

PENSION DE JUBILACION – Reconocimiento. Régimen de transición ley 33 de 1985 /
PENSION DE JUBILACION – Factores. No taxatividad. Régimen de transición Ley 33 de 1985
/ GASTOS DE MOVILIZACION – Factor de liquidación pensional

El Fondo accionado no le incluyó como factor salarial para la determinación de su pensión lo devengado durante el año 1996 por “gastos de movilización”. Con el objeto de analizar dicho cargo, ha de aclararse que recientemente la Sala Plena de esta Sección sostuvo que el listado de factores contenido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 es enunciativo, no taxativo, pues se podrían dejar por fuera otros que por su naturaleza pueden ser susceptibles de incluirse en el ingreso base de liquidación. Los “gastos de movilización” constituyen factor para la liquidación de sus prestaciones, entre ellas de la pensión de jubilación; razón por la cual se ordenará que sea tenido en cuenta como parte del salario durante los días del año 1996 que formaron parte del ingreso base de liquidación de su pensión de jubilación.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 36 / LEY 33 DE 1985 – ARTICULO 1 /
LEY 6 DE 1945 / LEY 4 DE 1960 / DECRETO 1045 DE 1978

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil nueve (2009).

Radicación número: 08001-23-31-000-2000-03067-01(1511-07)

Actor: GUSTAVO ALBERTO AGUILAR JIMENEZ

Demandado: FONDO TERRITORIAL DE PENESIONES DE BARRANQUILLA

AUTORIDADES DISTRITALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de 24 de enero de 2007, por la cual el Tribunal Administrativo del Atlántico declaró no probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por el Distrito de Barranquilla, se inhibió de decidir el cargo de la demanda sustentado en normas del Código Sustantivo del Trabajo y negó las súplicas de la demanda formulada por Gustavo Alberto Aguilar Jiménez contra el Fondo Territorial de Pensiones de Barranquilla – Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla.

LA DEMANDA

GUSTAVO ALBERTO AGUILAR JIMÉNEZ, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo del Atlántico declarar la nulidad de:

La Resolución No. 0118 de 2 de agosto de 1999, proferida por el Gerente General del Fondo de Pensiones Territorial del Distrito de Barranquilla adscrito al Fondo de Pasivos de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, por la cual, le reconoció la pensión de jubilación sin

incluir dentro del ingreso base de liquidación lo percibido en el año 1996 por concepto de gastos de movilización.

El acto ficto negativo producto de la falta de respuesta del Fondo accionado al recurso de reposición interpuesto por el actor contra la anterior decisión, el 23 de septiembre de 1999.

El acto ficto negativo producto de la falta de respuesta del Fondo accionado a la petición de 1º de marzo de 2000, por la cual solicitó la respuesta al recurso de reposición mencionado.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar al Fondo Territorial de Pensiones de Barranquilla - Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, a:

Reconocer como sueldo promedio base para la liquidación de la pensión de jubilación la suma de \$1'039.277,18 m/cte.

Reconocerle y pagarle por concepto de mesada pensional inicial la suma de \$779.457.92 m/cte, más los ajustes legales conforme el IPC certificado por el DANE.

Pagarle la diferencia pensional resultante de la inclusión de los gastos de movilización como factor salarial base para la liquidación pensional, a partir del momento en que obtuvo el estatus de pensionado y hacia el futuro.

Pagarle por concepto de mesadas pensionales y no canceladas la suma de \$15'748.583,93 m/cte.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

Mediante Resolución No. 118 de 2 de agosto de 1999, la Gerente General del Fondo de Pensiones Territorial del Distrito de Barranquilla adscrito al Fondo de Pasivos de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, le reconoció la pensión de jubilación.

Dentro de la liquidación pensional no se incluyó como factor salarial lo devengado de manera permanente y ordinaria durante al año 1996 por gastos de movilización.

La cuantía pensional determinada por el Fondo accionado ascendió al 75% de lo devengado durante el último año de servicio.

Desde el momento en que se vinculó con la Caja de Previsión Social Distrital de Barranquilla se le asignaron gastos de movilización.

Durante al año 1996 devengó \$758.971,00 m/cte por asignación básica más \$108.420,00 por gastos de movilización, para un total de \$867.390,00 m/cte.

Por su parte, durante los 131 días laborados en el año 1998 con la Administración Distrital de Barranquilla devengó la suma de \$1'339.750.00 m/cte.

La no inclusión de los gastos de movilización dentro del salario base de liquidación pensional generó la presentación del recurso de reposición contra la Resolución No. 118 de 1999, sin que a la fecha se haya proferido respuesta.

LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Ley 33 de 1985, el artículo 3º.

De la Ley 62 de 1985, el artículo 1°.

Del Decreto 1045 de 1978, el artículo 45.

Del Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 127.

Con los actos demandados la entidad accionada:

Vulneró el artículo 127 del C.S. del T., en la medida en que desconoció que salario es todo lo que percibe el trabajador de forma permanente y ordinaria como retribución del servicio, sin importar la denominación que se le otorgue.

Violó los artículos 3° de la Ley 33 de 1985 y 1° de la Ley 62 de 1985, en razón a que durante su vinculación se le efectuaron los aportes legales para pensión a la Caja de Previsión respectiva.

Lesionó el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en tanto el Fondo accionado no tuvo en cuenta la totalidad de factores que, de conformidad con esta disposición, deben ser tenidos en cuenta para efectuar la liquidación de la pensión de jubilación.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante sentencia de 24 de enero de 2007, declaró no probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por el Distrito de Barranquilla, se inhibió de decidir el cargo de la demanda sustentado en normas del Código Sustantivo del Trabajo y negó las súplicas de la demanda, con los siguientes argumentos (fls. 174 a 181):

La excepción de inexistencia de la obligación, fundada por el Distrito de Barranquilla en el hecho de que el Fondo Territorial de Pensiones de Barranquilla es un ente dotado de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, no tiene vocación de prosperidad en la medida en que, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 006 de 24 de mayo de 1999, artículos 8° y 10°, y el Decreto 192 de 21 de julio del mismo año, artículo 7°, parágrafo 2°, el Fondo Territorial de Pensiones es una cuenta especial sin personería jurídica adscrita a la Secretaría de Hacienda Distrital; agregó:

“Ahora, al ser el Fondo Territorial de Pensiones un ente sin personería jurídica, adscrito a la Secretaría de Hacienda del Distrito de Barranquilla era necesario que el mencionado ente territorial hiciera parte de este proceso; por consiguiente, la excepción propuesta no prospera.”.

Frente al primer cargo, sustentado por el accionante en el hecho de que salario es todo lo percibido por el trabajador como contraprestación por el servicio de conformidad con lo establecido en el artículo 127 del C.S. del T., teniendo en cuenta que esta norma no es aplicable a empleados públicos no se efectuará pronunciamiento alguno.

Por otra parte, en razón a que no está acreditado que el empleador hubiera efectuado descuentos para efectos pensionales sobre los gastos de movilización reclamados por el actor, no se acredita la vulneración de los artículos 3 de la Ley 33 de 1985 y 1 de la Ley 62 del mismo año, disposiciones aplicables en razón a que el régimen de transición establecido en la Ley 33 de 1985, del cual es beneficiario el actor, sólo contempla la aplicabilidad del requisito de edad establecido en el régimen anterior.

Tampoco se evidencia vulneración del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en tanto dentro de los factores de liquidación allí contemplados no se encuentra el denominado “gastos de

movilización”.

Finalmente, agregó el Tribunal:

“(…) con respecto a la pretensión del actor, relativa al pago de las mesadas pensionales causadas desde el 4 de junio de 1998 hasta el mes de julio de 1999, incluyendo las mesadas adicionales que se generaron durante ese periodo advierte la Sala que tales obligaciones fueron reconocidas en forma expresa y clara por el extinto Fondo de Pasivos de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla en liquidación, mediante Resolución 0118 de 2 1999 (sic, debió decir de 2 de agosto de 1999); y por consiguiente, **la vía idónea para su reclamo no es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sino la ejecutiva**. Por cierto, de esta última acción no conocería el juez de lo contencioso administrativo, pues en tratándose de procesos de ejecución, éste únicamente tiene competencia cuando el título lo constituyen sentencias proferidas por esta jurisdicción, u obligaciones que tienen como fuente un contrato estatal.”.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El actor interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia del A quo, con los siguientes argumentos (fls. 186 a 188):

De conformidad con lo sostenido de forma reiterada por el Consejo de Estado, la pensión de jubilación se regula por la norma vigente al momento en que se causa.

En el asunto bajo estudio la norma aplicable, en virtud de lo establecido en el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, es la Ley 6ª de 1945 y concordantes.

De acuerdo con lo establecido en la Ley 65 de 1985, artículo 1º, y en el Decreto 1045 de 1978, artículo 45, constituye factor salarial base de la liquidación de la pensión de jubilación todo lo que el trabajador percibe de manera habitual. Finalizó el recurrente:

“Respecto de la cotización de los gastos de movilización, está probado no solamente con el certificado de devengo (sic) suscrito por el otrora Tesorero- pagador de la extinta Caja de Previsión Social Distrital de Barranquilla, (anexo expediente) que si me hacían los descuentos por tales concepto (sic), sino que también lo confirma la Resolución No. 039 del 30 de Abril de 1997, que aclara las resoluciones Nos, 1038 y 1054 del 31 de Diciembre de 1.996, emanadas de la desaparecida entidad de Previsión Social Distrital de Barranquilla (cuyas fotocopias rezan en el expediente) en el tercer y último considerando de dicho acto administrativo que quedó consignado la liquidación de los gastos de movilización.”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El problema jurídico por resolver se contrae a determinar si el demandante tiene derecho que se incluya dentro de su ingreso base de liquidación pensional lo devengado durante el año 1996 por concepto de gastos de movilización.

Con tal objeto, la Sala precisa los siguientes aspectos de orden fáctico y jurídico:

Mediante Resolución No. 0118 de 2 de agosto de 1999 el Fondo de Pensiones Territorial del Distrito de Barranquilla, adscrito al Fondo de Pasivos de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, le reconoció al señor Gustavo Alberto Aguilar Jiménez una pensión mensual vitalicia de jubilación, a partir del 4 de junio de 1998, en una cuantía inicial de \$727.732,50 m/cte, teniendo en cuenta para el efecto el siguiente tiempo de servicio y factores salariales (fls.

103 a 108):

“(…)

Que de acuerdo a las certificaciones laborales expedidas por diferentes entidades, el peticionario prestó sus servicios al Estado por más de 20 años en las siguientes entidades:

CON CARGO AL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

AÑO	MES	DIA
DESDE MARZO 4/65	1988	9 13
HASTA SEPTIEMBRE 13/88	1965	3 14

	23	6 9

CON CARGO A LA ALCALDIA MUNICIPAL DE SOLEDAD

DESDE MARZO 5/92	1992	8 30
HASTA AGOSTO 30/92	1992	3 5

	00	5 25

CON CARGO AL MUNICIPIO DE BARRANQUILLA

(CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DISTRITAL)

DESDE AGOSTO 6/92	1996	12 31
HASTA DICIEMBRE 31/96	1992	8 6

	4	4 25

CON CARGO DISTRITO DE BARRANQUILLA

(INSTITUTO DISTRITAL DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE)

DESDE ENERO 22/98	1998	6 3
HASTA JUNIO 3/98	1998	1 22

	0	4 11

TOTAL TIEMPO DE SERVICIO AL ESTADO 28 AÑOS 9 MESES – 19 DIAS

(…)

Que, según Registro Civil de nacimiento expedido por el NOTARIO UNICO DE CÍRCULO DE NOTARIAS DE CAMPO DE LA CRUZ, Doctor DIÓGENES BARIOS, el Doctor GUSTAVO ALBERTO AGUILAR JIMÉNEZ, nació el doce (12) de agosto de 1943, hecho del cual se desprende que tiene cumplidos actualmente 55 años de edad.

Que, es procedente reconocer al peticionario una pensión de jubilación mensual vitalicia con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes asistenciales durante el último año de servicio.

$$1. \$758.971.00 \times 229 = \$482.789.88$$

360

$$1998 \quad \$1.339.750.00 \times 131 = \$487.520.13$$

360

\$970.310.01

TIEMPO LABORADO 131 DÍAS

1996 TIEMPO LABORADO 229 DÍAS

SUELDO BÁSICO PROMEDIO \$970.310.01 X 75% = 727.732.50

(...)”.

Dicho Acto administrativo fue notificado personalmente el 16 de septiembre de 1999 (fl. 102).

El 23 de septiembre de 1999, dentro del término legal, interpuso recurso de reposición, el cual no fue resuelto (fls. 16 a 17).

Posteriormente, mediante escrito de 1 de marzo de 2000 solicitó la resolución del recurso interpuesto, sin haber obtenido respuesta (fl. 18).

Definido lo anterior, se abordará el estudio de fondo del asunto planteado en el siguiente orden: (I) De la existencia del acto administrativo ficto negativo; (II) Del régimen pensional general en el sector público; y, (III) Del caso concreto.

De la existencia del acto administrativo ficto negativo

Según el material probatorio obrante dentro del expediente el actor elevó el recurso de reposición contra la Resolución No. 0118 de 1999, el 23 de septiembre del mismo año con el objeto de que se le incluyera dentro del salario base de liquidación pensional los gastos de movilización devengados durante el año 1996.

De conformidad con lo establecido en el artículo 60 del C.C.A., transcurrido un plazo de dos meses, contado a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa.

Por lo anterior, habiendo transcurrido más de dos (2) meses sin que la administración hubiera dado respuesta al recurso de reposición interpuesto por el accionante contra la Resolución No. 0118 de 2 de agosto de 1999, se configura la existencia del acto administrativo ficto negativo en relación con dicha petición, y así se declarará en esta providencia.

Este acto administrativo, según lo establecido en el artículo 135, inciso 1° del C.C.A., agota la vía gubernativa, razón por la cual, podía ser demandado por el interesado, y en cualquier tiempo, según lo establecido en el artículo 136, numeral 3° ibídem.

Por otra parte, se considera innecesaria la declaración de la ocurrencia del silencio administrativo negativo respecto de la petición de 1 de marzo de 2000, pues, se reitera, según lo expuesto anteriormente, procede la declaratoria del mismo fenómeno respecto del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 0118 de 2 de agosto de 1999 y la petición de 1 de marzo de 2000 hace referencia al mismo recurso.

Del régimen pensional general en el sector público

La Ley 6 de 1945, en su artículo 17, literal b), estableció una pensión de jubilación a favor de los empleados y obreros nacionales de carácter permanente que cumplieran 50 años de edad y 20 de servicios continuos o discontinuos.

Posteriormente, el Decreto 3135 de 1968, “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”, en su artículo 27, varió la edad de jubilación de los varones en los siguientes términos:

“Pensión de jubilación o vejez. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio”.

El monto pensional del 75% fue incorporado mediante el artículo 4 de la Ley 4 de 1966, modificando en lo pertinente el literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945.

El artículo 7 del Decreto 1848 de 1969, “Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”, ordenó:

“Las normas de este Decreto y del Decreto 3135 de 1968, que consagran prestaciones sociales, se aplicarán a los empleados públicos nacionales de la rama administrativa del poder público, mientras la ley no disponga otra cosa.”.

El artículo 68 ibídem dispuso:

“Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señalados en el artículo 1° de este Decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad si es mujer.

PARÁGRAFO. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación solamente se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) horas o más. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o labor no llegan al límite mínimo

indicado, el cómputo se hará sumando las horas efectivamente laboradas y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga, se tomará como el de días laborados, los cuales se adicionarán con los de descanso remunerado y de vacaciones remuneradas.”.

Las normas del Decreto 3135 de 1968 sólo se aplicaban al orden nacional. Sin embargo, sus mandatos resaltan el carácter legislativo de la prestación jubilatoria.

Posteriormente, la Ley 33 de 1985 consagró el régimen pensional general para empleados públicos, en los siguientes términos:

Artículo 1°.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (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.

[...]

Esta normatividad, también se ocupó de un Régimen de Transición, así:

“Artículo 1° (...) Parágrafo 2°. 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.”.

Finalmente, en su artículo 25 la Ley 33 de 1985 derogó las disposiciones contrarias, y, específicamente los artículos 27 y 28 del Decreto Extraordinario 3135 de 1968.

Ahora bien, la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, en el artículo 3, consagró un Régimen de Transición en los siguientes términos:

“Art. 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 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.

...”.

Del caso concreto

En el sub exámine es de resaltar que el accionante a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, 30 de junio de 1995 para el sector territorial, acreditaba más de 20 años de servicios al sector público y 50 años de edad.

Adicionalmente, teniendo en cuenta que para la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, 13 de febrero de 1985, acreditaba más de 15 años de servicios, es beneficiario del régimen de transición contemplado en la Ley 33 de 1985. En este tópico dispuso el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985:

“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.”.

Dicha normatividad anterior no es otra que la Ley 6ª de 1945 y las normas que la modificaron y adicionaron hasta antes de la vigencia de la Ley 33 de 1985.

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, en virtud del principio de inescindibilidad se 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 actor debe sujetarse en su totalidad a lo establecido por la Ley 6ª de 1945, y las normas que la modificaron o adicionaron y no hayan sido derogadas.

Específicamente en cuanto al monto de la pensión es preciso tener en cuenta los siguientes aspectos:

Dispuso el artículo 4 de la Ley 4 de 1966:

“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.”.

Por su parte, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 consagró:

“Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran 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 el sub exámine, manifestó el actor, el Fondo accionado no le incluyó como factor salarial para la determinación de su pensión lo devengado durante el año 1996 por “gastos de movilización”.

Con el objeto de analizar dicho cargo, ha de aclararse que recientemente la Sala Plena de esta Sección sostuvo que el listado de factores contenido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 es enunciativo, no taxativo, pues se podrían dejar por fuera otros que por su naturaleza pueden ser susceptibles de incluirse en el ingreso base de liquidación. Al respecto, sostuvo la referida providencia:

“Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se puedan tomar para poder establecer la base de liquidación..

Con base en lo anterior, entonces, esta Sala debe determinar la naturaleza de los “gastos de movilización”, para lo cual se precisa que, de conformidad con lo sostenido por el Consejo de Estado en la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, así como en la Sala de Consulta y Servicio Civil, ha de entenderse por salario las sumas que devengue el trabajador habitual y periódicamente como retribución a sus servicios.

Al respecto, dispuso el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, que:

“Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

(...)”.

Analizada la anterior afirmación frente al caso sub iudice se observa, de las pruebas allegadas por el actor al proceso, que efectivamente durante su vinculación con la Caja de Previsión Social Municipal, de Barranquilla, devengó mensualmente asignación mensual y gastos de representación, así:

- Comunicación de 3 de agosto de 1992 enviada al Señor Aguilar Jiménez por el Gerente de la entidad, en los siguientes términos:

“Me permito comunicarle que mediante DECRETO #086 de la fecha, ha sido nombrado en el cargo de ASESOR JURÍDICO de esta entidad, con una asignación mensual de \$255.285.00 mas \$50.000.00 pesos de Gastos de Movilización.” Subrayas fuera de texto.

- Certificación de 31 de julio de 1997, suscrita por la Secretaria General de la Caja de Previsión Social Distrital de Barranquilla, así:

“El señor (...), laboró en esta entidad en el cargo de Profesional Universitario del Departamento Jurídico, desde el día 6 de Agosto de 1992 hasta el 31 de Diciembre de 1996, última asignación mensual \$758.971.00, más Gastos de Movilización de \$108.120.00.” Subrayas fuera de texto.

Así mismo, obra prueba que en la liquidación pensional que efectuó el Fondo de Pensiones Territorial del Distrito de Barranquilla se tuvieron en cuenta 229 días laborados en el año 1996, al servicio de la Caja de Previsión Social Distrital, y 131 días laborados en el año 1998, al servicio de Distrito de Barranquilla. Por su parte, el salario que fue tenido en cuenta al momento de la liquidación durante los 229 del año 1996 ascendió a la suma de \$758.971,00, es decir, solamente al valor de la asignación mensual, de conformidad con la certificación anteriormente mencionada.

A su turno se deduce que durante los días de 1996 que se tuvieron en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación, efectivamente, no se le sumó el valor de lo devengado por “gastos de movilización”. De igual forma se puede concluir que dicha suma la devengada el actor de forma periódica y habitual.

Resta entonces por determinar si dicha retribución lo era como contraprestación directa del servicio. Frente a este aspecto, resalta la Sala, el actor no allegó prueba del instrumento legal en

virtud del cual era beneficiario del referido pago; sin embargo, adjuntó copia de la Resolución por la cual se le reliquidaron sus prestaciones sociales al momento del retiro de la Caja de Previsión Social Distrital, en la que se le reajustaron los valores concedidos por las mismas, en atención a la inclusión del estudiado factor. Así:

“RESOLUCIÓN No. 039 de 30 de abril de 1997

(...)

Que el señor Gustavo Aguilar Jiménez, interpuso recurso de reposición dentro del término, contra la Resolución Numeros (sic) 1038 y 1054 del 31 de Diciembre de 1996, a fin de que se corrigiera el número de la cédula de ciudadanía, la fecha de vinculación inicial a la Caja de Previsión Social Distrital de Barranquilla, e igualmente que se tengan en cuenta los gastos de movilización para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

(...)

QUE Para la liquidación de las prestaciones sociales del señor Gustavo Aguilar Jiménez, se debió tener en cuenta los gastos de movilización, los cuales al momento de su desvinculación, fue la suma de \$108.420 mensuales, por lo que lo que (sic) es procedente corregir los valores a pagar de la Resolución 1054 del 31 de Diciembre de 1996.

(..)”.

Dicha prueba permite considerar que efectivamente los “gastos de movilización” constituyen factor para la liquidación de sus prestaciones, entre ellas de la pensión de jubilación; razón por la cual se ordenará que sea tenido en cuenta como parte del salario durante los días del año 1996 que formaron parte del ingreso base de liquidación de su pensión de jubilación.

El reajuste pensional que como consecuencia de la inclusión de dicho factor en el salario devengado durante al año 1996 deba hacer la accionada en virtud de la presente providencia, será efectivo a partir del 4 de junio de 1998, fecha a partir de la cual se le reconoció la prestación económica objeto de la presente acción.

Ahora bien, el hecho de que el factor referido no haya servido de base para calcular los aportes para pensión no es óbice para su inclusión en la liquidación, sin perjuicio de que la parte accionada efectúe el descuento respectivo.

El pago del reajuste pensional que resulte a favor del actor se actualizará en su valor, de conformidad con el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por concepto de mesadas pensionales y adicionales desde el 4 de junio de 1998, por el guarismo que resulta 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 para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada pensional y adicional teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellas.

En consecuencia, la Sala revocará parcialmente la decisión del Tribunal en cuanto negó las súplicas de la demanda, para en su lugar:

Declarar la inhibición para efectuar un pronunciamiento de fondo sobre la existencia del acto ficto negativo producto de la falta de respuesta a la petición de 1 de marzo de 2000;

Declarar la existencia del acto ficto negativo producto de la falta de respuesta al recurso de reposición interpuesto, el 23 de septiembre de 1999, contra la Resolución No. 0118 de 2 de agosto de 1999;

Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 0118 de 2 de agosto de 1999 y del anterior acto ficto negativo; y, en consecuencia, ordenar la inclusión del factor “gastos de movilización” en el ingreso base de liquidación pensional por el periodo del año 1996 que le sirvió de sustento; y, en consecuencia, el reajuste de la pensión a que haya lugar a partir del 4 de junio de 1998.

Y, finalmente, se confirmará en los demás el fallo recurrido.

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 enero de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en cuanto negó las súplicas de la demanda formulada por Gustavo Alberto Aguilar Jiménez contra el Fondo Territorial de Pensiones de Barranquilla – Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla. En su lugar;

DECLÁRASE la Sala inhibida para efectuar un pronunciamiento de fondo sobre la existencia del acto ficto negativo producto de la falta de respuesta a la petición de 1 de marzo de 2000.

DECLÁRASE la existencia del acto ficto negativo producto de la falta de respuesta al recurso de reposición, presentado el 23 de septiembre de 1999, contra la Resolución No. 0118 de 2 de agosto de 1999.

DECLÁRASE la nulidad parcial de la Resolución No. 0118 de 2 de agosto de 1999, por proferida por el Gerente General del Fondo de Pensiones Territorial del Distrito de Barranquilla adscrito al Fondo de Pasivos de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, en cuanto no tuvo en cuenta como factor de liquidación pensional para el periodo del año 1996 los “gastos de movilización” devengados por el señor Gustavo Alberto Aguilar Jiménez; y, la nulidad del acto ficto negativo producto de la falta de respuesta al recurso de reposición interpuesto contra la anterior.

CONDÉNASE al Fondo Territorial de Pensiones de Barranquilla – Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, a incluirle dentro de la base pensional a Gustavo Alberto Aguilar Jiménez los “gastos de movilización” devengados durante el periodo referente al año 1996, y a

pagarle los reajuste pensionales a que haya lugar a partir del 4 de junio de 1998, teniendo en cuenta la fórmula de actualización indicada en la parte motiva de esta providencia.

Lo anterior, sin perjuicio de que efectúe los descuentos que por cotización sobre dicho factor haya lugar.

CONFÍRMASE en lo demás el fallo recurrido.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

