

LEY 33 DE 1985 - Excepciones a su aplicación o régimen de transición / REGIMEN DE TRANSICION EN LA LEY 33 DE 1985 - Excepciones de su aplicación

El régimen pensional anterior era el consagrado en la Ley 33 de 1985, y esa ley, a no dudarlo, cobijaba al orden distrital, pues no se desprende otra cosa del artículo 13, que establece: “Para efectos de esta ley, se entiende por cajas de previsión las entidades del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal o del Distrito Especial de Bogotá que, por ley, reglamento o estatutos, tengan, entre otras, la función de pagar pensiones a empleados oficiales de cualquiera de dichos órdenes. Asimismo, para los efectos de esta ley, se entiende por empleados oficiales los empleados públicos, nombrados o elegidos, los trabajadores oficiales y los funcionarios de seguridad social.” Dicha ley exceptuó de su aplicación cuatro supuestos, que conforman un régimen de transición a saber: 1) Los empleados oficiales que trabajaran en actividades que por su naturaleza justificaran la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. 2) Los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hubieran cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, a quienes se continuarán aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la ley. 3) Los empleados oficiales que con veinte (20) años de labor continua o discontinua, se hallaran retirados del servicio, quienes tendrían derecho cuando cumplieran cincuenta (50) años de edad, si eran mujeres, o cincuenta y cinco (55) si eran varones, a una pensión de jubilación que se reconocería y pagaría de acuerdo con las disposiciones que regían al momento de su retiro. 4) Los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de la ley hubieran cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación, quienes continuarán rigiéndose por las normas anteriores a ella.

FUENTE FORMAL: LEY 33 DE 1985 - ARTICULO 13

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

Al 13 de febrero de 1985, fecha de vigencia de la ley 33, el actor se encontraba en la segunda hipótesis aludida. Hasta antes de la expedición de la Ley 33 de 1985 la pensión de jubilación de los empleados territoriales se regía por la ley 6ª de 1945, siendo aplicable esta ley y las normas que la modificaron antes de la vigencia de la Ley 33 de 1985, como lo ha precisado esta Sección. A pesar de que el régimen de transición establecido en la Ley 33 de 1985, sólo remite a la edad de jubilación que regía con anterioridad a su entrada en vigencia y no señaló nada en cuanto a la liquidación, considera la Sala que en este aspecto se debe aplicar también el régimen anterior, porque resulta más favorable al actor. De no hacerse así, se desconocería el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de la Carta Política que establece la “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”. Sobre el particular, la Corte Constitucional señaló en sentencia C-168/95: “... De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. Igualmente, el Consejo de Estado, en virtud del principio

de inescindibilidad ha sostenido reiteradamente que la norma anterior aplicable debe serlo en su integridad. Al respecto, en sentencia proferida por la Subsección A, Sección Segunda de esta Corporación, de 20 de octubre de 2005, M. P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, radicado interno No. 3701-04. En consecuencia, el reconocimiento pensional efectuado al demandante debe sujetarse en su totalidad a lo establecido por la Ley 6ª de 1945, y las normas que la modificaron o adicionaron, en lo referente a la edad, tiempo y monto pensional, pues si se diera aplicación a una normatividad diferente, como la Ley 100 de 1993, o la Ley 33 de 1985 se estaría desmembrando el régimen transitorio.

FUENTE FORMAL: LEY 33 DE 1985 / LEY 6 DE 1945

PENSION DE JUBILACION EMPLEADOS TERRITORIALES - Factores en régimen de Ley 6 de 1945. Enunciación en artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 / FACTORES SALARIALES PARA LIQUIDAR PENSIONES - Los del Decreto 1045 de 1978 son enunciativos no taxativos / FACTOR QUE CONSTITUYE SALARIO - Suma que habitualmente se recibe como contraprestación / FACTOR QUE NO CONSTITUYE SALARIO - Sumas ocasionadas que cubre riesgos o infortunios. Prestación social / PRESTACION SOCIAL - Definición / PRESTACION SOCIAL COMO FACTOR SALARIAL - Por disposición legal aunque sean ocasionales y cubran riesgos

En cuanto al monto de la pensión, la ley 6ª no previó factores a tener en cuenta para el reconocimiento de las pensiones y por tal razón el artículo 4 de la Ley 4 de 1966 dispuso: “A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.”. El artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, con claridad señaló los factores salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación. En ese orden de ideas, la pensión consagrada en la Ley 6ª de 1945 se reconoce sobre los factores señaladas en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y en la Ley 4 de 1966 y por lo tanto su pensión debía ser liquidada con el setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio y conforme a los factores citados anteriormente. Se debe precisar que el Decreto 1045 de 1978, establece unos factores salariales para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, lo cual no puede tomarse como una relación taxativa de factores, sino que es una enunciación que no impide la inclusión de otros factores devengados por el trabajador. Para la liquidación de la pensión, se tiene en cuenta la totalidad de los factores que constituyen salario, sumas que habitual y periódicamente recibe el trabajador como contraprestación por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, como son la asignación básica, gastos de representación, dominicales y festivos, prima de servicios, entre otros, más los que reciba el trabajador, que aunque no se encuentren señalados taxativamente, sean cancelados de manera habitual como retribución de sus servicios y no las sumas que se pagan ocasionalmente que cubren riesgos o infortunios a los que el trabajador se pueda ver enfrentado, naturaleza propia de las prestaciones sociales. No sobra precisar que existen algunas prestaciones sociales (prima de navidad y de vacaciones), que a pesar de tener esta naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar cesantías y pensiones, pero por disposición expresa de la misma ley como lo consagra expresamente el Decreto 1045 de 1978.

FUENTE FORMAL: LEY 6 DE 1945 / LEY 4 DE 1966 / DECRETO 1045 DE 1978 - ARTICULO 45

CUERPOS OFICIALES DE BOMBEROS - Prima de riesgo como factor salarial / PRIMA DE RIESGO - Al pagarse mensualmente es factor salarial y pensional / ASIGNACION MENSUAL - Liquidación para efectos pensionales / BOMBEROS - Liquidación pensional debe incluir todos los factores salariales incluso la prima de riesgo / LIQUIDACION PENSIONAL - Vulneración del principio de inescindibilidad al liquidar la pensión de la Ley 6 de 1945 con base de liquidación de la Ley 33 de 1985 y Ley 62 de 1985

La Sala puede concluir que en atención a la calificación como actividad de alto riesgo respecto de la labor que cumplen todos los cuerpos oficiales de bomberos, se creó la prima de riesgo, la cual se encuentra señalada en el Decreto 306 de 1975 "Por el cual se reglamentan las Primas de Riesgo y Alimentación para el personal del Cuerpo de Bomberos de Bogotá y se dictan otras disposiciones". Es de aclarar que el decreto no hizo distinción alguna sobre si era o no factor salarial. Es claro que la prima de riesgo fue creada por la responsabilidad y complejidad del cargo de Bombero, lo cual constituye una retribución directa por la labor desempeñada, que se pagó, conforme a la certificación allegada, mensualmente, es decir, de manera habitual y periódica. Tales características hacen pensar, sin duda, que la prima de riesgo constituye salario. No sobra advertir que el artículo 2º de la Ley 5 de 1969, autoriza en las liquidaciones pensionales, que trata el artículo 5 de la Ley 4 de 1966, incluir como asignación actual, "el promedio de todo lo devengado por un trabajador en servicio activo a título de salario o retribución de servicios tales como horas extras, primas kilométricas, dominicales, feriados, bonificaciones, etc.". Por los dos anteriores argumentos expuestos, se debe incluir en la base de liquidación del actor la prima de riesgo que devengó en el último año de servicios. Como el actor en el último año de servicio también devengó auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y la prima de riesgo, dichos factores debieron ser incluidos en la base pensional. La Sala concluye, que en el caso sub judice la entidad demandada liquidó la pensión con base en la ley 6ª de 1945 para la edad y para la liquidación la ley 33 y 62 de 1985, lo que a todas luces rompe con el principio de inescindibilidad de la ley, que no permite tomar disposiciones de dos estatutos diferentes.

FUENTE FORMAL: DECRETO 306 DE 1975 / LEY 5 DE 1969 - ARTICULO 2 / LEY 4 DE 1996 - ARTICULO 5 / LEY 6 DE 1945 / LEY 62 DE 1985

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-25-000-2002-02392-01(0265-07)

Actor: CARLOS RODRÍGUEZ VILLAMARIN

Demandado: FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL - FAVIDI

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 12 de mayo de 2006, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada y denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., el señor CARLOS RODRÍGUEZ VILLAMARIN pidió al Tribunal declarar la nulidad del acto administrativo complejo compuesto por la Resolución No. 984 de 7 de mayo de 2001, por medio de la cual el Gerente del Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital – FAVIDI - reconoció la pensión de jubilación al actor, en la que omitió la inclusión de los factores salariales correspondientes; y por la Resolución No. 1577 de 16 de agosto de 2001, a través de la cual se resolvió recurso de reposición que confirmó la resolución anterior.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, conforme al artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978.; el pago de los intereses moratorios sobre el monto de las diferencias pensionales que resulten a favor del demandante a las tasas vigentes según certificación de la Superintendencia Bancaria y el artículo 884 del Código de Comercio.

Por último pidió la indexación conforme al artículo 178 del C.C.A; el cumplimiento de la sentencia de acuerdo a lo previsto en los artículos 176 y 177 del C.C.A; y la condena en costas y agencias en derecho.

La parte demandante aclaró la demanda (fl. 78 del Cdno. No. 1) y en cuanto a las pretensiones manifestó que en la Resolución No. 984 de 7 de mayo de 2001, se omitieron los factores salariales que conforme a certificación expedida por el Director de Gestión Humana de la Secretaria de Gobierno Distrital del Distrito Capital, en la que se especificaron los conceptos y valores para la liquidación, en cuantía de \$99.876.362.88 y con base a una mensualidad pensional de \$3.575.765.64, cuya diferencia dejada de pagar es de \$2.378.008.64 mensuales, siendo efectivos a partir del 12 de febrero de 2000. En relación con el restablecimiento del derecho solicitó reliquidar la pensión de jubilación en un valor de \$3.575.765.64 a partir del 12 de febrero de 2000, más los reajustes anuales, las mesadas adicionales y las retroactivas; el reconocimiento y pago de una indemnización moratoria; y que la diferencia pensional se determine en cuanto al monto de la pensión establecida sobre el promedio de todo lo devengado en el ultimo año de servicios y actualizado con el IPC.

Como **hechos** se sintetizan los siguientes:

El actor prestó sus servicios durante 25 años al Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, perteneciente a la Secretaria de Gobierno del Distrito Capital. Se desvinculó el 18 de septiembre de 1994 y adquirió el status de pensionado el 12 de febrero de 2000, al cumplir 50 años de edad. Al momento de entrar a regir la Ley 33 de 1985, contaba con más de 15 años de servicio, y por tanto para efectos pensionales se encontraba dentro del régimen de transición previsto en el artículo 33, parágrafo 2º. Para efectos de la liquidación de su pensión le era aplicable el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. Al entrar en

vigencia la Ley 100 de 1993, contaba con más de 40 años de edad y más de 15 años de servicio cotizando a una entidad del Sistema General de Pensiones, que lo hace beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de esa ley.

Adujo entonces, que para determinar la liquidación de la pensión debían ser incluidos todos los factores salariales devengados en el último año de servicios conforme al artículo 45 del Decreto 1045, gracias a los dos regímenes de transición.

La Gerente General de la demandada a través del Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá, expidió la Resolución No. 984 de 7 de mayo de 2001, mediante la cual se liquidó la pensión. Dicho acto omitió la aplicación de la normatividad legal y distrital que estableció como factores prestacionales y salariales los subsidios de transporte, alimentación y bonificación por servicios, además de los reajustes pagados correspondientes a la nivelación del cargo de acuerdo con el Decreto 904 de 1994, de Jefe Grado 01 a Jefe Grupo 04 (cargo ocupado en el momento de su desvinculación), y con la retroactividad al último año de servicios.

Los únicos factores incluidos en la liquidación fueron la asignación básica, prima de antigüedad, dominicales, festivos y recargo nocturno, sin el reconocimiento de la actualización del IPC en el periodo correspondiente a los últimos meses.

Por último manifestó que interpuso recurso de reposición contra la mencionada Resolución No. 984, y el 16 de agosto de 2001 se resolvió desfavorablemente con la Resolución No. 1577 de 16 de agosto del mismo año.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Consideró transgredidas los siguientes artículos: 13, 29, 50, 53 y 228 de la Constitución Política; 36 de la ley 100 de 1993; 45 del Decreto 1045 de 1978; 1º de la Ley 33 de 1985; y el Decreto Ley 2143 de 1995.

Expresó que se omitió la aplicación de la normatividad en que debió fundamentarse la liquidación de la pensión, siendo que a personas de la misma entidad, con la misma situación jurídica se les reconoció y pagó la pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales para determinar la base de la liquidación y aplicando los regímenes de transición.

Alegó que no se aplicó el régimen de transición en su integridad consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, Decreto 2143 de 1995, Ley 33 de 1985 y Decreto 1045 de 1978.

Consideró que para la respectiva liquidación deben aplicarse los Decretos 1045 de 1978 y 991 de 1974, que contemplan los auxilios de alimentación y transporte, y la bonificación correspondiente a cinco años de servicio, como factores salariales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado del ente demandado contestó la demanda dentro del término legal, oponiéndose a todas sus pretensiones.

Sostuvo que el demandante cumplió los 15 años de servicios al entrar en vigencia la Ley 33 de 1985 y que por tal motivo era aplicable la Ley 6ª de

1945 que como requisitos exigía: 50 años de edad y 20 años de servicio continuos o discontinuos, haciéndose exigibles en el presente caso el 13 de febrero de 2000, fecha en que cumplió el requisito de la edad.

Señaló que existe identidad entre lo liquidado y lo certificado, de acuerdo con lo devengado en el último año y conforme a la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

En cuanto al auxilio de alimentación, transporte y el quinquenio que pretende el actor, afirmó que no basta con que estos hubieren sido devengados, pues se debe demostrar que sirvieron de base para calcular los aportes a la seguridad social.

Como excepciones propuso las siguientes y las demás que resulten probadas:

1) Falta de jurisdicción y competencia: Expresó que le corresponde a la Jurisdicción Ordinaria la determinación del reajuste pensional conforme a la Ley 712 de 2001, artículos 1º y 2º numeral 4, por ser este un tema de seguridad social.

2) Falta de legitimación por pasiva: Dijo que si bien el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital – Favidí – expidió los actos administrativos impugnados, lo cierto es que laboró para la Secretaría de Gobierno Distrital-Cuerpo Oficial de Bomberos, quien certificó los factores salariales para efectos de la pensión; además para la fecha de la presentación de la demanda, 14 de marzo de 2003, FAVIDI había perdido competencia para los asuntos relacionados con el Fondo de Pensiones Publicas de Bogotá de acuerdo a los decretos expedidos por el Alcalde

Mayor de Bogotá que le otorgó esta función a la Secretaria de Hacienda Distrital-Subdirección de Obligaciones Pensionales, encargada del manejo del Fondo de Pensiones Públicas.

3) Inexistencia de la obligación: Esta excepción se fundamentó en el hecho de que ni la entidad ni el actor, realizaron los correspondientes aportes de los factores que se pretenden hacer valer con esta acción.

4) Compensación: Si se accede a las pretensiones de la demanda solicitó que la condena se compense con las sumas ya reconocidas.

5) Prescripción de mesadas: Igualmente si se accede al reajuste pretendido debe aplicarse lo establecido en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, que hace referencia a la prescripción de las mesadas pensionales.

A folio 92 del Cdno No. 1, se encuentra la contestación de la corrección y adición de la demanda presentada por el actor. Manifestó que se deben tomar los valores reales devengados porque con los anexos que se aportaron se crea una confusión, por cuanto no coinciden los valores que se relacionan con las cifras del acto administrativo de reconocimiento, no siendo claro si faltan factores por incluir o sus valores son diferentes.

LA SENTENCIA

Mediante providencia del 12 de mayo de 2006, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada y denegó las pretensiones de la demanda.

En cuanto a las excepciones señaló que no era posible declarar la falta de legitimación por pasiva, porque FAVIDI debía responder en todo lo que tiene que ver con las liquidaciones de las pensiones de jubilación. Respecto a la inexistencia de la obligación y compensación manifestó que son simplemente alegatos de oposición ya que no atacan de fondo alguna pretensión o el procedimiento. Y por último aclaró que esta jurisdicción es competente para conocer del asunto por tratarse de un empleado público bajo el régimen de transición.

Hizo un recuento normativo sobre la Ley 6ª de 1945, Leyes 33 y 62 de 1985 y la Ley 100 de 1993, en especial sobre el artículo 36. Trajo a colación la sentencia del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil de 2 de marzo de 2000, M.P. Luis Camilo Osorio Izasa.

De las pruebas aportadas, concluyó que el actor se encontraba bajo el régimen de transición, tanto de la Ley 100 de 1993, como de la Ley 33 de 1985, y en esa medida dijo que el reconocimiento pensional del actor, en cuanto a la edad lo regía la Ley 6ª de 1945 (50 años) y en relación con los factores salariales para establecer la liquidación pensional lo dispuesto en la misma Ley 33 de 1985, con la Ley 62 de 1985.

El A quo encontró probado que la liquidación se realizó de acuerdo con el Decreto 2143 de 1995, con base en la asignación básica, la prima de antigüedad, los dominicales, festivos y recargos nocturnos trabajados, devengados en el último año de servicios, comprendido entre el 15 de septiembre de 1993 y el 14 de septiembre de 1994. En todo caso, los factores incluidos se encuentran señalados también en la Ley 62 de 1985.

Recalcó que las primas de vacaciones, servicios y de navidad excluidas en la Ley 62 de 1985, no se pueden incluir porque no fueron tenidas en cuenta como aportes al sistema de seguridad social.

Afirmó que no son aplicables al caso normas anteriores a 1985 en materia de liquidación de pensiones como lo pretende el actor con el Decreto 1045 de 1978, porque éste fue sustituido por la Ley 33 de 1985, que reguló todo en materia pensional.

Respecto al argumento del actor que se encontraba en régimen especial, dijo el Tribunal que el Cuerpo Oficial de Bomberos conforma la estructura organizacional de la Secretaria de Gobierno correspondiente al sector central del Distrito según el Decreto 1421 de 1993 y este derogó lo dispuesto en el Decreto 991 de 1974, por tanto no se encuentra amparado bajo ningún régimen especial.

EL RECURSO

El apoderado de la parte demandante presenta recurso de apelación. Argumenta lo siguiente:

El Tribunal no tuvo en cuenta el principio de favorabilidad, ya que en su análisis normativo no se percató de la gran desventaja que se presenta entre los beneficiarios del régimen de transición con los no beneficiarios, pues para los primeros existe una tabla descriptiva de factores salariales de los cuales los entes administradores de pensiones se tendrían que limitar de acuerdo a lo señalado en las Leyes 33 y 62 de 1985, en cambio para los no beneficiados estas limitaciones no existirían, como lo consagra el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Igualmente el Tribunal desconoció los derechos adquiridos de los integrantes del Cuerpo de Bomberos, pues aun cuando dependen de la Secretaría de Gobierno, gozan de una normativa pensional especial por mandato del Decreto Distrital 991 de 1994, aplicable gracias al artículo 146 de la Ley 100 de 1993, que protege las situaciones individuales definidas por disposiciones municipales o departamentales. A este respecto, aclara que si bien para el 30 de junio de 1995 (fecha en la cual entró en vigor el Sistema General de Pensiones) el actor no cumplía con el requisito de la edad, ya contaba con los 20 años de servicio, razón por la cual se encuentra cobijado por dicha norma especial.

Sobre la aplicabilidad de las normas distritales especiales, cita una sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, de 7 de diciembre de 2006, M.P. Jesús María Lemos Bustamante.

No es cierto que el Decreto Distrital No. 991 de 1974, quedó derogado por el artículo 54 del Decreto No. 1421 de 1993, pues las dos normas tratan materias diferentes. Tampoco el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, quedó derogado con la vigencia de las Leyes 33 y 62 de 1985¹.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

De la parte demandante:

Aduce que los fundamentos de la sentencia violan la Constitución Política, las leyes aplicables al caso concreto y la jurisprudencia².

¹ Sentencia de Consejo de Estado de 15 de noviembre de 2001, proceso No. 894-01. actora: Ana Tulia Romero de Barbosa; sentencia de 21 de septiembre de 2000, expediente No. 470-99, actor: Laureano Gutierrez Gutierrez.

² Sentencia de Consejo de Estado, Sección Segunda Subseccion B, expediente No. 2004-06318, m.p. Cesar Palomino Cortes

En cuanto al contenido de las Leyes 33 y 62 de 1985, afirma que prevalece el principio de favorabilidad y ante la dualidad de las normas respecto a un mismo tema, Ley 33 y Ley 100 de 1993 en su artículo 36, prevalece la más favorable (Ley 100), porque la primera limita lo devengado a unos pocos factores, en cambio la segunda dispone que la liquidación debe ser hecha sobre el promedio de todo lo devengado.

No hubo pronunciamiento de la parte demandada ni del agente del Ministerio Público en la etapa de alegatos de conclusión.

Se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se trata de determinar en la presente litis, cuál es el régimen pensional que ampara al actor para efectos de determinar los factores salariales a tener en cuenta en la base pensional, y de acuerdo a ello determinar si tiene derecho a la reliquidación.

Los actos demandados son la Resolución No. 984 de 7 de mayo de 2001 (fl. 13 Cdno No. 1) por medio de la cual el Gerente del Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital – FAVIDI – ordena el reconocimiento de una pensión de jubilación y la Resolución No. 1577 de 16 de agosto de 2001 (fl. 19 Cdno No. 1), a través de la cual se resolvió recurso de reposición que confirmó la resolución anterior.

El demandante afirma que el status de pensionado lo adquirió al cumplir los 50 años de edad el 12 de febrero de 2000, fecha en que ya había entrado a regir la Ley 100 de 1993, pero que se encuentra cobijado en la

transición de su artículo 36 y a su vez en la transición de la Ley 33 de 1985, porque a la entrada en vigencia de esta ley, tenía más de 15 años laborados.

El actor, en síntesis lo que pide es que se le aplique la norma pensional mas favorable, que incluya todo lo devengado durante el último año de servicios, sin exclusión de partida alguna, para efectos de calcular la base pensional.

Se observa en la certificación suscrita por el Director de Gestión Humana de la Secretaria de Gobierno de Bogotá, en la que consta que el demandante ingresó a la Secretaria de Gobierno el 2 de octubre de 1969, en el cargo de Jefe Grado 01, y laboró hasta el 14 de septiembre de 1994 (fl. 48 Cdno. No. 2).

En el último año de servicios (septiembre de 1993 a septiembre de 1994) devengó asignación básica, dominicales y festivos, recargos nocturnos, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad, prima de servicios, prima de antigüedad, prima de vacaciones y prima de riesgo. La demandada no le reconoció al actor en los actos acusados como factores salariales los auxilios de alimentación y transporte, ni las primas de navidad, servicios, vacaciones y de riesgo.

Marco normativo.

La ley 100 de 1993, cuya vigencia en materia pensional tuvo comienzo el 1º de abril de 1994 para el orden nacional y hasta el 30 de junio de 1995 para el orden territorial, por haberlo establecido así el mismo ordenamiento

en su artículo 151, consignó en el artículo 36 el régimen de transición, de la siguiente manera:

“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 o más años de edad si son mujeres o cuarenta o más años de edad si son hombres, o quince o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que le 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 expida el DANE (...) ³

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de Jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho en desarrollo de los derechos adquiridos. A que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos.

Parágrafo.- Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º.) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la

³ El párrafo siguiente de este inciso –que contemplaba la regulación en caso de que el tiempo faltante para la pensión fuera igual o inferior a dos años y determinaba liquidación diferencial para los trabajadores del sector privado y servidores públicos- fue **declarado inexecutable** en Sentencia C-168 de 1995 de la Corte Constitucional.

presente Ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio.”

En el caso del demandante, de las pruebas aportadas, se infiere que a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones en el orden territorial, contaba con más de 40 años de edad y más de 15 años de servicios, lo que implica que estaba en los supuestos previstos por la ley para que, en su caso, se aplicara el régimen de transición y, como consecuencia, el régimen pensional anterior, tanto en edad como en tiempo de servicios y monto de la pensión.

El régimen pensional anterior era el consagrado en la Ley 33 de 1985, y esa ley, a no dudarlo, cobijaba al orden distrital, pues no se desprende otra cosa del artículo 13, que establece:

“Para efectos de esta ley, se entiende por cajas de previsión las entidades del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal o del Distrito Especial de Bogotá que, por ley, reglamento o estatutos, tengan, entre otras, la función de pagar pensiones a empleados oficiales de cualquiera de dichos órdenes. Asimismo, para los efectos de esta ley, se entiende por empleados oficiales los empleados públicos, nombrados o elegidos, los trabajadores oficiales y los funcionarios de seguridad social.”

Dicha ley exceptuó de su aplicación cuatro supuestos, que conforman un régimen de transición a saber:

1) Los empleados oficiales que trabajaran en actividades que por su naturaleza justificaran la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

2) Los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hubieran cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, a quienes se

continuarán aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la ley.

3) Los empleados oficiales que con veinte (20) años de labor continua o discontinua, se hallaran retirados del servicio, quienes tendrían derecho cuando cumplieran cincuenta (50) años de edad, si eran mujeres, o cincuenta y cinco (55) si eran varones, a una pensión de jubilación que se reconocería y pagaría de acuerdo con las disposiciones que regían al momento de su retiro.

4) Los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de la ley hubieran cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación, quienes continuarán rigiéndose por las normas anteriores a ella.

Al 13 de febrero de 1985, fecha de vigencia de la ley 33, el actor se encontraba en la segunda hipótesis aludida.

Hasta antes de la expedición de la Ley 33 de 1985 la pensión de jubilación de los empleados territoriales se regía por la ley 6ª de 1945, siendo aplicable esta ley y las normas que la modificaron antes de la vigencia de la Ley 33 de 1985, como lo ha precisado esta Sección.⁴

A pesar de que el régimen de transición establecido en la Ley 33 de 1985, sólo remite a la edad de jubilación que regía con anterioridad a su entrada en vigencia y no señaló nada en cuanto a la liquidación, **considera la Sala que en este aspecto se debe aplicar también el régimen anterior**, porque resulta más favorable al actor. De no hacerse así, se desconocería el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de la Carta Política que establece la

⁴ Ver expedientes Nos. 1817/99, 1381/98

“situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”.

Sobre el particular, la Corte Constitucional señaló en sentencia C-168/95:

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

Igualmente, el Consejo de Estado, en virtud del principio de inescindibilidad ha sostenido reiteradamente que la norma anterior aplicable debe serlo en su integridad. Al respecto, en sentencia proferida por la Subsección A, Sección Segunda de esta Corporación, de 20 de octubre de 2005, M. P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, radicado interno No. 3701-04 se sostuvo:

“El asunto se contrae a establecer si el actor tiene derecho a que se reliquide la pensión de jubilación teniendo en cuenta los factores señalados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, como lo alega la entidad demandada, o si por el contrario, la norma aplicable para dicho efecto es el Decreto 1045 de 1978, como lo pide el demandante. El actor se encuentra, como bien lo señaló el Tribunal, en el segundo supuesto pretranscrito, ya que antes de la expedición de la Ley 33 de 1985 tenía más de 15 años al servicio del Estado. Es decir, quedó inmerso en el régimen de transición de la citada Ley 33 de 1985, lo que lo colocaba fuera del ámbito de aplicación de la Ley 33. Esta Corporación en sentencias del 8 de junio y 21 de septiembre de 2000, expedientes No. 2729 y 470, Magistrados Ponentes: Drs: Alejandro Ordóñez Maldonado y Nicolás

Pájaro, señaló que la aplicación del régimen anterior incluye el atinente a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, pues es de la esencia del régimen de transición, la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconoce dicho beneficio, por lo que al establecer la cuantía de la pensión con fundamento en los factores de la Ley 33 de 1985, cuando ésta normatividad no le es aplicable, es desnaturalizar el régimen de beneficio producto de la transición.”.

En consecuencia, el reconocimiento pensional efectuado al demandante debe sujetarse en su totalidad a lo establecido por la Ley 6ª de 1945, y las normas que la modificaron o adicionaron, en lo referente a la edad, tiempo y monto pensional, pues si se diera aplicación a una normatividad diferente, como la Ley 100 de 1993, o la Ley 33 de 1985 se estaría desmembrando el régimen transitorio.

En cuanto al monto de la pensión, la ley 6ª no previó factores a tener en cuenta para el reconocimiento de las pensiones y por tal razón el artículo 4 de la Ley 4 de 1966 dispuso:

“A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.”.

El artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, con claridad señaló los factores salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación, de la siguiente forma:

“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;
- 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;
- ll .Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.”.

En ese orden de ideas, la pensión consagrada en la Ley 6ª de 1945 se reconoce sobre los factores señaladas en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y en la Ley 4 de 1966 y por lo tanto su pensión debía ser liquidada con el setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio y conforme a los factores citados anteriormente.

Se debe precisar que el Decreto 1045 de 1978, establece unos factores salariales para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, lo cual no puede tomarse como una relación taxativa de factores, sino que es una enunciación que no impide la inclusión de otros factores devengados por el trabajador.

Para la liquidación de la pensión, se tiene en cuenta la totalidad de los factores que constituyen salario, sumas que habitual y periódicamente recibe el trabajador como contraprestación por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, como son la asignación básica, gastos de representación, dominicales y festivos, prima de servicios, entre otros, más los que reciba el trabajador, que aunque no se encuentren señalados taxativamente, sean cancelados de manera habitual como retribución de sus servicios y no las sumas

que se pagan ocasionalmente que cubren riesgos o infortunios a los que el trabajador se pueda ver enfrentado, naturaleza propia de las prestaciones sociales.

No sobra precisar que existen algunas prestaciones sociales (prima de navidad y de vacaciones), que a pesar de tener esta naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar cesantías y pensiones, pero por disposición expresa de la misma ley como lo consagra expresamente el Decreto 1045 de 1978.

La Sala puede concluir que en atención a la calificación como actividad de alto riesgo respecto de la labor que cumplen todos los cuerpos oficiales de bomberos, se creó la prima de riesgo, la cual se encuentra señalada en el Decreto 306 de 1975 *“Por el cual se reglamentan las Primas de Riesgo y Alimentación para el personal del Cuerpo de Bomberos de Bogotá y se dictan otras disposiciones”*⁵. Es de aclarar que el decreto no hizo distinción alguna sobre si era o no factor salarial.

Es claro que la prima de riesgo fue creada por la responsabilidad y complejidad del cargo de Bombero, lo cual constituye una retribución directa por la labor desempeñada, que se pagó, conforme a la certificación allegada, mensualmente, es decir, de manera habitual y periódica. Tales características hacen pensar, sin duda, que la prima de riesgo constituye salario.

No sobra advertir que el artículo 2º de la Ley 5 de 1969, autoriza en las liquidaciones pensionales, que trata el artículo 5 de la Ley 4 de 1966, incluir como asignación actual, *“el promedio de todo lo devengado por un trabajador en*

⁵ **Artículo 1.** El personal de Oficiales, Sub-Oficiales y Bomberos con cinco (5) años de servicio ininterrumpido en el Cuerpo de Bomberos de Bogotá, percibirá una **Prima de Riesgo mensual** equivalente al cinco por ciento (5%) del respectivo sueldo básico más un uno por ciento (1%) sin que se exceda del veinticinco por ciento (25%)”

servicio activo a título de salario o retribución de servicios tales como horas extras, primas kilométricas, dominicales, feriados, bonificaciones, etc “

Por los dos anteriores argumentos expuestos, se debe incluir en la base de liquidación del actor la prima de riesgo que devengó en el último año de servicios.

Como el actor en el último año de servicio también devengó auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y la prima de riesgo, dichos factores debieron ser incluidos en la base pensional.

La Sala concluye, que en el caso sub judice la entidad demandada liquidó la pensión con base en la ley 6ª de 1945 para la edad y para la liquidación la ley 33 y 62 de 1985, lo que a todas luces rompe con el principio de inescindibilidad de la ley, que no permite tomar disposiciones de dos estatutos diferentes.

Por lo expuesto se revocará la sentencia apelada por medio de la cual el tribunal denegó las súplicas de la demanda y en su lugar se accederá a las peticiones de la demanda, ordenando incluir en la base pensional del actor los auxilios de alimentación y transporte y las primas de navidad, servicios, vacaciones y de riesgo.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos acusados y a título de restablecimiento del derecho, se condenará a la entidad demandada a reliquidar la pensión de jubilación al señor CARLOS RODRIGUEZ VILLAMARIN, teniendo en cuenta para el efecto los factores antes indicados.

Realizada la respectiva reliquidación, el ente demandado deducirá lo que efectivamente ha cancelado y la diferencia que resulte la cancelará al demandante. Dichas sumas se actualizarán, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la diferencia resultante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE - vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia -, por el índice inicial - vigente a la fecha en que debió realizarse el pago -.

Además, por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional comenzando desde la fecha de su causación y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Finalmente, es preciso recordar que en casos similares al presente, se ha indicado que procede el descuento de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal. Esta tesis ha sido sostenida en otras oportunidades por esta Corporación indicando 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.

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

F A L L A :

REVÓCASE la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, proferida el 12 de mayo de 2006, que negó las pretensiones de la demanda promovida por Carlos Rodríguez Villamarín contra el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital.

En su lugar se dispone:

1. DECLARASE la nulidad parcial de la Resolución No. 984 de 7 de mayo de 2001, expedida por el Gerente del Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital "FAVIDI", en cuanto no incluyó en la pensión del actor los auxilios de alimentación y transporte, ni las primas de navidad, servicios, vacaciones y de riesgo.

2. DECLARASE la nulidad parcial de la Resolución No. 1577 de 16 de agosto de 2001, expedida por el Gerente del Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital "FAVIDI", a través de la cual se resolvió recurso de reposición confirmando la Resolución citada en el punto anterior.

3. ORDÉNASE al Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital hoy Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – FONCEP –, a reliquidar la pensión de jubilación del señor Carlos Rodríguez Villamarin con inclusión de los auxilios de alimentación y transporte y las primas de navidad, servicios, vacaciones y de riesgo. La entidad accionada podrá efectuar los descuentos por aportes correspondientes a los factores sobre los cuales no se haya realizado la deducción legal, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

4. ORDENASE el pago del mayor valor o la diferencia resultante de la nueva liquidación de las mesadas pensionales ya pagadas, conforme a la formula expuesta en la parte motiva de esta providencia.

5. Se dará cumplimiento a esta sentencia en los términos y condiciones establecidas en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

6. RECONÓCESE personería al abogado NELSON JAVIER OTÁLORA VARGAS para actuar dentro del presente proceso en representación de la SECRETARIA DE HACIENDA en los términos y para los efectos del poder otorgado a folio 191.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO