

PENSION DE JUBILACION – Reliquidación / PENSION DE JUBILACION – Régimen de transición / REGIMEN DE TRANSICION – Factores

Según la entidad demandada, el ingreso base para la liquidación de la pensión del actor se hizo conforme al inciso 3º de la Ley 100 de 1993, y con los factores de salario enlistados en sus decretos reglamentarios, al considerar que el demandante adquirió el derecho a la pensión en vigencia del Sistema General de Seguridad Social previsto en la citada Ley. El anterior razonamiento no es acertado, porque son de la esencia del régimen de transición: la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconoce dicho beneficio.

FUENTE FORMAL: LEY 33 DE 1985 – ARTICULO 1

PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD DE LA LEY – Violación / INESCINDIBILIDAD DE LA LEY – Prohibición de desmembrar las normas legales / PRINCIPIO DE LA SEGURIDAD JURIDICA – Vulneración

para la Sala no resulta admisible la aplicación fraccionada que la entidad demandada le dio al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al definir la situación pensional del demandante, pues al aplicarle su inciso tercero, incurrió en violación del principio de “Inescindibilidad de la ley” que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales, rompiendo de tal manera el principio de la seguridad jurídica, como bien lo advirtió esta Corporación al desentrañar el alcance que le dio la Corte Constitucional a la citada norma en la sentencia C-168 de 1995.

PENSION DE JUBILACION – Liquidación. Factores. No taxatividad

Concluye la Sala, que el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, consagró el régimen de transición, consistente en que a las personas que cumplan las hipótesis allí previstas, en cuanto a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, se les aplicará en su integridad el régimen anterior que las regula y beneficia. Si se aplica el inciso tercero del mismo artículo 36 de la citada norma, para establecer la base de liquidación de la pensión, se escinde la Ley, pues la normatividad anterior señala la forma de liquidar la pensión, se desnaturaliza el régimen, y se dejaría de aplicar el principio de favorabilidad de la Ley en los términos ya indicados. De acuerdo con las disposiciones antes transcritas a quienes accedan a la pensión de jubilación, al amparo de la regla general señalada en el primer inciso del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, se les debe liquidar con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, teniendo en cuenta los factores indicados en el artículo 3º de la misma Ley, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

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

PRIMA DE ALTO RIESGO VISUAL – No es factor de liquidación pensional

En ese orden de ideas, se tiene que como la prima de alto riesgo visual, fue creada con posterioridad a la reforma de 1968, cuando el Concejo Municipal ya no tenía esta potestad amplia para el efecto, no puede validarse su inclusión para que haga parte de la base de liquidación de la pensión de jubilación de la actora, así como los conceptos de prima de navidad extralegal, las primas de antigüedad, vacaciones y calor, pues estas fueron establecidas y pactadas en la convención colectiva de la Caja de Previsión Social.

QUINQUENIO DEL FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL – No es factor de liquidación pensional

Con relación al quinquenio, como su origen, data de fecha anterior al año 1968, el Consejo Distrital bien podía crearlo sí este se considera como elemento salarial, sin embargo se tiene claro que la actora se vinculó después del año 1968, lo que quiere decir que se encuentra sometida a las regulaciones que señale el competente para fijar salarios o los factores que lo conforman, que en este caso es el previsto por el legislador y no es procedente aplicar factores de salario regulados por normas de orden territorial a empleados públicos sometidos a disposiciones de orden legal por tanto no se avala su inclusión en la liquidación de la pensión. (...)En tales circunstancias y de acuerdo con lo antes expuesto la Sala comparte la decisión proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca en cuanto los factores prima de navidad extralegal, la prima de antigüedad vacaciones, prima de alto riesgo visual, quinquenio, prima de calor, solicitados en la apelación por la parte demandante no deben ser incluidos en la base de liquidación de la pensión, porque su creación se dio por fuera del marco legal de competencias.

RELIQUIDACION PENSIONAL – Factores devengados en el último año de servicio en una doceava parte por mes laborado

Respecto a lo solicitado en el recurso de apelación de la parte demandada, referente la liquidación de la prima de navidad y prima de vacaciones y prima semestral, será objeto de adición en razón a que no pueden ser incluidas en un porcentaje del 100%, porque su causación abarca un lapso superior a un mes, por tanto, para efectos pensionales deberá ser reconocida en una doceava parte de su valor, pues se reconoce y paga al empelado cada vez que cumple un año de servicios. En consecuencia, la Sala confirmará el fallo de primera instancia, en cuanto declaró la nulidad de los actos acusados, y ordenó a la entidad demandada liquidar la pensión de jubilación del actor, 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 que son sueldo, subsidio de transporte, prima técnica profesional, prima de alimentación, prima semestral y prima de vacaciones y se adicionará en el sentido de que la liquidación de la prima de navidad, prima de vacaciones y prima semestral, deben ser reconocidas en 1/12 de su valor.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-25-000-2011-01355-01(2378-12)

Actor: ANA ROSA SOLANO DE RINCÓN.

**Demandado: FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS Y CESANTÍAS
"FONCEP"**

AUTORIDADES DISTRITALES

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de 12 de julio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

ANA ROSA SOLANO DE RINCÓN, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo y por conducto de apoderado, demandó del Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad parcial de **la Resolución No. 0559 de 1 de abril de 2002**, por medio de la cual se reconoció su pensión de jubilación, proferida por el Gerente del Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital -FAVIDI y **la Resolución No. 0350 de 17 de diciembre de 2002**, que decidió el recurso de reposición contra el anterior acto, emitida por el Director Distrital de Crédito Público de la Secretaría de Hacienda de Bogotá D.C.

A título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Directora del Fondo de Prestaciones Económicas Cesantías y Pensiones – FONCEP- de la Secretaría de Hacienda de Bogotá, Alcaldía Mayor D.C., ajustar la pensión incluyendo los salarios y primas percibidos durante el último año de servicios, con su respectiva indexación, desde el momento del retiro, hasta cuando le fue reconocida la pensión. Así mismo dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del C.C.A

Como hechos en que sustenta sus pretensiones, señala:

ANA ROSA SOLANO DE RINCÓN, laboró en la Caja de Previsión Social de Bogotá desde el 16 de octubre de 1972 hasta el 15 de febrero de 1996.

Mediante Resolución No. 0559 de 1 de abril de 2002, le fue reconocida su pensión de jubilación tomando como único factor salarial, la asignación básica mensual devengada entre el 30 de junio de 1995 y el 15 de febrero de 1996, desconociendo entre otros el subsidio de transporte, prima técnica profesional

mensual, prima mensual desgaste visual, prima de alimentación, prima semestral, prima de navidad, prima de navidad extralegal, prima de vacaciones, prima de antigüedad, recompensa por servicios y prima de calor.

Por ser beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, le era aplicable en su integridad la Ley 33 de 1985 y el Decreto 2527 de 2000, entre otras disposiciones.

Teniendo en cuenta lo anterior presentó recurso de reposición el 8 de mayo de 2002, el que fue decidido a través del acto No. 350 de 17 de diciembre de 2002, confirmando la Resolución 559.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

- Constitución Política: artículos 1º, 2º, 13, 29, 46, 53 y 85.
- Código Sustantivo de Trabajo: artículo 21.
- Ley 33 de 1985: artículo 1º.
- Ley 100 de 1993: artículo 36, inciso 6º.
- Decreto Reglamentario 1848 de 1969: artículo 73.
- Decreto 2527 de 2000, artículo 4º.

Con la expedición de los actos demandados se vulneraron tanto postulados constitucionales como legales al otorgarse una pensión devaluada y sin incluir todos los factores salariales, ignorando el beneficio del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en aplicación del inciso segundo de dicha norma.

Además no se aplicó el principio in dubio pro operario, pues de la lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resulta más beneficioso utilizar el inciso segundo y no el tercero de dicha norma, como aconteció, pues al ser beneficiaria del régimen de transición se debe tomar en su integridad la Ley 33 de 1985 y sus decretos reglamentarios.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Fondo de Prestaciones Económicas Cesantías y Pensiones FONCEP a través de apoderado, indicó que la pensión de jubilación de la actora fue causada en

vigencia de la Ley 100 de 1993, pues ocurrió el 19 de agosto de 2001, prestación social que está regida por el régimen de transición previsto por el artículo 36 y más concretamente por sus incisos segundo y tercero.

Lo anterior implica que la Ley 33 de 1985 aplica en cuanto a edad, tiempo de servicios y monto del 75%, no así en la base salarial, la cual se establece de acuerdo al inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales enlistados en el Decreto 1158 de 1994.

Propuso las excepciones de falta de competencia por el factor cuantía, conocimiento de los Jueces laborales de las pretensiones de seguridad social, prescripción respecto a factores que integran la base salarial, inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, improcedencia de la reliquidación solicitada sobre factores salariales de carácter convencional, pago y compensación, caducidad y la genérica o innominada.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió a las súplicas de la demanda con fundamento en los siguientes razonamientos:

Después de revisar el material probatorio, señaló que la actora cumple a cabalidad las condiciones señaladas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiaria del régimen de transición, por cuanto para el 1º de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad, lo que la hace acreedora del régimen de pensión previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Las normas anteriores mencionan que la pensión de jubilación se liquida sobre la base que se tuvo en cuenta para efectuar aportes, pero en aplicación del artículo 53 de la Carta Política y la sentencia de unificación del Consejo de Estado proferida el 4 de agosto de 2010, se deben incluir aquellos factores que fueron devengados por el trabajador de manera habitual y periódica porque las Leyes 33 y 62 de 1985 no los enlistan taxativamente.

Los conceptos devengados por la actora en el último año de servicios, (15 de febrero de 1995 al 15 de febrero de 1996), fueron: sueldo, subsidio de transporte, prima técnica profesional, prima mensual desgaste visual, prima de alimentación,

prima semestral, prima de navidad, prima de navidad extralegal, prima de vacaciones, prima de antigüedad vacaciones, recompensa por servicios (quinquenio) y prima de calor.

En esa medida, la actora tiene derecho a que su pensión de jubilación se reliquide y pague en cuantía del 75% del promedio mensual de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, esto es, incluyendo sueldo, subsidio de transporte, prima técnica profesional, prima de alimentación, prima semestral, prima de navidad y prima de vacaciones, a partir del 19 de agosto de 2001, pero con efectos fiscales a partir del 16 de diciembre de 2008, teniendo en cuenta que la demanda la presentó hasta el 16 de diciembre de 2011, es decir que la inactividad de la administrada desde la expedición de los actos demandados, superó el término de los 3 años.

No tuvo en cuenta los conceptos de quinquenio, prima de calor, prima de desgaste visual, prima de navidad extralegal y prima antigüedad de vacaciones, porque fueron creados por acuerdos o decretos expedidos por el Concejo de Bogotá o el Alcalde en vigencia de la Constitución de 1886, sin que tuvieran competencia para ello.

Advirtió que la demandada podrá descontar los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena en la proporción que corresponda al empleado, sin que ello obstaculice el pago inmediato de los valores decretados a su favor.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante indicó que no se puede negar la inclusión de la prima antigüedad, vacaciones, prima de navidad extralegal, prima calor, quinquenio y prima por desgaste visual, por que los devengó de manera legal e ingresaron a su peculio como contraprestación de los servicios prestados. Además, la ley no los excluye como factor salarial y su desconocimiento niega los principios de igualdad, primacía de la realidad sobre las formalidades, progresividad, favorabilidad y condición más beneficiosa.

El apoderado de la entidad demandada, señaló que por expresa disposición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el ingreso base de liquidación no está incluido dentro de los beneficios del régimen de transición, aspecto que es diferente del concepto monto.

El demandante causó su prestación en vigencia de la Ley 100 de 1993, norma bajo la que se determinan los factores salariales de la prestación, que son los contenidos en el Decreto 1158 de 1994, y dentro de los que no están incluidos los ordenados en la sentencia de primera instancia.

Si en gracia de discusión se aceptaran los señalados en la Ley 62 de 1985 tal normatividad tampoco consagra los factores salariales que ordenó el fallador de instancia.

Además advierte que su reconocimiento lo fue en un 100% y no en la doceava parte de las primas de navidad y vacaciones, técnica profesional, alimentación y semestral.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público guardó silencio.

Para resolver, se

CONSIDERA

El problema jurídico que suscita la controversia consiste en establecer la legalidad de las Resoluciones Nos. 0559 de 1 de abril de 2002 y 0350 de 17 de diciembre de 2002, en cuanto no incluyeron en la liquidación de la pensión de jubilación, reconocida a favor de la actora, algunos factores de liquidación.

No es objeto de discusión que la señora **ANA ROSA SOLANO DE RINCÓN**, prestó sus servicios al Estado por más de 23 años desde el 16 de octubre de 1972 hasta el 15 de febrero de 1996 en la Caja de Previsión Social de Bogotá, en el cargo de Bacterióloga. (Folio 15 cuaderno principal)

Tampoco es objeto de controversia que la actora es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto al entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social para los servidores públicos del orden territorial, esto es a 30 de junio de 1995, contaba con más de 35 años de edad, según se desprende de su fecha de nacimiento que lo fue el 19 de agosto

de 1946 y que también completó más de 15 años de servicios, lo que significa que su pensión de jubilación, en cuanto a edad, tiempo de servicio o número de semanas de cotización y monto, se rige por la normatividad anterior a dicha ley, que es la contenida en la Ley 33 de 1985.

La Ley 33 de 1985, 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) si 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.”.

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

“ARTÍCULO 1o. Todos los empleados oficiales de una entidad

afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

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

Según la entidad demandada, el ingreso base para la liquidación de la pensión del actor se hizo conforme al inciso 3º de la Ley 100 de 1993, y con los factores de salario enlistados en sus decretos reglamentarios, al considerar que el demandante adquirió el derecho a la pensión en vigencia del Sistema General de Seguridad Social previsto en la citada Ley.

El anterior razonamiento no es acertado, porque son de la esencia del régimen de transición: la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconoce dicho beneficio.

Además, para la Sala no resulta admisible la aplicación fraccionada que la entidad demandada le dio al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al definir la situación pensional del demandante, pues al aplicarle su inciso tercero, incurrió en violación del principio de “Inescindibilidad de la ley” que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales, rompiendo de tal manera el principio de la seguridad jurídica, como bien lo advirtió esta Corporación al desentrañar el alcance que le dio la Corte Constitucional a la citada norma en la sentencia C-168 de 1995, al decidir sobre su constitucionalidad:

“... Son elementos de la esencia del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión, previstos en la normatividad anterior. Si se altera alguno de tales presupuestos, el régimen de transición, deja de ser un beneficio. Si se liquida la pensión como lo indica el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se afecta el

monto de la pensión y de paso también se afecta el beneficio que constituye la esencia del régimen de transición, pues una es la forma de liquidar la pensión prevista en la normatividad anterior y otra como lo prevé la nueva Ley.

Se repite, el régimen de transición es un beneficio que la Ley confiere al servidor que cumple los presupuestos que ella misma señala, consistentes en que, para efectos de reconocimiento y pago de la pensión, en cuanto a los aspectos de edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, se aplica en su integridad la normatividad anterior.

Es cierto que el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispone que la base para liquidar la pensión de las personas referidas en el inciso segundo del mismo artículo, “que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expide el DANE”. No obstante, si se aplica esta disposición al caso presente, se afecta el monto de la pensión y el régimen de transición deja de ser un beneficio, pues como se desprende de los actos acusados, si se aplica en su integridad la normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, la liquidación de la pensión arroja la suma de \$299.670.00, en cambio si se aplica el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dicho valor se disminuye considerablemente, pues según la demanda, quedaría en un valor de \$171.179.34.

No aplicar en su integridad la norma legal anterior a la vigencia de la Ley 100 de 1993, con el propósito de disminuir el monto de la pensión de la servidora, implica además de desconocer el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de la Carta Política que establece “la situación más favorable al trabajador en caso de duda en aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho.

Así mismo, al aplicar el régimen de transición, como sucede en el caso presente, aplicando las disposiciones legales anteriores consagratorias de los requisitos de edad y tiempo de servicio, por una parte, y por otra, aplicar la nueva ley para establecer la base de liquidación de la pensión, se incurre en violación del principio de “Inescindibilidad de la ley” que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales, rompiendo de tal manera el principio de la seguridad jurídica.

En armonía con lo anterior, concluye la Sala, que el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, consagró el régimen de transición, consistente en que a las personas que cumplan las hipótesis allí previstas, en cuanto a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, se les aplicará en su integridad el régimen

anterior que las regula y beneficia. Si se aplica el inciso tercero del mismo artículo 36 de la citada norma, para establecer la base de liquidación de la pensión, se escinde la Ley, pues la normatividad anterior señala la forma de liquidar la pensión, se desnaturaliza el régimen, y se dejaría de aplicar el principio de favorabilidad de la Ley en los términos ya indicados.¹

De acuerdo con las disposiciones antes transcritas a quienes accedan a la pensión de jubilación, al amparo de la regla general señalada en el primer inciso del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, se les debe liquidar con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, teniendo en cuenta los factores indicados en el artículo 3º de la misma Ley, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Sin embargo, como bien lo consideró el A quo, a partir de la sentencia de unificación de la Sección Segunda proferida el 4 de agosto de 2010¹, la Corporación ha venido precisando que para establecer el ingreso base de liquidación de las pensiones, no se debe acudir a la relación taxativa de factores salariales señalados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificada por el artículo 1 de la Ley 62 de la misma anualidad, sino a todas 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.

La sentencia de unificación en aquella oportunidad, consideró lo siguiente:

“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

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 112-09. citar bien pie de página.

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".

La entidad demandada realizó la liquidación de la pensión de jubilación teniendo en cuenta únicamente la asignación básica, pero el Tribunal acogió las pretensiones de la demanda estimando que la base de liquidación debe realizarse teniendo en cuenta el **75% del salario más alto del último año de servicios**, incluyendo los siguientes conceptos: **sueldo, subsidio de transporte, prima técnica profesional, prima de alimentación, prima semestral y prima de vacaciones.**

De acuerdo a la certificación de haberes devengados en el último año de servicios de la actora visible a folios 17 y 18 del cuaderno principal, se advierte que además de los anteriores conceptos también se le pagó **la prima de desgaste visual, prima de calor, prima antigüedad, vacaciones, prima de navidad extralegal**, y el **quinquenio**, factores que en el recurso de apelación solicita le sean incluidos y que le fueron negados por la sentencia de primera instancia.

El fundamento del A quo, para la negativa consistió en que estos conceptos fueron creados por Acuerdos o Decretos, expedidos por el Concejo de Bogota o el Alcalde, en vigencia de la Constitución de 1886, sin que ellos tuvieron competencia para estos efectos. Pues bien, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación con derechos salariales creados mediante actos expedidos por autoridades del orden territorial² con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.

Recién expedida la Constitución Política de 1886 y aún con las reformas contenidas en los actos legislativos de 1910 y 1945, los entes territoriales tenían

²Sección Segunda, Sentencia de 27 de octubre de 2011, expediente No. 1313-08, Actor: Manuel Isidro Sánchez Guerrero, Demandado: Hospital San Rafael de Pacho –Cundinamarca.

una potestad para la fijación de los sueldos de sus empleados³, mas no respecto al régimen prestacional de los mismos.

Posteriormente el Acto Legislativo No. 1 de 1968, estableció que las escalas de remuneración debían ser establecidas por el Congreso a nivel nacional, por las Asambleas a nivel Departamental y por los Concejos en el orden local⁴ y señaló en el artículo 76 numeral 9, que el régimen prestacional de los empleados del orden nacional, era de competencia única y exclusiva del Congreso.

La Constitución de 1991, estableció en su artículo 150 que al Congreso le corresponde dictar las normas generales para que el Gobierno fije el régimen prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública, así como el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

Es decir que ni en vigencia de la Constitución de 1886, ni en la Constitución de 1991, la fijación del régimen prestacional ha sido competencia de las entidades territoriales, pues ha sido del resorte del Congreso o el Legislador extraordinario.

En lo que se refiere a la fijación de sueldos, antes del año 1968 las entidades territoriales tenían una potestad amplia, ahora, con la Constitución de 1991 existe una competencia concurrente entre el Congreso, el Gobierno Nacional, las Asambleas y Concejos, Gobernadores y Alcaldes, que fue ratificada por la Corte Constitucional en sentencia C-510 de 14 de julio de 1999, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

En relación con el tema, esta Corporación ha establecido que la legalidad del acto respecto de la competencia para su expedición, debe dilucidarse bajo los parámetros establecidos por las normas vigentes para el momento de su

³ En sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado, expediente 250002325000200408852 01 (1313-2008), actor Manuel Isidro Sánchez Guerrero. Claramente se señaló que con la expedición de la Constitución de 1886 y las reformas contenidas de los años 1910 y 1945 los entes territoriales tenían una potestad amplia para la fijación de los sueldos de sus empleados departamentales, potestad que incluía la de crear factores o elementos de salario. A partir de la reforma de 1968 es evidente que hubo una reforma sustancial, de manera que las competencias de los órganos de dirección de los entes territoriales se limitó a la potestad de determinar las escalas de remuneración correspondientes a las diferentes categorías de empleo.

⁴ Artículo 127. Son atribuciones de los Concejos, que ejercer conforme a la Ley, las siguientes: "3. determinar la estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias, y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos.

expedición, en consecuencia, el cambio de normatividad respecto de la competencia no implica que dicho acto se torne ilegal o inconstitucional.

No obstante no puede perderse de vista que el empleado que fue vinculado después del año 1968, debe someterse a las regulaciones que señale el competente para fijar salarios o los factores que lo conforman, que en este caso es el previsto por el legislador y no es procedente aplicar factores de salario regulados por normas de orden territorial a empleados públicos sometidos a disposiciones de orden legal.

Como lo ha precisado la Sección en sentencia de 14 de marzo de 2002⁵, expediente No. 1100103250199 00 (3305-00), Consejero Ponente JESÚS MARÍA LEMUS BUSTAMANTE, el Estado no está obligado a mantener un régimen de forma permanente porque las instituciones y sus regulaciones deben adecuarse al orden social, cultural y económico que gobierna el momento, de manera que el salario o las prestaciones sociales deban permanecer perennes y solo ser modificadas en lo favorable. Es decir que se deben respetar salarios y prestaciones sociales de quienes los perciban al momento de la expedición del nuevo régimen, siempre y cuando estén amparados por la Constitución y la Ley.

Además la Sala de Consulta y Servicio Civil se pronunció respecto a la aplicación de los Decretos 1133⁶, y 1808 de 1994⁷ que fueron expedidos por el Presidente de la República, en ejercicio de la facultades conferidas por la Ley 4ª de 1992, a través de los cuales se fijó el régimen prestacional de los empleados públicos del Distrito Capital y sus entidades descentralizadas y se respetaron los derechos adquiridos de los empleados vinculados con anterioridad a su vigencia, 3 de

⁵ Reiterado en fallo de 19 de mayo de 2005, expedientes No. 11001032500020020211 01, No. Interno: 4396-2002, actor Luis Eduardo Cruz Porras (Acumulados No. 11001032500020020209 01 (4333-02), actor Augusto Gutiérrez y Otros, 11001032500020020213 01 (4406-02) actor Enrique Guarín Álvarez; y 11001032500020020230 01 (4767-02), actor Pablo Emilio Ariza Meneses y otros), Consejero Ponente DR. Jesús María Lemos Bustamante.

⁶ “Por el cual se fija el régimen prestacional de los empleados públicos del Distrito Capital y sus entidades descentralizadas”. **Artículo 1º.** “Las personas que se vinculen al servicio público en el Distrito Capital y sus entidades descentralizadas a partir de la vigencia del presente Decreto y que conforme a las disposiciones vigentes tengan el carácter de empleados públicos, gozarán del régimen prestacional señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público”. **Artículo 2.** “Las personas que se hubieren vinculado como empleados públicos o trabajadores oficiales al Distrito Capital y a sus entidades descentralizadas antes de la vigencia de este Decreto continuarán gozando de las prestaciones que se les venían reconociendo y pagando”.

⁷ “ por el cual se modifica el Decreto 1133 del 1 de junio de 1994”. **Artículo 1.** “Las personas que se hubieren vinculado como empleados públicos o trabajadores oficiales al Distrito Capital y a sus

agosto de 1994, de la siguiente manera:

“... las Corporaciones Públicas Territoriales no están facultadas para señalar el régimen prestacional de sus servidores.

...el Concejo Distrital no estaba facultado para establecer mediante Acuerdos los regímenes salariales y prestacionales de los empleados públicos del orden distrital, así como tampoco podían realizarse actas convenios entre la administración y el sindicato distrital pues la atribución de fijar las prestaciones de los empleados públicos le pertenecía al Congreso de la República bajo la Constitución de 1886 y al Gobierno nacional conforme a la Constitución vigente.

Esta Corporación en anteriores oportunidades⁸ expresó que no puede considerarse que las expresiones “*continuarán gozando de las prestaciones que se les venían reconociendo y pagando*” consagradas en los Decretos 1133 y 1808 de 1994, hubiesen legalizado las prestaciones extralegales que venían siendo reconocidas por acuerdos, decretos distritales y actas de convenio, pues tales actos van en contravía directa de la Constitución y la ley, por haber sido expedidos con carencia absoluta de competencia y, en consecuencia, no originan derechos adquiridos.

Ahora bien, se tiene con respecto al **quinquenio**, su creación data del año 1933 por Acuerdo 35⁹, modificado por los Acuerdos 37 de 1933 y 44 de 1961. Esta última norma lo concibió en los siguientes términos:

“La recompensa por servicios prestados será pagada a los empleados y obreros que hubieren trabajado al servicio del Distrito o de las empresas afiliadas por periodos de cinco (5) años consecutivos, sin interrupciones mayores de ciento ochenta (180) días, en caso de enfermedad o de accidente de trabajo, o de treinta (30) días, por otras interrupciones de trabajo, mientras no estén disfrutando de pensión de jubilación y hayan desempeñado

entidades descentralizadas antes de la vigencia de este Decreto continuarán gozando de las prestaciones que se les venían reconociendo y pagando”.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de diecinueve de mayo de dos mil cinco, Consejero Ponente Jesús María Lemus Bustamante, Radicación número: 11001-03-25-000-2002-0211-01(4396-02), Actor: Luis Eduardo Cruz Porras.

⁹ Dispuso mediante el artículo 24 el Acuerdo número 35 de 1933, que la Recompensa por servicios se pagará a los empleados y obreros que hubieren trabajado continuamente al servicio del Municipio por un tiempo no inferior a 5 años y que comprueben haber desempeñado sus funciones con corrección y competencia, aún cuando se retiren voluntariamente del trabajo.”

sus funciones con corrección y competencia, según certificación que deberán expedir en cada caso los respectivos jefes de personal o quien haga sus veces. El valor de esta recompensa será igual al quince por ciento (15%) del sueldo devengado por el trabajador en el último año del respectivo quinquenio y será liquidado de la misma manera que el auxilio de cesantía.”.

La Prima de desgaste y alto riesgo visual, que fue creada por el artículo 12 del Acuerdo 8 de 1985¹⁰, a favor de los bacteriólogos vinculados al Distrito, de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 12: Créase la "Prima de Desgaste y alto riesgo visual" a favor de los bacteriólogos que prestan sus servicios en las diferentes dependencias y entidades del Distrito Especial de Bogotá, la cual se reconocerá mensualmente en razón del tiempo de servicio prestado, así:

De uno a cinco años de servicio	\$ 1.000
De cinco años cumplidos a diez	\$ 2.000
De diez años cumplidos en adelante	\$ 3.000

Parágrafo: La Prima prevista en este Artículo se reconocerá a los profesionales que presten servicio en jornadas parciales, siempre que completen por lo menos ochenta (80) horas de labor mensual.

Por su parte la prima de navidad extralegal, la prima de antigüedad vacaciones y la prima de calor fueron previstos en las diferentes convenciones colectivas suscritas por los empleados de la Caja de Previsión Social.

En ese orden de ideas, se tiene que como la prima de alto riesgo visual, fue creada con posterioridad a la reforma de 1968, cuando el Concejo Municipal ya no tenía esta potestad amplia para el efecto, no puede validarse su inclusión para que haga parte de la base de liquidación de la pensión de jubilación de la actora, así

¹⁰ "Por el cual se establece la escala de remuneración para las series y clases de empleos en el Distrito Especial de Bogotá".EL CONCEJO DEL DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTÁ en ejercicio de sus atribuciones legales y, en especial de las que le confiere el Decreto Extraordinario No. 3133 de 1968 ACUERDA:

como los conceptos de prima de navidad extralegal, las primas de antigüedad, vacaciones y calor, pues estas fueron establecidas y pactadas en la convención colectiva de la Caja de Previsión Social.

Con relación al quinquenio, como su origen, data de fecha anterior al año 1968, el Consejo Distrital bien podía crearlo si este se considera como elemento salarial, **sin embargo se tiene claro que la actora se vinculó después del año 1968**, lo que quiere decir que se encuentra sometida a las regulaciones que señale el competente para fijar salarios o los factores que lo conforman, que en este caso es el previsto por el legislador y no es procedente aplicar factores de salario regulados por normas de orden territorial a empleados públicos sometidos a disposiciones de orden legal por tanto no se avala su inclusión en la liquidación de la pensión.

Si bien la sentencia de unificación de esta Corporación antes citada, prescribe que se deben incluir todos los factores salariales devengados de manera habitual en el último año de servicios para que hagan parte de la base de liquidación pensional, sin importar su denominación y la entidad certificó qué conceptos fueron devengados, lo cierto es, que no es posible su inclusión en la base de liquidación de la pensión, en razón a que su creación y reconocimiento se hicieron por fuera del marco legal de competencias y no se puede validar cuando en efecto su fundamento es ilegal o inconstitucional.

La Sección Segunda - Subsección B, con ponencia de la Doctora Bertha Lucia Ramírez de Páez (E), en sentencia de 4 de julio de 2013, Expediente: 050012331000200102924 01 (0033-2013), actor: Marco Fidel Suárez Mesa, consideró que no era posible incluir factores salariales. Tratándose de la pensión de jubilación cuando estos provienen de disposiciones municipales tales como Acuerdos o Decretos, de la siguiente manera:

“Ahora bien, de acuerdo con el artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución Política de 1991 al Congreso de la República le corresponde fijar las normas generales a las que debe sujetarse el Gobierno Nacional para fijar los requisitos y condiciones del reconocimiento de la pensión de jubilación de los empleados públicos, por lo que es ilegal cualquier disposición, referente a: (a) normas de carácter local como ordenanzas, acuerdos municipales, resoluciones o acuerdos de establecimientos públicos, nacionales o departamentales, que regulen la materia; o, (b) convenciones colectivas suscritas por los sindicatos de empleados públicos que establezcan

disposiciones relativas a esto t3pico.

En ese sentido, los dem1s factores salariales que percibi3 el demandante, tales como, las primas de vida cara y aguinaldo, los cuales fueron creados por el Acuerdo Nos. 29 de 1.978 y el Decreto Municipal No. 120 de 1983, raz3n por la cual es posible tenerlos en cuenta dentro de la liquidaci3n pensional, por cuanto fueron concebidos con total desconocimiento de las normas superiores, situaci3n que hace imposible su reconocimiento, pues no le es dable al Juez prohijar derechos cuyo fundamento es inconstitucional e ilegal”.

En tales circunstancias y de acuerdo con lo antes expuesto la Sala comparte la decisi3n proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca en cuanto los factores prima de navidad extralegal, la prima de antigüedad vacaciones, prima de alto riesgo visual, quinquenio, prima de calor, solicitados en la apelaci3n por la parte demandante no deben ser incluidos en la base de liquidaci3n de la pensi3n, porque su creaci3n se dio por fue por fuera del marco legal de competencias.

Respecto a lo solicitado en el recurso de apelaci3n de la parte demandada, referente **la liquidaci3n de la prima de navidad y prima de vacaciones y prima semestral, ser1 objeto de adici3n** en raz3n a que no pueden ser incluidas en un porcentaje del 100%, porque su causaci3n abarca un lapso superior a un mes, por tanto, para efectos pensionales deber1 ser reconocida en una doceava parte de su valor, pues se reconoce y paga al empelado cada vez que cumple un a1o de servicios.

En consecuencia, la Sala confirmará el fallo de primera instancia, en cuanto declar3 la nulidad de los actos acusados, y orden3 a la entidad demandada liquidar la pensi3n de jubilaci3n del actor, en el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio de sirvi3 de base para los aportes, durante el 1ltimo a1o de servicio que son **sueldo, subsidio de transporte, prima t3cnica profesional, prima de alimentaci3n, prima semestral y prima de vacaciones** y se adicionar1 en el sentido de que **la liquidaci3n de la prima de navidad, prima de vacaciones y prima semestral, deben ser reconocidas en 1/12 de su valor.**

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Secci3n Segunda, Subsecci3n “A” administrando justicia en nombre de la

República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida el 12 de julio de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso promovido por **ANA ROSA SOLANO DE RINCÓN**.

SEGUNDO.- ADICIÓNASE el numeral **CUARTO** de la parte Resolutiva de la sentencia apelada, en el sentido de que **la liquidación de la prima de navidad y prima de vacaciones y prima semestral deben corresponder a las 1/12**.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y ejecutoriada, **DEVUÉLVASE** el expediente. Al Tribunal de origen.

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

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO