, siendo el último cargo desempeñado para esa época, el de Directora de Unidad Administrativa Especial Código 015 grado 22, con base en el siguiente criterio:

“el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 10 años, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93, y sentencia 168 del 20 de abril de 1995 de la Corte Constitucional, entre el 01 de octubre de 1995 y el 30 de septiembre de 2005”

El mismo razonamiento se mantuvo en la Resolución No. 53714 de 12 de octubre de 2006 (fls. 174-179 Cdn. Ppal.)

Luego, a través de la Resolución No. 39495 de 19 de agosto de 2005 (fls. 199 y s.s. Cdn. Ppal), proferida por CAJANAL, se reliquidó la pensión de jubilación, con el mismo análisis de aplicación normativa, únicamente incluyendo nuevos tiempos laborados, ahora como Ministra de Cultura, hasta el retiro del servicio, es decir, por el periodo comprendido entre el 1º de junio de 1997 hasta el 30 de mayo de 2007, con lo que se elevó la cuantía a \$4.106.075.22

Posteriormente, a través de la Resolución No. PAP 047697 de 11 de abril de 2011 (fls. 226- 231 Cdn. Ppal), al resolverse una solicitud de reliquidación pensional por inclusión de nuevos factores, se negó tal petición con base en la aplicación al caso de la Ley 797 de 2003, pero se

elevó la cuantía a \$4.148.747.44 pesos

Ahora bien, debe aclarar la Sala que según la preceptiva aplicable al *sub lite*, se tiene que ELVIRA CUERVO adquirió el status pensional el día 13 de enero de 2005, cuando confluyeron los requisitos de edad y de tiempo de servicios que exige la Ley 33 de 1985.

No obstante, el cumplimiento de la edad de retiro forzoso se produjo el 7 de abril de 2006 y su retiro definitivo del servicio se produjo el 31 de mayo de 2007, y es con base en el último año laborado que se solicita la reliquidación pensional, habrán de efectuarse las siguientes precisiones:

En primer lugar, debemos aclarar que este se trata del caso de quien permanece en el servicio público a pesar de haber obtenido el derecho a la pensión, por no estar obligado a retirarse de éste y, permanece en el servicio para desempeñarse como Ministra de Cultura, y solicita sobredicho periodo la reliquidación pensional, periodo que como se aprecia, fue desarrollado pese al cumplimiento de la edad de retiro forzoso:

En efecto, el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, que regula la administración del personal civil que presta sus servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público, señaló sobre la edad de retiro forzoso lo siguiente:

“ARTICULO 31º. Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos. Exceptúanse de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2º del Artículo 29 de este Decreto.
” Se Resalta.

Posteriormente fue introducida una modificación a la norma transcrita, por la Ley 490 de 1998, artículo 14, en los siguientes términos:

“ARTICULO 31. Edad de retiro. Modificado por el art. 14, Ley 490 de 1998. El artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, quedará así: todo servidor público o empleado que sea funcionario del Estado o que ejerza funciones públicas y que cumpla la edad de 65 años, será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado. No obstante, si por decisión libre y voluntaria del mismo, manifiesta al nominador su deseo en el ejercicio de las funciones que venía desempeñando podrá continuar en el cargo hasta cumplir la edad de 70 años. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión de vejez, de acuerdo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos. La remuneración y la pensión serán incompatibles para quienes se acojan a esta norma.”

Esta modificación fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, en sentencia C- 644 de 1999, por no cumplir con el principio de unidad de materia, señalado en el artículo 169 de la Carta, según el cual *“el título de las leyes deberá corresponder precisamente a su contenido...”*. Como consecuencia de lo anterior, la norma originaria, arriba transcrita recobró vigencia, y con ello, la excepción a la aplicación del artículo 31, para los cargos contemplados en el artículo 29 del Decreto en mención. En efecto, enseña ésta norma:

“El empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del servicio, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que reúna tales condiciones. No obstante, el Gobierno podrá establecer excepciones para el retiro, cuando las necesidades del servicio lo exijan.”¹⁵
La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de presidente de la república, ministro del despacho, jefe de departamento administrativo, superintendente, viceministro, secretario general de ministerio o departamento administrativo, presidente, gerente o director de establecimientos públicos o de empresas industriales y comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo.
Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años.”¹⁶ (Se subraya).

El inciso segundo del artículo 29, en cita, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-124 de 1996, en la que analizó como cargo formulado la presunta *“discriminación y desigualdad entre los jubilados, los cuales por carecer de poder político o económico, jamás podrán acceder a los cargos que allí se indican, quebrantando con ello el artículo 13 de la Carta Política.”*

Allí consideró la Corte que las apreciaciones efectuadas en la sentencia C- 351 de 1995, con ponencia del Magistrado Doctor Vladimiro Naranjo Mesa, eran aplicables a ese caso por cuanto *“... lejos de prohibir el reintegro a algunos cargos del orden nacional por parte de personas retiradas con derecho a pensión de jubilación, permiten en la norma demandada el desempeño de los mismos, pues la Constitución Política no prevé la edad de retiro forzoso en relación con ellos ni tampoco prohíbe el ingreso a los mismos, dada la función pública de interés general que representa su ejercicio”*

Agregó además la Corte que *“dicho precepto desarrolla el mandato superior que habilita al legislador para regular las normas relacionadas con el ingreso y retiro del servicio, y adicionalmente, establece situaciones excepcionales que permitan a los pensionados por jubilación desempeñar los empleos señalados en la misma disposición, los cuales por su naturaleza y delicada función, demandan un alto grado de confianza, experiencia y conocimientos para la verdadera y real eficacia de la función pública dentro del adecuado cumplimiento de los fines del Estado”*.

En el mismo sentido el artículo 78 del Decreto 1848 de 1969¹⁷ frente a la prohibición a los jubilados de reintegrarse al servicio oficial, ratificó los cargos exceptuados a la regla general de no reincorporación, en los siguientes términos:

"Regla general y excepciones. La persona retirada con derecho y en goce de pensión de jubilación, no podrá reintegrarse al servicio oficial, en entidades de Derecho Público. Establecimientos Públicos, empresas oficiales y sociedades de economía mixta, conforme a la prohibición establecida en el Artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, subrogado por el Decreto 3074 del mismo año citado.

PARÁGRAFO. Lo dispuesto en los artículos anteriores no comprende a las personas que vayan a ocupar cualquiera de los siguientes empleos: Presidente de la República, Ministros del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente, Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de Misiones Diplomáticas no comprendidos en la respectiva Carrera y Secretarios Privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo y los demás empleos que el Gobierno Nacional señale, conforme a la facultad que al efecto le confiere el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, citado antes." (Subraya y negrilla fuera del texto original).

El listado de cargos a que hace referencia la norma, es al que debe atenderse para efectos de la aplicación del artículo 31 del Decreto 2400, como él mismo lo dispone, dentro del que se encuentra el de Ministro.

Así mismo, frente al retiro de los servidores públicos por motivo del cumplimiento de la edad de retiro forzoso, el Decreto 1950 de 1973, por el cual se reglamentan los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil dispuso:

"ARTÍCULO 122º.- La edad de sesenta y cinco (65) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo para los empleos señalados en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto Nacional 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año."

"ARTÍCULO 124º.- Al empleado oficial que reúna las condiciones legales para tener derecho a una pensión de jubilación o de vejez, se le notificará por la entidad correspondiente que cesará en sus funciones y será retirado del servicio dentro de los seis (6) meses siguientes, para que gestione el reconocimiento de la correspondiente pensión.

Si el reconocimiento se efectuare dentro del término indicado, se decretará el retiro y el empleado cesará en sus funciones."

Ahora bien, el artículo 150 de la Ley 100 de 1993 dispone que los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo, tendrán derecho a que se les reliquide el ingreso base para calcular la pensión, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución. Pero además señala que no podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el sólo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso.

Pese a lo anterior, la Corte Constitucional señaló que el Decreto 2400 de 1968, artículo 31, no ha perdido vigencia con la expedición de la Carta Política, al no contradecirla, en tanto que se trata de una figura constitucional, que persigue, entre otras cosas, brindar oportunidades laborales a otras personas, que tienen derecho a relevar a quienes ya han cumplido una etapa en la vida, pues *"Los cargos públicos no pueden ser desarrollados a perpetuidad, ya que la teoría de la institucionalización del poder público distingue la función del funcionario, de suerte que éste no encarna la función, sino que la ejerce temporalmente. La función pública es de interés general, y en virtud de ello, la sociedad tiene derecho a que se consagren garantías de eficacia y eficiencia en el desempeño de ciertas funciones"*¹⁸.

Añadió la Corte que es razonable que exista una regla general, pero no absoluta, que fije una edad máxima para el desempeño de funciones, no como cese de oportunidad, sino como mecanismo razonable de eficiencia y renovación de los cargos públicos: *"En efecto, la única tacha de inconstitucionalidad que podría impugnarse, en gracia de discusión, es que discrimina a los mayores de determinada edad, impidiéndoles su realización laboral. Pero el legislador como ya se expresó, es autónomo para fijar el tope de edad, porque la Constitución misma prevé estas situaciones, cuando confiere al legislador la potestad de señalar la edad, sin darle ninguna pauta específica. Luego no puede ser inconstitucional una especificación que goza de amparo constitucional."*

Como se evidencia, para nuestro caso, la señora ELVIRA CUERVO DE JARAMILLO, adquirió el status pensional el 13 de enero de 2005, cuando concurrieron los requisitos de edad y tiempo de servicios, señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985. El cumplimiento de estos requisitos llevó al reconocimiento pensional a través de la Resolución No. 40523 de 15 de junio de 2005¹⁹ (fls. 161-165 Cdo. Ppal.), atendiendo para ello a la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, ambas devengadas en el cargo de Directora de Unidad Administrativa Especial Código 015 grado 22²⁰.

Empero, la actora cumplió la edad de retiro forzoso el 7 de abril de 2006 y continuó en el desempeño de funciones en la Rama Ejecutiva, al ser nombrada como Ministra de Cultura, cargo en el que permaneció hasta el 31 de mayo de 2007, fecha en que le fue aceptada la renuncia. Empero, no milita dentro de las probanzas documento alguno que precise la fecha de nombramiento. No obstante, como se dijo, el cargo de Ministro de Despacho es de aquellos que se encuentran exceptuados de la previsión contenida en el inciso 1º del artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 que dispone que todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado.

En este caso, si bien no hubo desprendimiento alguno del servicio, debe recordarse que por expresa previsión normativa, se le permitió continuar en el desempeño de funciones al desempeñarse como Ministra, pese al cumplimiento de la edad de retiro forzoso, razón por la que es posible acceder a la reliquidación de la pensión con base en lo devengado en el último año de servicios, como lo consagra la Ley 33 de 1985, es decir desde el 31 de mayo de 2006 al 31 de mayo de 2007.

Ahora bien, según el certificado de tiempo de servicios obrante a folios 196 y 197, lo devengado por la actora en el último año de servicios corresponde a salario básico mensual, prima de dirección, gastos de representación, bonificación por servicios, bonificación semestral, prima de navidad, prima de vacaciones y vacaciones.

La sentencia de primera instancia, ordenó la reliquidación pensional con todos los factores anotados, salvo el pago por vacaciones y condenó a

la entidad de previsión a la reliquidación de la pensión de jubilación, desde el 1° de junio de 2007, fecha de retiro definitivo del servicio.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala al igual que el Tribunal considera que la demandante tiene derecho a que se le liquide su pensión con el promedio de lo devengado en el último año de servicios incluyendo todos los factores salariales devengados del 31 de mayo de 2006 al 31 de mayo de 2007 (artículo 1° de la Ley 33 de 1985) correspondientes al salario básico mensual, gastos de representación, bonificación por servicios, bonificación semestral, prima de navidad y la prima de vacaciones²¹.

Al respecto, no es posible y lo hace bien el Tribunal, al no acceder a la inclusión del pago por vacaciones, toda vez que ésta Corporación ya analizó su naturaleza²² y por ello, acá se colige que al no tratarse de factor salarial, no es posible computarlas para fines pensionales.

Aunado a lo anterior, considera la Sala que tampoco debe incluirse en la liquidación la prima de dirección percibida por la actora desde el mes de octubre de 2005, en tanto que la misma fue creada a través del Decreto 3150 de 2005²³ proferido por el Presidente de la República, en desarrollo de las facultades señaladas en la Ley 4ª de 1992, como una bonificación equivalente a cuatro veces la remuneración mensual compuesta por la asignación básica más gastos de representación, sin que constituya factor para liquidar elementos salariales o prestacionales²⁴.

Al ser concebida por el Gobierno para ciertos cargos de acuerdo a la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño, pero sin carácter salarial, lo hizo con base en las potestades conferidas por el artículo 2º, literal j), de la Ley 4ª de 1992, situación que no permite a la Sala concederle otra naturaleza diferente a la que le confirió su autor, por lo que no es viable que se introduzca en la base de la liquidación pensional.

Así las cosas, se desestiman los planteamientos expuestos por la entidad demandada en el recurso de apelación en cuanto dice que los factores que debían tenerse en cuenta para la liquidación del monto pensional son los señalados en el Decreto 1158 de 1994, de una parte porque este es un decreto reglamentario de la Ley 100 de 1993 que no resulta aplicable a los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36, y de la otra, porque atender los argumentos de la entidad recurrente, implicaría desconocer la normatividad que regula esta pensión.

3. Descuentos para aportes de seguridad social en pensiones, sobre los factores que se ordena incluir en el cálculo pensional.

Ahora bien, uno de los argumentos de la apelación se refirió a que no podían incluirse en la liquidación de la pensión factores salariales sobre los que no se habían realizado los aportes.

En el caso bajo estudio, el *a quo* consideró que a la actora le asiste el derecho a la reliquidación pensional, pero ordenando descontar los correspondientes aportes al sistema de seguridad pensional, si no se hubiera hecho, en lo que corresponda la demandante pues lo concerniente a la entidad empleadora, la accionada podrá repetir contra ésta.

No discute la Sala que la doctrina de esta Corporación, señala que *“procede el descuento de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal”*²⁵. Lo anterior, en tanto la omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de los mencionados conceptos para efectos pensionales, pues aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional²⁶.

No obstante, es necesario precisar que en casos como el *sub examine*, los aportes sobre la totalidad de los factores que legalmente constituyen factor salarial para efectos pensionales, no se realizaron durante la vida laboral del actor desde el momento de su causación, por lo que para esta Sala resulta necesario que los valores a retener y/o deducir, de aquellos sobre los que no se cotizó y que se tendrán en cuenta para reliquidar la pensión de la accionante, sean actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario, de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y a la actora (pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión de la segunda), de lo contrario se trataría de sumas depreciadas, que en vez de coadyuvar a la sostenibilidad fiscal en materia pensional, ahondarían la problemática.

Ahora bien, en lo que concierne a la deuda a cargo de la parte actora, la entidad demandada procederá a realizar los descuentos sobre el valor del retroactivo producto del reconocimiento del mayor valor derivado de la reliquidación pensional con la inclusión de los nuevos factores; y si con ello no se satisficiera la totalidad de la deuda que a la demandante le corresponde, se efectuarán una serie de descuentos mensuales, iguales, hasta completar el capital adeudado.

Los mencionados descuentos deberán ser acordes con las circunstancias y condiciones económicas de la actora, dada la cuantía de su pensión; esto a efectos de no causar traumatismo a su ingreso y en consecuencia, a su manutención y la de quienes de ella dependen económicamente.

Así pues, como en el caso concreto la demandante tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios, salvo el sueldo de vacaciones y la prima o bonificación por dirección, deberá confirmarse parcialmente la sentencia apelada, la adicionará en el sentido de indicar que la orden de reliquidación proferida por el *a quo*, estará condicionada a la elaboración, por parte de la entidad demandada, de un cálculo actuarial cuya proyección permita la efectividad del derecho reclamado por la demandante en términos razonables, de conformidad con las pautas establecidas en párrafos anteriores.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de once (11) de octubre de dos mil doce (2012) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección "D", que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en el proceso adelantado por ELVIRA CUERVO DE JARAMILLO contra la Caja Nacional de Previsión Social, por las razones expuestas en la parte motiva, salvo el numeral sexto que quedará así:

"SEXTO.- Se CONDENA a la Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL EICE en Liquidación, hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -U.G.P.P.-, a reliquidar la pensión de vejez que percibe la demandante en una suma equivalente al setenta y cinco (75%) del salario promedio devengado durante el último año de servicios, esto es, por el lapso comprendido del 31 de mayo de 2006 al 31 de mayo de 2007, incluyendo como factores salariales el básico mensual, los gastos de representación, la bonificación por servicios, la bonificación semestral, la prima de navidad y la prima de vacaciones, a partir del 1° de junio de 2007."

ADICIÓNASE la sentencia indicada en el inciso anterior, en el sentido de señalar que la orden de reliquidación proferida por el a quo, estará condicionada a la elaboración, por parte de la entidad demandada, de una fórmula actuarial cuya proyección permita la efectividad del derecho reclamado por la demandante en términos razonables, de conformidad con las pautas expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN
LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 A través de providencia de 18 de julio de 2013, visible a folios 355 y 356, se reconoció a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -U.G.P.P.-, como sucesora procesal de la Caja Nacional de Previsión Social EICE En Liquidación.

2 Fls. 271 – 276 Cdno. Principal.

3 Folios 276 y siguientes del primer cuaderno.

4 Fls. 294-296 del Cdno. Principal.

5 Fls. 308 – 327 del Cdno. Principal.

6 Fls. 332 y s.s. del Cdno. Principal.

7 En escrito visible a folios 380 a 383 del cuaderno principal.

8 En escrito visible a folios 389 a 399 del cuaderno primero.

9 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010), Radicación número: 25000-23-25-000-2003-07987-01(0836-08).

10 "..."

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas 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 le hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

...”.

11 La disposición aplicable al caso, 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.”.

12 Proceso referenciado con el número 0112-09.

13 Norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, a aquellos que se les aplica la Ley 6 de 1945.

14 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia de 9 de julio de 2009, Ref.: Expediente No. 250002325000200404442 01 (0208-2007), Actor: Jorge Hernández Vásquez.

15 Modificado por el artículo 1°, inciso 3° de la Ley 33 de 1985; Decreto 625 de 1988 y la Ley 71 de 1988.

16 Modificado por el Decreto 3074 de 1968 artículo 1°.

17 *“Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”*, que a su vez regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

18 Corte Constitucional, sentencia C-351 del 9 de agosto de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

19 La entidad consideró que la actora cumplió el tiempo de servicios y por ende el status el 29 de enero de 2005.

20 Los mismos factores fueron tenidos en cuenta al momento de liquidar la pensión en las Resoluciones Nos. 53714 de 12 de octubre de 2006, 39495 de 9 de agosto de 2008 y 47697 de 11 de abril de 2011, como se aprecia a folios a 174 y s.s., 199 y s.s., y 226 y s.s., todos del cuaderno principal.

21 En cuanto a las primas de vacaciones y navidad se dijo en la mencionada sentencia de 4 de agosto de 2010, que podían incluirse dentro del ingreso base de liquidación pensional en la medida en que el legislador, mediante el Decreto 1045 de 1978, les otorgó carácter salarial para tales efectos. Así, la referida providencia, expresó:

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

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

22 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil diez (2010), Radicación número: 25000-23-25-000-2002-13339-01(0531-10), Actor: HOSPITAL CENTRO ORIENTE II NIVEL E.S.E.

.

23 "Decreto 3150 de 8 de septiembre de 2005, "Por el cual se dictan disposiciones en materia prestacional"

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992,

DECRETA:

Artículo 1º. . Créase para los Ministros, Directores de Departamento Administrativo; Viceministros; Subdirectores de Departamento Administrativo; Alto Comisionado en la Consejería Presidencial para la Paz; Alto Consejero Presidencial; Secretario Privado de la Presidencia de la República; Secretarios de la Presidencia de la República; Consejero Presidencial; Director de Programa Presidencial; Asesores Grados 48 y 47 de la Presidencia de la República; Secretarios Generales de Ministerios y Departamentos Administrativos; Directores Administrativo o Financiero o Técnico u Operativo de Ministerio y Departamento Administrativo; Directores, Gerentes o Presidentes de Establecimientos Públicos; Director de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil; Director de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales, y Directores de Unidades Administrativas Especiales con Personería Jurídica, con excepción del Director de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, como prestación social, una bonificación de dirección equivalente a cuatro (4) veces la remuneración mensual compuesta por la asignación básica más gastos de representación, pagadera en dos contados iguales en fechas treinta (30) de junio y treinta (30) de diciembre del respectivo año.

Esta bonificación de dirección no constituye factor para liquidar elementos salariales o prestacionales, ni se tendrá en cuenta para determinar remuneraciones de otros empleados públicos.

Parágrafo. Los empleados a que se refiere el presente artículo, en caso de no haber laborado el semestre completo, tendrán derecho al pago proporcional de esta bonificación por cada mes cumplido de labor, dentro del respectivo semestre.

Artículo 2º. Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial establecido en el presente decreto, en concordancia con lo establecido en los artículos 10 y 12 de la Ley 4ª de 1992. Cualquier disposición en contrario carecerá de efectos y no creará derechos adquiridos.

Artículo 3º. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. C., a 8 de septiembre de 2005.

Publicado en el Diario Oficial 46.026 de septiembre 09 de 2005.". Resalta la Sala.

24 Norma sobre la que la Sección Segunda de ésta Corporación ya se pronunció en sentencia de 22 de abril de 2009, con ponencia del Consejero Doctor Gerardo Arenas Monsalve, dentro del proceso de simple nulidad radicado con el No. 11001-03-25-000-2006-00012-00(0122-06) y en la que se analizó si hubo extralimitación en el ejercicio de las facultades otorgadas al Presidente de la República al crear la denominada bonificación de dirección a favor de los Ministros del Despacho y otros funcionarios de alta jerarquía

25 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00031-01(0899-11). Actor: Sara Paulina Pretel Mendoza. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL

26 V. gr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).-Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).Actor: Luis Mario Velandia Demandado: Caja Nacional de Previsión Social. Autoridades Nacionales.

De otra parte, esta Corporación en sentencia del veinticuatro (24) de enero de dos mil trece (2013), radicación número: 25000-23-25-000-2009-00515-01(0305-12)dijo: *“Finalmente, en cuanto a los aportes, cabe decir, que en virtud de la estipulación final de, l (sic) artículo 1 de la Ley 62 de 1985, la liquidación de la pensión debe estar de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes. Regla general a la que están obligados todos los servidores públicos, aún para los empleados de régimen especial como los de la Contraloría General de la República, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional. Lo anterior significa, que si no han sido objeto de descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes¹¹. Tal ha sido la filosofía del Legislador, que actualmente se ha elevado a rango constitucional a través del Acto Legislativo 1 de 2005¹², en el sentido de establecer que para efectos de la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Máxima que implica a partir del año de 2005 que sobre todos los factores que constituyen base para liquidar la pensión deban realizarse los respectivos aportes, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional.”* (Resaltado fuera de texto.)

JORM/Lmr.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 01:10:46