

PENSION DE JUBILACION DE TECNICOS AERONAUTICOS – Régimen especial. Beneficiarios

El personal de la Aeronáutica Civil que desarrollara funciones con fines exclusivamente aeronáuticos se pensionaba con el régimen especial previsto por la Ley 7ª de 1961 y el Decreto 1372 de 1966. En este orden de ideas, el accionante no es beneficiario del citado régimen especial, pues no se desempeñó en cargos pertenecientes al sector de los servicios Técnicos Aeronáuticos, sino como Operador y Auxiliar, sin acreditar que en ellos desempeñara funciones consideradas como de excepción.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 36 / LEY 7 DE 1961 / DECRETO 1372 DE 1966 / LEY DE 1961 / LEY 33 DE 1985 / LEY 62 DE 1985

PENSION DE JUBILACION – Factores. Inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios. Interpretación taxativa vulnera el principio de progresividad. Principio de igualdad. Principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (Sentencia de unificación)

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. 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, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - *de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945. De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aún así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. 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.*

FUENTE FORMAL: LEY 33 DE 1985- ARTICULO 3 / LEY 62 DE 1985-ARTICULO 1

PENSION DE JUBILACION – Factores. Interpretación taxativa vulnera el principio de igualdad

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. 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 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.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 53

PENSION DE JUBILACION – Factores. No taxatividad. Principio de la realidad sobre las formalidades

En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiando su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 150

PENSION DE JUBILACION – Factores. Principio de protección del erario público

Si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar. *En este orden de ideas, la protección al erario público es un principio que debe armonizarse con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial importancia, de esta manera se logra efectivizar ambos mandatos sin necesidad de restringir excesivamente ninguno de ellos, toda vez que, como ha quedado expuesto ambos deben coexistir dentro del Estado Social de Derecho.*

PENSION DE JUBILACION – Liquidación con base en todos los factores salariales / SALARIO – Concepto

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

PENSION DE JUBILACION – No es factor la indemnización por vacaciones / INDEMNIZACION POR VACACIONES – No es factor pensional

No es posible incluir la indemnización de vacaciones toda vez que las vacaciones no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado

para el trabajador, por lo cual, no es posible computarlas para fines pensionales. En efecto, esta Corporación ha precisado que la compensación monetaria, que se otorga al trabajador cuando no disfruta de sus vacaciones, no puede servir de base salarial para liquidar la pensión de jubilación.

BONIFICACION POR RECREACION – Regulación legal / BONIFICACION POR RECREACION – No es factor pensional / PENSION DE JUBILACION – No es factor la bonificación por recreación

El ordenamiento jurídico (artículo 15 del Decreto 2710 de 2001) prescribe que la bonificación por recreación no constituye factor salarial para efectos prestacionales, por lo cual no puede accederse en este aspecto a la petición del demandante. Adicionalmente, tampoco puede perderse de vista que el objeto de dicho reconocimiento no es remunerar directamente la prestación del servicio del empleado, sino, por el contrario, contribuir en el adecuado desarrollo de uno de los aspectos de la vida del mismo, como lo es la recreación; razón por la cual, es válido afirmar que esta es una prestación social y, en consecuencia, no puede ser incluida como factor para la liquidación de la pensión, máxime si, como se anotó anteriormente, el legislador así lo estableció expresamente.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2710 DE 2001 / DECRETO 660 DE 2002 / LEY 4 DE 1992

NOTA DE RELATORIA: Esta sentencia es proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda y unifica el criterio de la inclusión de todos los factores devengado en el último año de servicio en la base de liquidación de la pensión de jubilación

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: VICTOR 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 PREVISION SOCIAL

AUTORIDADES NACIONALES.-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 14 de mayo de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, que declaró no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada y accedió a las súplicas de la demanda incoada por Luis Mario Velandia contra la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL.

LA DEMANDA

LUIS MARIO VELANDIA, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca declarar la nulidad de los siguientes actos:

- Acto ficto negativo, producto de la falta de respuesta a la petición elevada por el actor a la entidad demandada el 22 de julio de 2005, mediante la cual solicitó la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados.
- Resolución No. 14421 de 28 de marzo de 2006, proferida por la Subgerencia de Prestaciones Económicas de CAJANAL, que desató el recurso de reposición interpuesto contra el anterior acto ficto, declarando su existencia y confirmando la decisión negativa contenida en el mismo.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad accionada a:

- Reliquidarle su pensión de jubilación en cuantía de \$2.114.392.92, a partir del 1 de noviembre de 2002, teniendo en cuenta los siguientes factores devengados durante el último año de servicios: sueldo, alimentación, bonificación por servicios, bonificación por recreación, dominicales y festivos, horas extras, incremento de antigüedad, prima de productividad, prima de navidad, prima de vacaciones, vacaciones en dinero.
- Ajustar la prestación reconocida con base en el Índice de Precios al Consumidor, de conformidad con los artículos 11, 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 y con el principio de favorabilidad previsto por el artículo 53 de la Constitución Política.
- Efectuar los reajustes automáticos de Ley a que haya lugar, a partir de la fecha de adquisición del derecho.
- Ajustar el valor de las condenas con base en el Índice de Precios al Consumidor, tal como lo establece el artículo 178 del C.C.A.
- Dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.
- Pagar los intereses moratorios previstos por el artículo 177 del C.C.A.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

CAJANAL, mediante la Resolución No. 24070 de 27 de agosto de 2002, le reconoció la pensión de jubilación, en cuantía de \$803.879.87, a partir del 9 de abril de 2002. Posteriormente, a través de la Resolución No. 27103 de 31 de diciembre de 2003 le negó la solicitud de reliquidación.

Sin embargo, la entidad accionada, por medio de la Resolución No. 2160 de 1 de septiembre de 2004, reliquidó el beneficio pensional en cuantía de \$852.991.14, a partir del 1 de noviembre de 2002.

El 22 de julio de 2005, el demandante solicitó nuevamente la reliquidación de su prestación, pero la entidad demandada no resolvió oportunamente esta petición, por lo cual, interpuso recurso de reposición contra el acto ficto negativo producto de dicha omisión.

CAJANAL, mediante la Resolución No. 14421 de 28 de marzo de 2006, desató el recurso de reposición confirmando el acto ficto negativo.

LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La Ley 33 de 1985.

De la Ley 100 de 1993, los artículos 21, 36 y 150.

Del Decreto 3135 de 1968, el artículo 27.

Del Decreto 1848 de 1969, el artículo 73.

El Decreto 1042 de 1978.

Del Decreto 1045 de 1978, el artículo 45.

El Decreto 1158 de 1994.

El demandante consideró que los actos acusados estaban viciados de nulidad, por las siguientes razones:

El actor se encuentra dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por lo tanto, deben aplicarse las disposiciones vigentes con anterioridad a la expedición de dicha disposición.

Igualmente, la Ley 100 de 1993 establece que las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición se liquidan con base en todo lo devengado por el

trabajador. Además, el artículo 150 de dicha norma conduce a la misma conclusión.

Entonces, para efectos de establecer la cuantía de la pensión debe tenerse en cuenta que las disposiciones en comento no hacen referencia a los factores salariales sobre los cuales se han efectuado descuentos, sino a todos los salarios devengados.

Por su parte, el artículo 10 del Decreto 1160 de 1989 prevé que las reliquidaciones pensionales se realizan con base en todos los factores salariales devengados. En consecuencia, en este caso no pueden tenerse en cuenta las Leyes 33 y 62 de 1985 porque éstas únicamente se aplican al momento de liquidar las pensiones y el presente proceso se refiere a una reliquidación pensional que se rige por una norma especial, es decir, por el referido Decreto 1160 de 1989.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad accionada ejerció su derecho de contradicción frente a la acción incoada, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos (Fls. 128 a 139):

Como excepción se propone la de inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido, pues el demandante se encuentra dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo cual su prestación se reconoce con base en las Leyes 33 y 62 de 1985, pero se liquida de conformidad con la referida Ley 100. Es decir, que se aplican las normas generales anteriores en lo que concierne a la edad, semanas cotizadas y monto pensional, pero el período base de liquidación y los factores salariales que deben tenerse en cuenta se rigen por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

Siendo ello así, no es posible incluir conceptos laborales distintos a los enlistados por el Decreto 1158 de 1994, dentro de los cuales no se encuentran los solicitados por el demandante; teniendo en cuenta, además, que los mismos no fueron objeto de aportes para la seguridad social.

Una liquidación distinta a la efectuada por CAJANAL vulnera los principios de legalidad, sostenibilidad presupuestal y solidaridad.

En este caso existe cosa juzgada objetiva, la cual está fijada por la identidad de objeto y de *causa petendi*, aspectos que han sido analizados por la jurisprudencia indicando que es necesario acudir a las normas generales para dirimir las

controversias en torno a los factores que componen el ingreso base de liquidación de las pensiones.

En caso de que el Tribunal acceda a las súplicas de la demanda debe decretar la prescripción prevista por el Decreto 1848 de 1969.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, mediante sentencia de 14 de mayo de 2008, declaró no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada y accedió a las súplicas de la demanda con base en los siguientes argumentos (Fls. 156 a 168):

Las excepciones de inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido; prescripción; y, violación a los principios de legalidad, sostenibilidad presupuestal, solidaridad y a las nociones de monto y salario, deben analizarse al estudiar el fondo de la controversia.

En lo que respecta a la excepción de cosa juzgada objetiva, debe precisarse que las sentencias proferidas en acciones de nulidad y restablecimiento del derecho tienen efectos interpartes y, por lo tanto, no se hacen extensivos a otros procesos.

Ahora bien, el demandante se encuentra amparado por el régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo cual, su situación pensional se rige por la normatividad vigente antes de expedirse dicha norma, que en este caso corresponde a las Leyes 33 y 62 de 1985.

A su turno, las Leyes 33 y 62 de 1985 establecieron que la pensión de los empleados oficiales se liquida con base en el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Por su parte, el artículo 10 del Decreto 1160 de 1989 regula la reliquidación de las pensiones de jubilación indicando que *“Los empleados oficiales a quienes se les hubiere reconocido el derecho a la pensión de jubilación y no se hayan retirado del servicio, una vez producido éste, se les reliquidará dicha prestación, tomado como base del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.”*

Entre tanto, de conformidad con la anterior disposición, en concordancia con el Convenio 95 de la OIT, aprobado por la Ley 54 de 1962, la pensión del actor debe liquidarse con todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, pues la prevalencia del principio de favorabilidad impide aplicar en inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en tanto conlleva a la disminución de la mesada pensional.

En consecuencia, se declara la nulidad del acto ficto negativo, producto de la falta de respuesta a la petición elevada por el actor el 22 de julio de 2005 y de la Resolución No. 14421 de 28 de marzo de 2006. A título de restablecimiento del derecho, se ordena reliquidar la prestación del demandante en cuantía del 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio, esto es entre el 31 de octubre de 2001 y el 31 de octubre de 2002, incluyendo los siguientes factores: asignación básica, prima de alimentación, bonificación por servicios, diferencia de horario, bonificación semestral, dominicales y festivos, horas extras, incrementos por antigüedad, prima de productividad, prima de vacaciones, prima de navidad y bonificación por recreación.

CAJANAL podrá realizar los descuentos por aportes sobre los factores que no hayan sido objeto de la deducción legal.

No hay lugar a decretar la prescripción de las mesadas en los términos del Decreto 1848 de 1969.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la decisión del *A quo*, exponiendo los motivos de inconformidad que a continuación se indican (FIs. 170 a 176):

El actor se desempeñó como Auxiliar en la Aeronáutica Civil, por lo cual, no es beneficiario del Decreto 1835 de 1994 que consagra un régimen especial para el personal que ejerza funciones de Controladores o Radioperadores. Sin embargo, si en gracia de discusión se aceptara que es beneficiario de dicha norma sería necesario acudir a la Ley 100 de 1993 para efectos de determinar los factores base de liquidación pensional, pues el Decreto 1835 de 1994 no hace referencia a este aspecto.

De ahí que no sea posible reliquidar la pensión del actor teniendo en cuenta los factores salariales reclamados, pues no se encuentran enlistados en el Decreto 1158 de 1994 y, además, no fueron objeto de descuentos por aportes para la seguridad social.

Una liquidación distinta a la efectuada por CAJANAL vulnera los principios de legalidad y solidaridad; y, se aparta del verdadero alcance de las expresiones “monto” y salario, llegando a la conclusión que los empleados oficiales ostentan mejores condiciones laborales frente a los trabajadores privados, pese a que los primeros se encuentran vinculados a través de una relación legal y reglamentaria que les impide obtener garantías superiores a las legalmente establecidas. Además, sobre los conceptos reclamados el accionante no efectuó los aportes de Ley.

En este caso existe cosa juzgada objetiva, la cual está fijada por la identidad de objeto y de *causa petendi*, aspectos que han sido analizados por la jurisprudencia indicando que es necesario acudir a las normas generales para dirimir las controversias en torno a los factores que componen el ingreso base de liquidación de las pensiones.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

El problema jurídico se contrae a determinar si procede el reajuste de la pensión de jubilación del actor, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

Con el objeto de resolver el problema expuesto, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

- De conformidad con el Registro Civil de Nacimiento, el actor nació el 5 de marzo de 1947 (Fl. 40).
- El 27 de agosto de 2002, mediante Resolución No. 24070, la Subdirección General de Prestaciones Económicas de CAJANAL le reconoció al actor su pensión de vejez, en cuantía de \$803.879.87, efectiva a partir del 1 de abril de 2002, pero condicionada al retiro definitivo del servicio. El monto de la prestación se determinó teniendo en cuenta la asignación básica, dominicales y feriados;

horas extras; bonificación por servicios prestados; y, diferencia de horario, factores que fueron devengados entre el 1 de abril de 1994 y el 30 de marzo de 2002 (Fls. 51 a 55).

- El 1 de septiembre de 2004, por medio de la Resolución No. 7160, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad accionada reliquidó la prestación del demandante, con base en el certificado de sueldos y factores salariales correspondientes a nuevos tiempos de servicio, ascendiendo la cuantía de la prestación a la suma \$852.991.14, teniendo como período base de liquidación el comprendido entre el 1 de abril de 1994 y el 31 de octubre de 2002, con efectividad a partir del 1 de noviembre de 2002 (Fls. 87 a 90).

- El 22 de julio de 2005 el actor solicitó la reliquidación de su pensión teniendo en cuenta todos los factores devengados en el último año de servicio (Fls. 7 a 9).

- El 23 de noviembre de 2005 el demandante interpuso recurso de reposición contra el acto ficto producto de la falta de respuesta a la petición elevada el 22 de julio de 2005 (Fls. 20 a 21)

- El 28 de marzo de 2006, a través de la Resolución No. 14421, la Subgerencia de Prestaciones Económicas de CAJANAL declaró la existencia del acto ficto negativo respecto de la petición elevada el 22 de julio de 2005 y lo confirmó argumentando que su pensión se reconoció al margen del régimen especial de la Aeronáutica Civil previsto por el Decreto 1835 de 1994, porque el petente no ocupaba un cargo de excepción. Entonces, su prestación se rige por la normatividad general dentro de la cual no encuentran enlistados los factores cuya inclusión solicita el actor (Fls. 2 a 6).

- De acuerdo con el Certificado de Haberes expedido por la Dirección de Talento Humano de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, en el último año de servicios, comprendido entre el 31 de octubre de 2001 y el 31 de octubre de 2002, el actor devengó los siguientes factores: asignación básica; alimentación; bonificación por recreación; bonificación semestral; bonificación por servicios; diferencia de horario; dominicales y festivos; horas extras; inc. (sic) Antigüedad; prima de productividad; prima de navidad; prima de vacaciones; indemnización de vacaciones (Fls. 18 a 19).

- El Jefe del Grupo de Situaciones Administrativas de la División de Personal y Carrera de la Aeronáutica Civil, certificó que el actor laboró en dicha entidad en la siguiente forma (Fl. 64):

Cargos Desempeñados	Desde	Hasta
Operador de Maquinaria Pesada	12-05-71	27-03-78
Operador Clase IV Grado 08	28-03-78	24-08-97
Auxiliar IV Grado 11	25-08-97	31-10-02

De conformidad con el anterior acervo probatorio, procede la Sala a desatar la controversia teniendo en cuenta i) El régimen de transición previsto por la Ley 100 de 1993; ii) El régimen pensional aplicable al caso concreto; y, iii) La liquidación de la pensión reconocida por la entidad accionada.

i) Régimen de transición.

La Ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social integral, con el objetivo de amparar a la población en las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, para los afiliados y sus beneficiarios, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales y a crear mecanismos de carácter económico que contrarrestaran las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se veían sometidos.

No obstante lo anterior, la referida ley en su artículo 36 preceptúa lo siguiente:

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

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 mas 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. (...).”

Se observa, entonces, que la Ley 100 de 1993 creó un régimen de transición, que ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor 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.

Teniendo en cuenta las pruebas allegadas al expediente, se acreditó que al 1 de abril de 1994 el actor tenía más de 40 años de edad, por lo cual se encuentra dentro de las previsiones del régimen de transición de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, es pertinente determinar cuál era la norma anterior que regulaba su situación pensional para efectos de establecer la cuantía de la prestación reconocida por la entidad accionada.

ii) Régimen pensional aplicable al caso concreto.

Con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 el régimen general de pensiones estaba contemplado en la Ley 33 de 1985, la cual en su artículo 1° dispone:

“ARTICULO 1o. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

(...)

PARÁGRAFO 2o. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad si son mujeres o cincuenta y cinco (55) sin son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

PARÁGRAFO 3o. En todo caso los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley.”.

Ahora bien, la Ley 7ª de 1961 establece un régimen especial de pensiones de jubilación aplicable a los radio operadores, técnicos de radio y electricidad y oficiales de meteorología de la Empresa Colombiana de Aeródromos. El artículo 2° de esta norma establece:

“Para los efectos indicados se aplicará a los mencionados trabajadores lo dispuesto por el artículo 21 del Decreto 1237 de 1946 y tendrán derecho a la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, cualquiera que fuere su edad.”

El Decreto 1372 de 1966, reglamentario de la Ley 7ª de 1961 sobre pensiones de jubilación de radio operadores, técnicos de radio, de electricidad y oficiales de meteorología, en su artículo 3º, dispone:

“Son técnicos de radio y de electricidad, los funcionarios que desarrollen las actividades propias de su profesión con fines exclusivamente aeronáuticos, sea cual fuere la denominación de planta de los cargos o nomenclatura dentro de la organización del organismo aeronáutico al cual pertenecen o del Departamento Administrativo del Servicio Civil.”

En conclusión, el personal de la Aeronáutica Civil que desarrollara funciones con fines exclusivamente aeronáuticos se pensionaba con el régimen especial previsto por la Ley 7ª de 1961 y el Decreto 1372 de 1966.

En este orden de ideas, el accionante no es beneficiario del citado régimen especial, pues no se desempeñó en cargos pertenecientes al sector de los servicios Técnicos Aeronáuticos, sino como Operador y Auxiliar, sin acreditar que en ellos desempeñara funciones consideradas como de excepción.

Tampoco es posible acudir a leyes anteriores como la Ley 6ª de 1945, porque al momento de entrar en vigencia la Ley 33 de 1985 el actor no acreditaba un tiempo de servicio igual o superior a 15 años en entidades del sector público.

En conclusión, la normatividad aplicable en este caso para efectos de determinar los requisitos de edad, tiempo de servicios y, especialmente, cuantía de la pensión de jubilación, son las Leyes 33 y 62 de 1985, pues, se reitera, aunque el actor es beneficiario del régimen de transición previsto por la Ley 100 de 1993 no lo es de las excepciones previstas por la Ley 33 de 1985, las cuales hacen referencia a los empleados oficiales *“que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente”*, a *“aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones”*; y, a quienes a la entrada en vigencia dicha ley hubieren cumplido más de 15 años continuos o discontinuos de servicio, porque a ellos se les continuarán aplicando las normas especiales, de excepción o generales anteriores que sean pertinentes en cada caso concreto.

Entre tanto, como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad

correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación y así lo solicitó en la demanda¹.

iii) Liquidación pensional.

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

Esta disposición, en su artículo 3º, modificado por el artículo 1º 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 3º 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

¹ Al respecto ver la sentencia de 13 de marzo de 2003, proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda de esta Corporación, Consejera ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero, Radicación número: 17001-23-31-000-1999-0627-01(4526-01), Actor: Carlos Enrique Ruiz Restrepo, Demandado: Universidad Nacional de Colombia.

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 2003², concluyendo que *“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”*.

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 2006³, 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 forma⁴:

² 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.

³ 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.

⁴ 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 Paez Cristancho.

“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.”.

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.

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 1978⁵,

⁵ “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 tuvieron 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;

norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - *de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945*, precisó⁶:

“Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo 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.⁷”

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, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.

-
- 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.”*

⁶ 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.

⁷ La Sección Segunda del Consejo de Estado, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el particular en sentencia de 21 de mayo de 2009, expediente 0525-2008, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, en esa oportunidad sobre el particular, concluyó:

“(…) El Decreto Ley 603 de 1977, por medio del cual se establece el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en su artículo 17 estableció el régimen especial de pensiones para algunos funcionarios de la Registraduría Nacional del Estado Civil (...).

Quienes se encuentren dentro de la excepción que contempla la norma, tienen derecho al reconocimiento pensional con 16 años de servicios y 50 años de edad, ya que el inciso primero del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 expresamente excluyó de su aplicación a quienes gozan de un régimen especial de pensiones, (...)

Como la demandante laboró para la Registraduría Nacional del Estado Civil del 30 de agosto de 1972 al 31 de diciembre de 2000 desempeñando el cargo de Dactiloscopista 4125-12, tenía derecho a que la pensión le fuera reconocida y liquidada conforme a lo dispuesto en el Decreto 603 de 1977.

LIQUIDACIÓN PENSIONAL

En lo relativo a la base de liquidación de la pensión de jubilación las dos disposiciones mencionadas se asientan sobre el promedio de los salarios devengados por el servidor público. Y, como la norma no distingue, preciso es reconocer que sin discriminación alguna harán parte integral de la base de liquidación todos los factores salariales devengados en los términos previstos en el Decreto 603 de 1977. (...)

Esta decisión encuentra fundamento en las siguientes consideraciones de orden constitucional y legal:

a) Naturaleza jurídica de la pensión de jubilación

El capital humano en toda sociedad constituye un factor fundamental para su desarrollo, es por tal razón que los derechos laborales deben gozar de especial protección en la medida en que las condiciones óptimas para su desempeño y la adecuada remuneración del mismo son presupuestos fundamentales para alcanzar la prosperidad general, fin estatal previsto por el artículo 2° de la Constitución Política.

A su turno, la pensión de jubilación constituye una prestación social que, por regla general, se otorga al beneficiario como consecuencia lógica de haber proporcionado en forma personal, subordinada y remunerada un servicio determinado, producto de una relación laboral. Igualmente, en el transcurso de la vinculación el empleado efectúa aportes a la seguridad social con el fin de proveer por su salud, la de su familia y por supuesto precaver la ocurrencia de las circunstancias de invalidez, vejez o muerte que le permitan a futuro procurar su subsistencia y la de su núcleo familiar.

Entonces, en lo que atañe a la pensión de jubilación es válido afirmar que la misma no es una dádiva del Estado sino que constituye un salario diferido, un ahorro que hace el trabajador durante su vida laboral para que al llegar a su etapa de vejez pueda ver amparada la disminución que ocasiona esta circunstancia en su capacidad de trabajo.

En lo concerniente a la esencia de la pensión de jubilación, la Corte Constitucional ha expresado⁸:

“Un agravante adicional resulta también de manifiesto si se considera la naturaleza jurídica de la pensión. En efecto, esta constituye un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo -20 años-.

En otras palabras, el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador.”. (El resaltado es del texto).

⁸ Sentencia No. C-546 de 1992, Magistrados Ponentes: Drs. Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero.

Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 9° dispuso:

“Artículo 9 - Derecho a la Seguridad Social

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.”.

Entonces, para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación siempre debe partirse de la base que ésta constituye una prestación producto de los aportes efectuados por el trabajador y, por lo tanto, debe otorgarse en forma óptima con el fin de no afectar sus condiciones de existencia al momento de retirarse definitivamente del servicio.

b) Principio de progresividad

El principio de progresividad constituye una directriz en materia de política pública para los Estados, en el sentido de velar porque los logros alcanzados en materia de Derechos Sociales, Económicos y Culturales no se disminuyan en el transcurso del tiempo y, por el contrario, procurar la optimización progresiva de su disfrute. Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado:

*“2.5.8.1. Esta Corporación ha desarrollado una clara línea jurisprudencial relativa al deber estatal de desarrollo progresivo de los derechos sociales y a la prohibición prima facie de retrocesos en esta materia. Esta doctrina fue expuesta con claridad en la Sentencia C-038 de 2004⁹, en donde, refiriéndose a las garantías mínimas en materia laboral, la Corte sostuvo que los principios constitucionales del trabajo y el respeto de los derechos adquiridos no eran los únicos que limitaban la libertad de configuración del legislador cuando adelantaba una reforma laboral, pues existía la obligación del Estado de garantizar no sólo esos mínimos constitucionales, sino también de desarrollar progresivamente la protección del trabajo, a fin de lograr la plena realización de ese derecho. Explicó el fallo que en cuanto el trabajo era no sólo un derecho fundamental, sino también uno de carácter social, que como tal tenía unos contenidos legales mínimos, era un derecho de desarrollo progresivo al cual le eran aplicables el PIDESC y el Protocolo de San Salvador¹⁰, que prescribían el deber de los Estados de adoptar las [medidas apropiadas, hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente su plena efectividad.
(...)*

⁹ M.P. Eduardo Montealegre Lynnet. Ya anteriormente se había delineado esta doctrina en las sentencias C-251 de 1997, SU-225 de 1998, C-1489 de 2000 y C-671 de 2002.

¹⁰ Este Tratado contiene el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

2.5.8.2. *Más adelante, en la Sentencia T-1318 de 2005 ¹¹ -antes citada y referente concretamente al derecho a la vivienda digna-, la Corte se refirió a las fuentes normativas relativas al principio de progresividad de los derechos sociales y la garantía de no regresividad de los mismos, y al respecto señaló que de conformidad con los mandatos constitucionales y con los compromisos internacionales del Estado colombiano, éste tenía la obligación efectiva de adoptar medidas para satisfacer los derechos de esta naturaleza. Al respecto recordó que de conformidad con la Observación General No. 3 del Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las obligaciones contraídas por los Estados partes del PIDESC se dividen en obligaciones de comportamiento y en obligaciones de resultado, y que dentro de estas últimas se incluye la obligación de adoptar medidas para la progresiva satisfacción de los derechos contemplados en el Pacto, es decir, el mandato de progresividad y la prohibición de medidas regresivas en la materia. (...).”*

Así las cosas, de la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aún así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador.

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 aquélla 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.

¹¹ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

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.

c) *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 beneficiarios¹².

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 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.

Ahora bien, el artículo 150 de la Constitución Política establece:

¹² Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

“Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

19. Dictar las normas generales y señalar los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (...)

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública.”.

En torno al alcance de dicha disposición la Corte Constitucional ha establecido¹³:

“En este orden de ideas, es el Congreso el llamado a establecer a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el marco general y los objetivos y criterios que orientan al Presidente de la República para fijar el régimen salarial y prestacional de los distintos servidores públicos del Estado.

La definición de dicho régimen salarial y prestacional, se desarrolla conforme al ejercicio de una competencia concurrente que corresponde, en primer lugar, al Congreso de la República y, en segundo término, al Presidente dentro del marco trazado por aquél. Se trata del ejercicio de una tipología legislativa denominada “ley marco o cuadro”, a través de la cual, el Congreso fija las pautas y criterios generales que guían la forma en que habrá de regularse una determinada materia, y el Presidente de la República, se encarga de desarrollar dichos parámetros a través de sus propios decretos administrativos o ejecutivos . En la actualidad, el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y el régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales, se concreta en la Ley 4ª de 1992.”.

En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiando su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

d) De las finanzas públicas

En materia de derechos prestacionales, uno de los aspectos que principalmente se ha observado para efectos de delimitar el reconocimiento y goce de los mismos es el referente a los recursos que debe proveer el Estado para satisfacerlos, pues es evidente que demandan un alto nivel de gasto público e inversión social.

¹³ Sentencia C-432 de 2004, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Sin embargo, las finanzas públicas no pueden convertirse en el fundamento único y determinante para limitar el acceso a las prestaciones sociales o disminuir sus garantías, pues el legislador ha previsto medidas tendientes a procurar la autosostenibilidad del sistema.

En efecto, en lo que concierne a las pensiones de jubilación y vejez se ha previsto que el trabajador efectúe aportes durante la relación laboral como requisito indispensable para acceder a tales beneficios.

Entonces, si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar.

En este orden de ideas, la protección al erario público es un principio que debe armonizarse con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial importancia, de esta manera se logra efectivizar ambos mandatos sin necesidad de restringir excesivamente ninguno de ellos, toda vez que, como ha quedado expuesto ambos deben coexistir dentro del Estado Social de Derecho.

e) 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 2002¹⁴, 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

¹⁴ Magistrado Ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

*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, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

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

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al *sub-lite*, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional.¹⁵

¹⁵ 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.

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.

En efecto, durante el último año de servicio, comprendido entre el 31 de octubre de 2001 y el 31 de octubre de 2002, el actor devengó los siguientes conceptos: asignación básica; alimentación; bonificación por recreación; bonificación semestral; bonificación por servicios; diferencia de horario; dominicales y festivos; horas extras; inc. (sic) Antigüedad; prima de productividad; prima de navidad; prima de vacaciones; indemnización de vacaciones.

CAJANAL, de acuerdo con lo probado en el proceso, al liquidarle la pensión de jubilación tuvo en cuenta la asignación básica, dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y, diferencia de horario, factores que fueron devengados entre el 1 de abril de 1994 y el 31 de octubre de 2002.

En consecuencia, el actor tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación incluyendo como factores salariales la asignación básica; alimentación; bonificación semestral; bonificación por servicios; diferencia de horario; dominicales y festivos; horas extras; inc. (sic) Antigüedad; prima de productividad; prima de navidad; prima de vacaciones, tal como lo ordenó el *A quo*.

No es posible incluir la indemnización de vacaciones toda vez que las vacaciones no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador, por lo cual, no es posible computarlas para fines pensionales. En efecto, esta Corporación ha precisado que la compensación monetaria, que se otorga al trabajador cuando no disfruta de sus vacaciones, no puede servir de base salarial para liquidar la pensión de jubilación. Por estas razones se comparte la decisión de primera instancia, en la medida que no ordenó la inclusión de este factor dentro del salario base de liquidación pensional.

Tampoco es posible tener en cuenta la bonificación por recreación por las siguientes razones:

Los Decretos 2710 de 2001 y 660 de 2002, expedidos en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, en su artículo 1º establecieron que su ámbito de aplicación se extendía a los siguientes servidores públicos¹⁶:

¹⁶ El Decreto 451 de 1984 creó la bonificación especial de recreación. Por su parte, el Gobierno Nacional cada año expide un Decreto con el fin de fijar las escalas salariales de los servidores públicos y entre su articulado incluye este concepto. En el *Sub júdice* se tienen en cuenta los

“CAMPO DE APLICACIÓN. El presente decreto fija las escalas de remuneración de los empleos, que sean desempeñados por empleados públicos correspondientes a los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, Establecimientos Públicos, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, Empresas Industriales y Comerciales del Estado, Sociedades de Economía Mixta sometidas al régimen de dichas empresas, del orden nacional y de las Direcciones Generales de Bienestar Social y de Sanidad de la Policía Nacional.”.

Por su parte, el artículo 15 del Decreto 2710 de 2001, reguló la bonificación por recreación en los siguientes términos¹⁷:

“BONIFICACIÓN ESPECIAL DE RECREACIÓN. Los empleados públicos a que se refiere el presente decreto tendrán derecho a una bonificación especial de recreación, en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de iniciar el disfrute del respectivo período vacacional. Igualmente, habrá lugar a esta bonificación cuando las vacaciones se compensen en dinero.

Esta bonificación no constituirá factor de salario para ningún efecto legal y se pagará por lo menos con cinco (5) días hábiles de antelación a la fecha de inicio en el evento que se disfrute del descanso remunerado.”.

Entonces, el ordenamiento jurídico prescribe que la bonificación por recreación no constituye factor salarial para efectos prestacionales, por lo cual no puede accederse en este aspecto a la petición del demandante.

Adicionalmente, tampoco puede perderse de vista que el objeto de dicho reconocimiento no es remunerar directamente la prestación del servicio del empleado, sino, por el contrario, contribuir en el adecuado desarrollo de uno de los aspectos de la vida del mismo, como lo es la recreación; razón por la cual, es válido afirmar que esta es una prestación social y, en consecuencia, no puede ser incluida como factor para la liquidación de la pensión, máxime si, como se anotó anteriormente, el legislador así lo estableció expresamente.

En consecuencia, la decisión del *A quo* será revocada parcialmente por cuanto ordenó la inclusión del mencionado concepto.

Decretos expedidos para los años 2001 y 2002 puesto que el año anterior al retiro definitivo del servicio está comprendido entre el 31 de octubre de 2001 y el 31 de octubre de 2002, y es precisamente este período el pertinente para efectos de determinar los factores salariales devengados por el demandante y que, a su vez, constituirán la base de liquidación de la pensión de jubilación previamente reconocida.

¹⁷ El artículo 14 del Decreto 660 de 2002, desarrolla la bonificación por recreación en similares términos.

De otro lado, se comparte la decisión del Tribunal en cuanto ordenó el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal. Esta tesis ha sido sostenida en otras oportunidades por esta Corporación, y se ha reiterado en las consideraciones de la presente sentencia, en el sentido que la referida omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional.

Así las cosas, el proveído impugnado, que accedió a las súplicas de la demanda, será revocado parcialmente en cuanto ordenó la inclusión de la bonificación por recreación como factor base de liquidación de la pensión que devenga el actor y será confirmado en lo demás, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

DECISIÓN

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

FALLA

Revócase parcialmente la sentencia de 14 de mayo de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, que declaró no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada y accedió a las súplicas de la demanda incoada por Luis Mario Velandia contra la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, en cuanto ordenó la reliquidación de la pensión del actor con inclusión de la bonificación por recreación.

En su lugar,

Niégrese la inclusión del mencionado concepto, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Confírmase en lo demás la decisión de primera instancia.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los anales del Consejo de Estado y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

**BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ
MONSALVE**

GERARDO ARENAS

Salva voto

**GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN
RINCÓN**

ALFONSO VARGAS

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO
ARDILA**

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO

SALVAMENTO DE VOTO

**PENSION DE JUBILACION – Régimen de transición de la Ley 100 de 1993.
Factores. Taxatividad**

Si los factores que deben ser considerados para efectos pensionales son los señalados por la ley, sobre los cuales es imperativo el descuento por aportes, como quedó establecido, ningún factor diferente puede válidamente incluirse en la liquidación de la pensión. Lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985 no tiene otro alcance distinto al de imponer a las entidades la obligación de cancelar los respectivos aportes sobre los rubros constitutivos de factor pensional y no abrir la posibilidad de incluir diferentes factores a los que taxativamente dispuso la norma porque, de lo contrario, sería quitarle el efecto útil al listado que dedicadamente estableció el legislador para la liquidación de pensiones de los entonces empleados oficiales.

FUENTE FORMAL: LEY 33 DE 1985 – ARTICULO 3 / LEY 62 DE 1985 – ARTICULO 1

**PENSION DE JUBILACION – Interpretación taxativa. Principio de igualdad.
Principio de la realidad sobre las formalidades. Principio de favorabilidad**

No comparto el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de *“igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral”* porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad,

el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparto la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad. El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez “*será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados*”. Por ello, sobre la base del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, no puede concluirse que los factores enlistados en una norma son meramente enunciativos ya que aunque éste incluye un mayor número de conceptos salariales a tener en cuenta para conformar el ingreso base de liquidación, de la redacción del mismo tampoco se deduce que se deba incluir todo lo devengado por el trabajador. 5.) No se comparte tampoco la tesis de que la taxatividad trae como consecuencia la regresividad en los derechos sociales de los ciudadanos, ya que el principio de progresividad se predica en relación con los cambios legislativos hacia delante y no para interpretar regímenes de transición, vale decir, aplicación de normas anteriores.

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09)

Actor: LUIS MARIO VELANDIA

De manera respetuosa presento mi inconformidad con la decisión adoptada por la mayoría de la Sala de Sección en sentencia de agosto 4 de 2010 dentro del expediente de la referencia, al concluir que los factores de liquidación de las pensiones de jubilación relacionados en el artículo 3o de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1o de la Ley 62 del mismo año “sólo se señalaron a título ilustrativo” y, por tanto, al momento de efectuar el reconocimiento pensional se deben incluir además aquellos “que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio”.

Las razones que me llevan a disentir de la Sala son las siguientes:

1.) Como se expuso en la decisión de la que me aparto, la Sección Segunda, a través de los años, no ha tenido una posición uniforme en torno a la taxatividad de los factores incluidos en las Leyes 33 y 62 de 1985. Sin embargo, se encuentra que en múltiples casos se dispuso la aplicación de dicha taxatividad sin consideración a los demás conceptos salariales que hubieran sido devengados por el trabajador en el último año de servicios.

En efecto, en sentencia de 28 de octubre de 1993¹⁸, la Sección manifestó que la Ley 33 de 1985 “(...) señaló los factores que debían tenerse en cuenta en la determinación de la base de liquidación de los aportes (Art. 3o.) prescripción que luego fue modificada por el artículo 1o de la ley 62 del mismo año, con lo cual quedó derogado el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978”.

Asimismo aclaró que lo anterior no resulta aplicable a los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional y del ministerio público que por un lapso de diez años o más hubieren laborado en dichas entidades, “pues teniendo entonces éstos un régimen especial, continúan con el derecho de disfrutar de una pensión igual, al ‘75% de la asignación mensual mas elevada que hubiere devengado en el último año de servicios’ en las citadas actividades”.

Más adelante, en sentencia del 4 de noviembre de 2004, radicación número: 25000-23-25-000-1999-5763-01(3204-02). Consejero ponente: Tarsicio Cáceres Toro, se dispuso expresamente que no pueden incluirse “la prima de vacaciones, la prima de navidad, la prima de servicios, ni el quinquenio, por cuanto estos últimos no se consideran factores pensionales a la luz de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 (régimen general). Se anota que estos factores han sido computados pero en regímenes pensionales especiales cuando ellos lo permiten”.

Con ponencia del mismo Consejero¹⁹ la Sala de la Sección Segunda unificó la jurisprudencia exponiendo:

“Para la Sala es claro que si los factores que han de ser considerados para efectos pensionales son los señalados por la ley, sobre los cuales es imperativo el descuento por aportes, como quedó establecido NINGUN FACTOR DIFERENTE PUEDE SER VALIDAMENTE INCLUIDO, aun cuando el mismo haya sido objeto de idéntica gabela, pues esta circunstancia no es presupuesto alguno de legalidad.

En este orden de ideas, concluye la Sala que tuvo razón la entidad demandada al NEGAR LA INCLUSIÓN DE VIATICOS como factor para el cómputo de la pensión de jubilación” (el resaltado y las mayúsculas son propias del texto).

En sentencia del 20 de septiembre 2007, radicación número: 08001-23-31-000-2000-01858-01(7873-05) C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, se aclara que cuando no se tengan quince años de servicio al momento de la entrada

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda. Rad. No. 5244. C.P.: Dolly Pedraza de Arenas.

¹⁹ Sent. del 14 de agosto de 2003. Rad. No.: 1782-00.

en vigencia de la Ley 33/85, “el régimen aplicable al actor para efectos de la edad, monto y factores salariales para determinar su pensión de jubilación es la Ley 33 de 1985. Así pues, en lo que respecta al tema objeto de debate, es decir, los factores a tener en cuenta para determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación, la Ley 33 de 1985 en su artículo 3 previó como factores la asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio. A su turno, el artículo 1 Ley 62 de 1985 agregó a dichos factores, las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación. De la normativa transcrita, la Sala encuentra que **las primas de navidad y exclusividad reclamadas en la demanda, no se encuentran en el listado taxativo del régimen de la Ley 33 como factores a tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación.** Por consiguiente, dichas primas no podían ser objeto de la base de liquidación del actor, tal como lo expresaron los actos acusados” (se destaca).

Por otra parte, también se ha expuesto en esta Sección que es importante considerar una situación especial sobre los factores que integran la pensión de jubilación. Se trata de aplicar la regla para liquidar el derecho pensional de quienes están cobijados por el régimen de transición contenida en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por considerarla más favorable en función de los conceptos que integrarían el cálculo pensional, con el promedio de lo allí ordenado bajo el término de “lo devengado” que involucra no sólo los factores salariales definidos por el legislador o el gobierno sino todas las demás sumas percibidas por el empleado **desde la entrada en vigencia de la Ley 100 hasta la consolidación de su status pensional**, como las primas de navidad, de servicios, de vacaciones y el auxilio de transporte, entre otros, **pero no solamente las del último año de servicios**²⁰.

En providencia dictada el 14 de noviembre de 2002,²¹ se concluyó que los factores salariales enlistados en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994 no resultaban aplicables a las pensiones cobijadas por el régimen de transición, salvo que los mismos constituyan una condición más beneficiosa para el pensionado, en aplicación de lo dispuesto en el inciso 3° del artículo

²⁰ Sentencias del 4 de septiembre de 2003 y 15 y 22 de febrero de 2007 bajo los Radicados Nos. 3636-02, 4193-04 y 3110-05, respectivamente.

²¹ Consejo de Estado. Rad. No. 3534-00. C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto el régimen de transición implica la observancia del régimen anterior aun para los factores de liquidación pensional, por ser ésta su naturaleza.

De acuerdo con lo anterior, la hipótesis de la taxatividad de los factores de liquidación pensional de las Leyes 33 y 62 de 1985 ha sido estudiada y acogida por la Sección desde tiempo atrás y, se ha llegado a concluir que no es posible jurídicamente ampliar el listado previsto legalmente con todo lo devengado en el último año de servicios. Por excepción, cuando por criterios de favorabilidad resulta aplicable lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se incluye lo devengado pero durante todo el tiempo que le hiciera falta al afiliado para adquirir su derecho pensional.

2.) El criterio de la taxatividad de los factores de liquidación de la pensión dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985 se ha mantenido en las decisiones de la Subsección con ponencia del suscrito, desde la sentencia del 6 de agosto de 2008, rad. 0640-08 (citada en la providencia de la cual me aparto), oportunidad en la cual se expuso que no es posible aplicar otros factores pese a que sobre ellos se hayan hecho descuentos por aportes, porque si bien no se desconoce que dichas normas previeron 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”*, tal expresión debe leerse bajo el entendido de 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.

Adicionalmente, si los factores que deben ser considerados para efectos pensionales son los señalados por la ley, sobre los cuales es imperativo el descuento por aportes, como quedó establecido, ningún factor diferente puede válidamente incluirse en la liquidación de la pensión. Lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985 no tiene otro alcance distinto al de imponer a las entidades la obligación de cancelar los respectivos aportes sobre los rubros constitutivos de factor pensional y no abrir la posibilidad de incluir diferentes factores a los que taxativamente dispuso la norma porque, de lo contrario, sería quitarle el efecto útil al listado que dedicadamente estableció el legislador para la liquidación de pensiones de los entonces empleados oficiales.

Así las cosas, si la caja de previsión social realizó descuentos sobre factores que no se encuentran en las precitadas leyes, dichos valores deben ser 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 equidad y proporcionalidad propios del sistema de seguridad social pensional.

3.) No comparto el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de *“igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral”* porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparto la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad.

El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez *“será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados”*.

4.) Se argumenta también en el fallo del cual me aparto la consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009 respecto a la interpretación del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. Sobre el particular estimo que en ese evento se trató un caso distinto como fue la aplicación del régimen de transición que contempla la Ley 33 de 1985 que, en el sentir de la mayoría de la Sala, remite a la Ley 6 de 1945, norma que sí dispone de manera expresa que la pensión de jubilación se conformará con *“(...) el promedio de sueldos o jornales devengados (...)”*.

Se citó también en el mismo sentido la sentencia 0525-2009 que se refiere igualmente a una situación diferente a la discutida, como fue la de un servidor de la Registraduría Nacional del Estado Civil que gozaba de un régimen especial en materia de pensiones (Decreto 603 de 1977) y, que por consiguiente, queda

excluido de la aplicación de la Ley 33 de 1995 por expresa disposición del inciso 2º de su artículo 1º.

Por ello, sobre la base del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, no puede concluirse que los factores enlistados en una norma son meramente enunciativos ya que aunque éste incluye un mayor número de conceptos salariales a tener en cuenta para conformar el ingreso base de liquidación, de la redacción del mismo tampoco se deduce que se deba incluir todo lo devengado por el trabajador.

5.) No se comparte tampoco la tesis de que la taxatividad trae como consecuencia la regresividad en los derechos sociales de los ciudadanos, ya que el principio de progresividad se predica en relación con los cambios legislativos hacia delante y no para interpretar regímenes de transición, vale decir, aplicación de normas anteriores.

Como ya lo he dicho otras veces, en materia pensional, mientras más atrás en el tiempo se busque la norma aplicable, más favorable resulta a los intereses del pensionado y por ello, los requisitos para acceder a la prestación económica derivada de la vejez son cada vez mayores haciendo que su disfrute sea más difícil sin que ello signifique, *prima facie*, que se disminuyan los logros alcanzados en materia de derechos sociales. Precisamente con el fin de garantizar la progresividad de los derechos sociales en materia de seguridad social, se prevén los regímenes de transición, que le permiten al legislador salvaguardar incluso las expectativas legítimas de las personas que están próximas a pensionarse porque han cumplido determinada edad o tiempo de servicios, lo que corresponde a una política social que se adecua a los artículos 25 y 48 Superiores.

Éstas son, en síntesis, las razones que me llevan a disentir de la sentencia de la referencia.

GERARDO ARENAS MONSALVE