

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL – Objetivo / REGIMEN DE TRANSICIÓN – Requisitos / REGIMEN APLICABLE - Por requisito de edad, tiempo de servicio y cuantía de la pensión según la Ley 33 de 1985

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. 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. Así las cosas, 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, es la Ley 33 de 1985.

FUENTE FORMAL: LEY 33 DE 1985 / LEY 62 DE 1985 / LEY 100 DE 1993

FACTORES SALARIALES PARA LA LIQUIDACION PENSIONAL – Los recibidos en le último año de prestación del servicio / PRIMAS DE NAVIDAD Y VACACIONES – Se pueden incluir en la medida en que el legislador les otorgo carácter salarial / BONIFICACION DE RECREACION – No constituye factor salarial

Ante las diversas interpretaciones esbozadas en la materia, la Sala Plena de esta Sección, mediante Sentencia de 4 de agosto de 2010, con ponencia del suscrito, retomó el análisis del ingreso base de liquidación pensional cuando se trata de aplicar el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de la misma anualidad, para lo cual realizó exhaustivos debates apoyándose en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, arribando a la conclusión que con el fin de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la referida norma 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. Es pertinente aclarar que la precitada sentencia de 4 de agosto de 2010 precisó que las primas de vacaciones y navidad podían incluirse dentro del ingreso base de liquidación pensional en la medida en que el legislador, mediante el Decreto 1045 de 1978, norma orientadora en la materia *sub lite*, les otorgó carácter salarial para tales efectos. 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.

FUENTE FORMAL: LEY 33 DE 1985 / DECRETO 40 DE 1998

NOTA DE RELATORIA: Respecto de los factores salariales, ver sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Expediente 0112 -2009. Actor Luis Mario Velandia

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Consejero Ponente: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C., tres (3) de febrero de dos mil once (2011).

Radicación número: 250002325000200701044 01(0670-2010)

Actor: LUÍS ÁNGEL HERNÁNDEZ SABOGAL

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, I.S.S.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 24 de junio de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, que declaró no probadas las excepciones de *“incompetencia de jurisdicción”* y *“prescripción de las mesadas pensionales”*, propuestas por la entidad accionada; y, accedió a las súplicas de la demanda incoada por Luís Ángel Hernández Sabogal contra el Instituto de Seguros Sociales, I.S.S.

LA DEMANDA

LUÍS ÁNGEL HERNÁNDEZ SABOGAL, 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 parcial de los siguientes actos:

- Resolución No. 032188 de 29 de septiembre de 2005, expedida por la Gerente II, Centro de Atención Pensiones de la Seccional Cundinamarca y D.C., Instituto de Seguros Sociales, que le reconoció al actor su pensión de jubilación.

- Resolución No. 046604 de 2 de noviembre de 2006, expedida por la mencionada funcionaria, que desató el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión y la confirmó.

- Resolución No. 00747 de 12 de abril de 2007, expedida por la Gerente (E) Seccional Cundinamarca y D.C. del Instituto de Seguros Sociales, que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. 032188 de 29 de septiembre de 2005 y la confirmó.

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 del 75% del salario promedio mensual devengado en el último año de servicios, de conformidad con las Leyes 33 y 62 de 1985.
- Actualizar, *“una vez establecido el ingreso base de la pensión teniendo en cuenta los factores salariales indicados en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 y artículo 1° de la Ley 62 de 1985 en la forma solicitada en la pretensión anterior”*, la base de liquidación de la prestación reconocida desde el último año de servicio, esto es 8 de octubre de 1998, hasta el día en que se hizo exigible el derecho prestacional, es decir el 26 de agosto de 2003, de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE.
- Reconocer los reajustes pensionales causados con posterioridad al 26 de agosto de 2003, tomando como base la mesada pensional debidamente actualizada a la fecha en que se hizo exigible la prestación.
- Descontar *“el valor de los aportes que por Ley le correspondan como pensionado”*, remitiéndolos a la entidad correspondiente.
- Ajustar el valor de las condenas con base en Índice de Precios al Consumidor.

- Dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

El demandante se encuentra amparado por el régimen de transición pensional previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Asimismo, acredita los requisitos de edad y tiempo de servicios que exige la Ley 33 de 1985 para hacerse acreedor a la pensión de jubilación.

La pensión de jubilación del actor debe liquidarse en cuantía del 75% *“del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, a términos de los artículos 1° y 3° de la Ley 33 de 1985, así como del artículo 1° de la Ley 62 de 1985”*, que corresponde al período comprendido entre el 9 de octubre de 1997 y el 8 de octubre de 1998.

La entidad accionada, mediante la Resolución No. 032188 de 29 de septiembre de 2005 le reconoció al actor su pensión de jubilación, pero escindió el régimen aplicable, esto es la Ley 33 de 1985, pues no liquidó la prestación con el promedio de lo devengado durante el último año de servicios, sino teniendo en cuenta el tiempo que le hacía falta para acceder a la prestación y con los factores previstos por el Decreto 1158 de 1994, norma que no puede aplicarse al *sub lite* por ser reglamentaria de la Ley 100 de 1993.

Adicionalmente, en el presente caso debe ajustarse el valor promedio del último año de servicios al momento de exigibilidad de la prestación, en consideración a la pérdida del valor adquisitivo del dinero.

LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, el preámbulo y los artículos 1°, 2°, 4°, 11, 12, 13, 16, 25, 39, 46, 48, 53, 55 y 56.

De la Ley 33 de 1985, los artículos 1° y 3°.

De la Ley 62 de 1985, el artículo 3°.

De la Ley 100 de 1993, el artículo 36.

El Decreto 1158 de 1994.

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

El ordenamiento jurídico colombiano, en materia pensional, se ha caracterizado por el diseño de medidas en orden a proteger las expectativas legítimas de quienes se encuentran próximos a adquirir su pensión al amparo de determinada normatividad y que podrían verse perjudicados ante una eventual reforma de los requisitos de reconocimiento y goce de dicho beneficio prestacional.

Así, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció el régimen de transición pensional, de conformidad con el cual sus beneficiarios se siguen rigiendo por la normatividad anterior que les era aplicable antes de la expedición de dicha Ley.

De acuerdo con lo anterior, el actor se encuentra amparado por las disposiciones de la Ley 33 de 1985, según la cual la pensión debe liquidarse en cuantía del 75% de los factores que sirvieron de base para los aportes durante el año anterior al retiro definitivo del servicio, a saber: asignación

básica, bonificación por servicios prestados, primas de servicios, navidad, vacaciones y técnica.

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. 67 a 78, C.Ppal.):

El I.S.S. le reconoció al señor Luís Ángel Hernández Sabogal su pensión de jubilación bajo los parámetros del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, respetando el tiempo de servicios, la edad y el monto establecidos en la Ley 33 de 1985.

De otro lado, se observa que, al momento de entrar en vigencia el sistema general de seguridad social, el actor contaba con más de 20 años de servicios; sin embargo, el requisito de la edad lo cumplió con posterioridad, a saber, el 26 de agosto de 2003. En consecuencia, como para ese momento ya se encontraba vigente la Ley 100 de 1993, su situación pensional, en lo que concierne al ingreso base de liquidación pensional, se rige por ésta y por el Decreto 1158 de 1994.

Como excepciones se proponen: *a)* incompetencia de jurisdicción, puesto que, de acuerdo con la Ley 712 de 2001, la jurisdicción ordinaria es la competente para decidir la presente controversia, pues se relaciona con el sistema de seguridad social integral; *b)* inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido; *c)* prescripción de las mesadas

pensionales; d) pago y compensación, en la medida en que al actor ya se le reconoció la pensión de jubilación; e) excepción genérica.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, mediante sentencia de 24 de junio de 2009, declaró no probadas las excepciones de “*incompetencia de jurisdicción*” y “*prescripción de las mesadas pensionales*”, propuestas por la entidad accionada; y, accedió a las súplicas de la demanda, con base en los siguientes argumentos (Fls. 147 a 166, C.Ppal.):

En el presente caso no se encuentra probada la excepción de “*incompetencia de jurisdicción*”, propuesta por el Instituto demandado, toda vez que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la competente para decidir las controversias que surjan en materia pensional respecto de servidores públicos amparados por el régimen de transición, tal como ocurre en el *sub lite*.

En torno al fondo de la controversia, se observa que el actor se encuentra amparado por el régimen de transición pensional previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo cual su situación se rige por los mandatos de las Leyes 33 y 62 de 1985, es decir que tiene derecho al pago de la pensión de jubilación en cuantía del 75% de lo devengado en el último año de servicios, pues los factores enlistados por dichas normas no son taxativos y, por lo tanto, la prestación se liquida con inclusión de todo lo devengado por el trabajador sin perjuicio de que se hagan los descuentos por aportes a que hubiere lugar.

De otro lado, como al momento del retiro del servicio, esto es el 8 de octubre de 1998, el actor no cumplía con el requisito de la edad para acceder a la pensión de jubilación, lo cual ocurrió el 26 de agosto de 2003, es preciso indexar la primera mesada pensional al momento en que se hizo exigible la obligación con el objetivo de que la prestación no pierda su poder adquisitivo.

Así las cosas, se declara la nulidad parcial de los actos administrativos acusados y, a título de restablecimiento del derecho, se ordena al Instituto de Seguros Sociales reliquidar la pensión de jubilación del actor *“con el 75% del promedio de los factores salariales devengados durante el último año de servicios (asignación básica, bonificación por servicios, prima técnica, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y bonificación de recreación) con su respectiva indexación de la primera mesada pensional.”*

EL RECURSO DE APELACIÓN

La entidad accionada interpuso recurso de apelación contra la decisión del *A quo*, exponiendo los motivos de inconformidad que a continuación se indican (Fls. 176 a 188, C.Ppal.):

En el caso concreto, la normatividad aplicable al demandante se encuentra integrada por las Leyes 33 de 1985 y 100 de 1993, toda vez que adquirió el status pensional en vigencia de la última de las citadas disposiciones.

De conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el demandante se encuentra amparado por los mandatos de la Ley 33 de 1985 en lo que concierne a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión; sin embargo,

el ingreso base de liquidación se determina conforme al régimen general de pensiones y sus decretos reglamentarios.

Entonces, la cuantía de la prestación se establece con base en el período que le hacía falta al actor para adquirir el status pensional, contado a partir de la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Igualmente, los factores base de liquidación corresponden a los establecidos en el Decreto 1158 de 1994, que coinciden con los enlistados por la Ley 33 de 1985, dentro de los cuales no se encuentra la bonificación por recreación, como tampoco las primas de servicios, navidad y vacaciones reclamadas por el actor.

Finalmente, en lo que concierne a la solicitud de indexación de la primera mesada pensional es preciso aclarar que *“a pesar de producirse el retiro del servicio para el demandante el día 08 de octubre de 1998, y ordenarse su reconocimiento pensional a partir del 26 de agosto de 2003, es decir al cumplimiento de la edad, los factores salariales que sirvieron para el cálculo de su pensión se indexaron a la fecha de reconocimiento”*.

En efecto, *“el Ingreso Base de Liquidación (IBL), con el cual se calculó la pensión de jubilación corresponde al tiempo que le hiciera falta para tener derecho a la pensión de acuerdo con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se encuentra actualizado con el I.P.C., como consecuencia, que los salarios que sirvieron de base para el cálculo del I.B.L., fueron actualizados a la fecha de reconocimiento de jubilación del demandante”*. En consecuencia, la pensión del actor no sufrió pérdida de su valor adquisitivo.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto solicitando se modifique la sentencia impugnada, en lo relacionado con los factores base de liquidación pensional del demandante y el descuento de los aportes a que haya lugar. Para el efecto, la vista fiscal tuvo en cuenta los siguientes razonamientos (Fls. 206 a 214, C.Ppal.):

El accionante es beneficiario del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo cual su situación pensional se rige por los mandatos de la Ley 33 de 1985.

Así, la pensión de jubilación del actor debe liquidarse en cuantía del 75% de los factores constitutivos de salario devengados en el último año de servicios, tal como lo establecen los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978. Entonces, deben tenerse en cuenta la asignación básica, las primas técnica, de servicios, navidad y vacaciones y la bonificación por servicios prestados, pero no la bonificación de recreación, por lo cual, en este sentido, el proveído impugnado debe ser modificado.

Igualmente, debe ordenarse el descuento por aportes sobre los factores que no hubieren sido objeto de la deducción legal.

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 el actor tiene derecho a que su pensión de jubilación se reliquide con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, en virtud de la aplicación de la Ley 33 de 1985. Asimismo, debe estudiarse la pretensión relativa a la indexación de la primera mesada pensional.

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 26 de agosto de 1948 (Fl. 132, C.2).

- El 29 de septiembre de 2005, mediante la Resolución No. 032188, la Gerente II, Centro de Atención Pensiones de la Seccional Cundinamarca y D.C. del Instituto de Seguro Social, le reconoció al demandante su pensión de jubilación, efectiva a partir del 26 de agosto de 2003, en cuantía de \$2.014.662, la cual se estableció con base en *“el promedio de lo devengado o cotizado durante el tiempo que le hacía falta para tener derecho a la pensión a la fecha de entrada en vigencia el sistema General de Pensiones y hasta su desafiliación o retiro del servicio actualizado anualmente con el IPC, conforme a lo indicado por el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Los factores salariales a tener en cuenta son los señalados en el Decreto 1158 de 1994.”*. Para el reconocimiento prestacional se estableció el siguiente tiempo de servicio (Fls. 2 a 4, C.Ppal.):

ENTIDAD	PERÍODO	T.DÍAS
Ministerio de Salud	14/04/1978 al 09/07/95	6384
TOTAL		6384

- El 9 de diciembre de 2005, el actor interpuso recurso de reposición, y en subsidio apelación, contra la anterior decisión, con el objetivo de obtener la reliquidación de su prestación con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios y la indexación de la primera mesada pensional a la fecha de adquisición del status pensional, es decir cuando cumplió la edad requerida para acceder a la prestación (Fls. 5 a 17, C.Ppal.).

- La entidad accionada, mediante las Resoluciones Números 046604 de 2 de noviembre de 2006 y 00747 de 12 de abril de 2007, desató los recursos de reposición y apelación interpuestos contra la Resolución No. 032188 de 29 de septiembre de 2005, y la confirmó (Fls. 18 a 24, C.Ppal.).

- El Coordinador del Grupo de Administración Documental del Ministerio de la Protección Social certificó que el accionante prestó sus servicios en el Ministerio de Salud desde el 2 de noviembre de 1977 hasta el 8 de octubre de 1998 (Fls. 125 a 126, C.2).

- De acuerdo con la certificación suscrita por la Coordinadora del Grupo de Pagaduría del Ministerio de Protección Social, durante el año anterior al retiro definitivo del servicio, esto es entre el 8 de octubre de 1997 y el 8 de octubre de 1998, el actor devengó los siguientes “factores de salario”: asignación básica mensual, prima técnica, bonificación por servicios. Asimismo indicó (Fls. 129 a 130, C.2):

“Notas:

(...)

2° Los valores correspondientes a la PRIMA DE SERVICIOS, PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA DE VACACIONES, SUELDO DE

VACACIONES, Y BONIFICACIÓN DE RECREACIÓN, se cancelaron teniendo en cuenta los factores salariales

(...)

4° Por los valores relacionados se efectuaron los descuentos de ley.”.

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; iii) La liquidación de la pensión reconocida por la entidad accionada; y iv) La indexación de la primera mesada pensional.

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 que fue 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:

“ARTÍCULO 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.”

Esta norma, en su artículo 3º, estableció la forma como se liquidaría la pensión de jubilación. A su vez, esta disposición fue modificada por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 en la siguiente forma:

“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.”.

Así las cosas, 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, es la Ley 33 de 1985.

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

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.

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 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.”.

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 3° 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 trabajador²; en otras se expresó que sólo podrían incluirse aquellos

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.

sobre los cuales se hubieren realizado los aportes³; y, finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma⁴.

Entonces, ante las diversas interpretaciones esbozadas en la materia, la Sala Plena de esta Sección, mediante Sentencia de 4 de agosto de 2010, con ponencia del suscrito⁵, retomó el análisis del ingreso base de liquidación pensional cuando se trata de aplicar el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de la misma anualidad, para lo cual realizó exhaustivos debates apoyándose en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, arribando a la conclusión que con el fin de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la referida norma 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.

Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación de su prestación incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicio, esto es, entre el 8 de octubre de 1997 y el 8 de octubre de 1998.

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.

Siendo ello así, el accionante tiene derecho a que su prestación se liquide con inclusión de la asignación básica mensual, prima técnica, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones, tal como lo ordenó el *A quo*.

Es pertinente aclarar que la precitada sentencia de 4 de agosto de 2010 precisó que las primas de vacaciones y navidad podían incluirse dentro del ingreso base de liquidación pensional en la medida en que el legislador, mediante el Decreto 1045 de 1978, norma orientadora en la materia *sub lite*, les otorgó carácter salarial para tales efectos. Así, en la referida providencia, se expresó:

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

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional.⁶

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Sentencia de 4 de agosto de 2010, Expediente No. 250002325000200607509 01 (0112-2009), Actor: Luís Mario Velandía.

⁶ 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.

Ahora bien, para efectos de liquidar la pensión de jubilación reconocida al accionante, se observa que no es posible tener en cuenta la bonificación por recreación por las siguientes razones:

El Decreto 40 de 1998, expedido en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, en su artículo 1º estableció que su ámbito de aplicación se extendía a los siguientes servidores públicos⁷:

“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 40 de 1998, reguló la bonificación por recreación en los siguientes términos:

*“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*

⁷ 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 tiene en cuenta el Decreto expedido para el año 1998 por encontrarse vigente a la fecha en que el actor se retiró definitivamente del servicio, esto es el 8 de octubre de 1998.

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, y en consonancia con el concepto del Ministerio Público, la decisión del *A quo* será revocada parcialmente por cuanto ordenó la inclusión del mencionado concepto.

Asimismo, es preciso indicar que en casos con contornos similares al presente, se ha concluido 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 consecuencia, la decisión de primera instancia será adicionada en este aspecto.

iv) Indexación de la primera mesada pensional.

El señor Luís Ángel Hernández Sabogal solicitó la indexación de la primera mesada pensional en consideración a que el último año de servicios fue anterior a la fecha en que adquirió el status pensional por cumplir el requisito de la edad.

En efecto, de conformidad con el acervo probatorio allegado al expediente, se observa que el actor se retiró del servicio el 8 de octubre de 1998, pero cumplió los 55 años de edad el 26 de agosto de 2003, fecha a partir de la cual se hizo efectivo el reconocimiento pensional.

Al respecto, concluye la Sala que por razones de justicia y equidad, y ante el hecho notorio de la permanente devaluación de la moneda, que disminuye en forma continua el poder adquisitivo del ingreso, es procedente ordenar la indexación de la base salarial de liquidación pensional. Esta tesis ha sido sostenida por esta Corporación en otras oportunidades con los siguientes argumentos⁸:

“No hay duda que, si bien, la pensión debe liquidarse sobre el promedio de lo devengado en el último año de servicios, no pueden desconocerse mandatos preconizados en la Constitución de 1991, contenidos en los artículos 48 inciso último al tenor del cual “La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante” o el previsto en el artículo 53 inciso 3º conforme al cual “El Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones legales”
(...)

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero, sentencia de 29 de enero de 2004, Radicación número: 76001-23-31-000-1999-0983-01(1221-02), Actor: Lester Armando Gutiérrez Polania.

Actualizar el promedio de lo devengado en el último año de servicios, es la única forma de impedir que el demandante se vea obligado a percibir una pensión de jubilación devaluada, buscando que el restablecimiento del derecho represente el valor real al momento del reconocimiento de la pensión.

(...)

Como se evidencia de lo anterior, atrás quedó el paradigma positivista que se traduce en el planteamiento de Montesquieu, que asigna al juez un lugar estrechamente subordinado, predicando que los juicios no deben ser más que “un texto preciso de la ley” y que los jueces “no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza de la ley ni el rigor de ella”. Hoy está claro que la juris-dictio no podría limitarse a la legis-dictio; la legalidad se articula con los derechos de los ciudadanos, pues el imperio de la ley a la que se somete el juez, según el artículo 230 Superior es en la Constitución misma imperio de la ley y del derecho, como quiera que el concepto básico constitucional que finca toda la parte programática del mismo ordenamiento, es el Estado Social de Derecho y no simplemente el Estado de Derecho.

El fin de la Constitución es implantar el derecho mediante la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político y por ello proclama valores superiores del ordenamiento jurídico; luego dentro de la dialéctica constitucional caben no sólo las leyes formales, sino todos los valores constitucionales y los principios.

No se trata de meros conceptos retóricos, sino de conceptos normativos con plenitud de efectos jurídicos, cuyo instrumento de eficacia es el juez. En esa medida el fallo recurrido, al invocar las razones de equidad y de justicia como sustento, lo que hizo fue dar aplicación al modelo constitucional garantista en el que la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma, ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución. Ello por sí sólo legitima la validez de la decisión del a quo.”

De conformidad con el anterior criterio jurisprudencial, se observa que la pretensión del actor encaminada a obtener la actualización de su ingreso

base de liquidación pensional en consideración al transcurso del tiempo desde la fecha de retiro del servicio y el cumplimiento de la edad para acceder a la prestación reclamada encuentra pleno fundamento en los principios constitucionales que orientan todo el ordenamiento jurídico de nuestro país y que permiten garantizar un orden político, económico y social justo.

Así las cosas, el proveído impugnado, que accedió a las súplicas de la demanda, i) será revocado parcialmente en cuanto ordenó la inclusión de la bonificación de recreación como factor base de liquidación de la pensión que devenga el actor; ii) será adicionado en el sentido de indicar que la entidad demandada podrá efectuar los descuentos por aportes a que haya lugar sobre los factores salariales cuya inclusión se ordena para efectos de conformar el ingreso base de liquidación; y, iii) 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, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Revócase parcialmente la sentencia de 24 de junio de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, que declaró no probadas las excepciones de *“incompetencia de jurisdicción”* y *“prescripción de las mesadas pensionales”*, propuestas por la entidad accionada; y, accedió a las súplicas de la demanda incoada por Luís Ángel Hernández Sabogal contra el Instituto de Seguros Sociales, I.S.S., en

cuanto ordenó la reliquidación de la pensión del actor con inclusión de la bonificación de recreación. En su lugar,

Niégase la inclusión del mencionado concepto.

Adicionáse el proveído impugnado en el sentido de indicar que la entidad demandada 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.

Confírmase en lo demás la decisión de primera instancia.

Cópiese, notifíquese 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 GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA