

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”

CONSEJERO PONENTE: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., veintidós (22) de julio de dos mil catorce (2014)

Expediente: 190012331000200800269 01

Referencia: 1487-2011

Actor: MYRNA OLIVA MERA PALOMINO

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 14 de abril de 2011, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Cauca accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda promovida por MYRNA OLIVA MERA PALOMINO contra la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP.

ANTECEDENTES

La señora Myrna Oliva Mera Palomino, actuando a través de apoderada judicial, y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, artículo 85 del Decreto 01 de 1984, solicitó del Tribunal Administrativo del Cauca la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 007854 de 20 de abril de 1998, a través de la cual la Subdirección General de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, ordenó a su favor el reconocimiento y pago de una prestación pensional por jubilación.
- Resolución No. 39031 de 21 de noviembre de 2005, por la cual la Gerencia General de la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, ordenó reliquidar la prestación pensional reconocida previamente en la Resolución No. 007854 de 1998.

Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad demandada a reliquidar la pensión que viene percibiendo en un monto igual al 75% “del sueldo mensual más alto y de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio” en virtud a lo dispuesto en el régimen en el Decreto 546 de 1971.

De igual forma se solicitó el pago de \$ 7.493.000.00 pesos por concepto de daños económicos irrogados a la accionante, con ocasión de las costas y agencias en derecho que tuvo que pagar dentro de un proceso ejecutivo singular adelantado en su contra.

Así mismo, pidió el reconocimiento y pago de los perjuicios fisiológicos, daño a la vida de

relación, ocasionados por el reconocimiento y pago irregular de la prestación pensional que viene percibiendo, lo que trajo consigo no sólo la imposibilidad de desarrollar una vida social activa sino también el disfrute de ciertas actividades en beneficio de su familia.

Adicionalmente, solicitó el pago de los perjuicios morales ocasionados por el hecho de no haberse incluido en su base de liquidación la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio conforme lo indica el régimen pensional especial de la Rama Judicial.

Y finalmente, solicitó que las sumas resultantes de las distintas condenas sean ajustadas conforme a los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Los hechos de la demanda se resumen así:

Según lo expresado en el escrito de la demanda, la accionante laboró en el Ministerio de Educación Nacional y, con posterioridad, en la Fiscalía General de la Nación, durante 8.521 días.

En concreto, se manifestó que, la demandante prestó sus servicios en la Fiscalía General de la Nación, entre el 31 de mayo de 1989 y el 11 de agosto de 1998, esto es, hasta el momento en que le fue aceptada su renuncia con el fin de disfrutar de la prestación pensional que le había sido reconocida.

Se precisó que, la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, mediante Resolución No. 007854 de 1998 ordenó el reconocimiento y pago a favor de la accionante de una prestación pensional por jubilación en cuantía de \$ 301.338.80 pesos.

No obstante lo anterior, y a petición de la accionante, la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, mediante Resolución No. 39031 de 2005, dispuso la reliquidación de la prestación pensional que venía percibiendo en cuantía de \$ 350.955.50 pesos, pero en todo caso sin tener en cuenta factores como la prima de navidad, de vacaciones, servicios, subsidio de transporte, bonificación de servicios y alimentación.

En relación con este último acto administrativo fue interpuesto el recurso de reposición. Sin embargo, se precisó en la demanda que, a la fecha, la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, no ha dado respuesta al referido recurso.

Se manifestó que, de acuerdo a lo previsto en el Decreto 717 de 1978 son factores salariales las primas de servicio, navidad y demás bonificaciones percibidas, las cuales deben tenerse en cuenta al momento de establecer el ingreso base de liquidación de una prestación pensional.

Así las cosas, se concluyó que la accionante, en su condición de empleada de la Rama Judicial, tenía derecho a disfrutar de una prestación pensional en las condiciones previstas en los Decretos 546 de 1971 y 717 de 1978, esto es, en cuantía del 75% de la asignación más elevada que hubiese devengado en el año inmediatamente anterior a su retiro, circunstancia que no se observa en el caso concreto lo que da lugar a una clara violación a su derecho a la seguridad social y al principio de la dignidad.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se citan como normas vulneradas las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 2, 6, 13, 23, 25, 29, 48, 53 y 85; de la Ley 4 de 1966, los artículos 1 y 4; de la Ley 57 de 1978, el artículo 5; de la Ley 33 de 1985, el artículo 2; de la Ley

62 de 1985, el artículo 2; la Ley 71 de 1988; de la Ley 100 de 1993, los artículos 11, 34 y 36; del Decreto 3135 de 1968, el artículo 27; del Decreto 1848 de 1969, el artículo 73; del Decreto 546 de 1971, el artículo 6; del Decreto 717 de 1978, los artículos 12 y 123; del Decreto 1045 de 1978, el artículo 45; el Decreto 1160 de 1989; el Decreto 691 de 1994 y del Decreto 2527 de 2000, los artículos 6, 272 y 288.

Al explicar el concepto de violación en la demanda se sostiene que, la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL, no aplicó correctamente el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al caso de la actora. En efecto, dicha norma preceptúa que las personas que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, tengan 35 años o más si son mujeres, y 40 o más si son hombres, les sería aplicable el régimen anterior al cual se encontraran afiliados, que para el caso de la accionante era el previsto en el Decreto 546 de 1971.

Bajo este supuesto, la liquidación de la pensión de la demandante como servidora de la Fiscalía General de la Nación debió hacerse de conformidad con lo previsto en los Decretos 546 de 1971 y 717 de 1978 esto es, con base en la asignación mensual más elevada del último año de labores, y no como lo hizo la Caja Nacional de Previsión al tener en cuenta el promedio de lo devengado en el último año.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL, contestó la demanda con los siguientes argumentos (fls. 218 a 224, cuaderno No. 2):

Recordó la entidad demandada que, con la expedición del Decreto 902 de 1969 se consideró la necesidad de establecer un régimen pensional especial para los servidores de la Rama Judicial, el cual en principio estuvo previsto en el artículo 1 del Decreto 902 de 1969.

No obstante lo anterior, se explicó que con posterioridad mediante Decreto 546 de 1971 se estableció en forma definitiva el referido régimen pensional especial a favor de quienes, de manera continua o discontinua, hubieran laborado al servicio de la Rama Judicial por 10 años, acumulando 20 años de servicio y 50 o 55 años de edad para el caso de las mujeres y hombres, respectivamente.

Sostuvo que, si bien es cierto la señora Myrna Oliva Mera Palomino era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al contar con más de 35 años a la entrada en vigencia de la referida norma, también lo es que al no haber laborado por más de 10 años al servicio de la Rama Judicial no resultaba beneficiaria del régimen pensional especial previsto en el Decreto 546 de 1971.

Bajo estos supuestos, precisó la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, la señora Myrna Oliva Mera Palomino al haber adquirido su estatus pensional tenía derecho al reconocimiento de una prestación pensional de jubilación de acuerdo a lo previsto en la Ley 33 de 1985, esto es en cuantía igual al 75% del promedio de todo lo devengado en el año inmediatamente anterior a su retiro del servicio.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Cauca, accedió a las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos (fls. 273 a 302, cuaderno No.1):

Se refiere en primer lugar a que, no había duda de que la señora Myrna Oliva Mera Palomino resultaba beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dado que, a la entrada en vigencia de la referida norma, esto es, el 1 de abril de 1994, ella contaba con más de 50 años de edad y 20 de servicio, ya que su nacimiento había sido registrado el 6 de junio de 1943 y su ingreso laboral el 1 de enero de 1966.

Bajo este supuesto, sostuvo el Tribunal a la accionante le era aplicable el régimen pensional anterior al previsto en la Ley 100 de 1993, que para el caso concreto, dada la condición de la actora como empleada de la Rama Judicial era el previsto en el Decreto 546 de 1971. Empero, se precisó en la sentencia que, la demandante no reunía la totalidad de los requisitos exigidos por el referido Decreto para efectos de reconocérseles una prestación pensional de jubilación toda vez que, no contaba con 10 años de servicio continuos o discontinuos al servicio de la Rama Judicial.

Así las cosas, el Tribunal estimó acertado el reconocimiento de la prestación pensional a la demandante bajo las previsiones de la Ley 33 de 1985 dado que, como había quedado visto en precedencia, esta era beneficiaria del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993.

En punto de la liquidación del monto de la pensión reconocida se sostuvo que, en aplicación del criterio jurisprudencial adoptado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 4 de agosto de 2010, el ingreso base de liquidación de la pensión reconocida a la señora Myrna Oliva Mera Palomino debía incluir la totalidad de lo devengado en el último año en que prestó sus servicios a la Fiscalía General de la Nación.

En este punto, manifestó el a quo que en la reliquidación de la prestación pensional de la señora Oliva Mera Palomino deberán tenerse en cuenta los factores sobre los cuales acreditó su cotización o, con posterioridad, el respectivo descuento, esto con el fin de salvaguardar el equilibrio financiero del sistema pensional.

Finalmente, el Tribunal negó las pretensiones orientadas a obtener una indemnización por los supuestos perjuicios fisiológicos y daños morales ocasionados con la negativa de reconocerle una prestación pensional conforme lo dispuesto en el Decreto 546 de 1971 dado que, como quedó visto, la misma no era beneficiaria del régimen pensional especial dispuesto para los servidores de la Rama Judicial, en ese entonces.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído, con base en los argumentos que se pasan a resumir (fls. 310 a 313, cuaderno No.1):

Sostiene la parte recurrente que, en la prestación pensional reconocida y reliquidada a favor de la accionante se tuvieron en cuenta los factores constitutivos de salario, taxativamente señalados en la Ley 62 de 1985, entre los cuales no se incluye el subsidio de transporte, de alimentación y las primas de navidad, de servicios y vacaciones, según puede verse en el artículo 1 ibídem.

Bajo este entendido se precisó que, a la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, no le está dado reliquidar la prestación pensional de la accionante, teniendo en cuenta factores ajenos a los señalados en la Ley 62 de 1985 y sobre los que no se han realizado los aportes exigidos por la Ley.

Se manifestó que, la Ley 797 de 2003 expresamente señala la necesidad de una correlación entre

el monto de la pensión y las cotizaciones que el trabajador efectuó durante toda su vida laboral, como garantía a la sostenibilidad del sistema pensional.

Bajo estos supuestos, la parte demandada solicitó se revocara la sentencia apelada y, en consecuencia, fueran negadas las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Consiste en decidir si procede la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora Myrna Oliva Mera Palomino, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, con observancia de la tesis jurisprudencial vigente sobre la aplicación de la Ley 33 y 62 de 1985.

Cuestión previa

El artículo 18 de la Ley 446 de 1998, le impone a los jueces la obligación de proferir sentencias en el orden en que cada uno de los procesos que han venido tramitando hayan pasado al despacho para tal efecto, sin que haya lugar a alterarse dicho orden. Así se observa en la citada norma:

“(…) ARTICULO 18. ORDEN PARA PROFERIR SENTENCIAS. Es obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal. Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden también podrá modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos o a solicitud del agente del Ministerio Público en atención a su importancia jurídica y trascendencia social. (…).”.

No obstante lo anterior, el legislador mediante la Ley 1285 de 22 de enero de 2009, por la cual se reformó la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, en su artículo 16 estableció la posibilidad de que el Consejo de Estado, en sus Salas o Secciones, sometieran a estudio y aprobación los proyectos de sentencia con carácter preferente, esto es, sin atender el estricto orden de entrada al despacho, cuando la decisión adoptada entrañe únicamente reiteración de su jurisprudencia.

Para mayor ilustración, se transcriben los apartes pertinentes del artículo 16 de la Ley 1285 de 2009:

“(…) Los recursos interpuestos ante la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o el Consejo Superior de la Judicatura, cuya resolución íntegra entrañe sólo la reiteración de jurisprudencia, podrán ser decididos anticipadamente sin sujeción al orden cronológico de turnos.

Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia, las Salas o las Secciones del Consejo de Estado, la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura; las Salas de los Tribunales Superiores y de los Tribunales Contencioso-Administrativos de Distrito podrán determinar un orden de carácter temático para la elaboración y estudio

preferente de los proyectos de sentencia; para el efecto, mediante acuerdo, fijarán periódicamente los temas bajo los cuales se agruparán los procesos y señalarán, mediante aviso, las fechas de las sesiones de la Sala en las que se asumirá el respectivo estudio. (...).”.

Así las cosas, teniendo en cuenta que este Despacho mediante sentencias de 8 de mayo de 2014. Rad. 0726-2013; 14 de febrero de 2013. Rad. 1048-2012; 20 de julio de 2010. Rad. 0754-2010 y 5 de noviembre de 2009. Rad. 0534-2008. M.P. Gerardo Arenas Monsalve, ya ha resuelto asuntos cuyo problema jurídico guarda identidad con el que hoy formula la parte demandante, la Sala en el caso concreto, entrará a desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 14 de abril de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, sin atender el orden y fecha en que el presente asunto entró para fallo al despacho que sustancia esta causa.

Del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispuso:

“ARTICULO 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 años 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.

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 los devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos. ...”.

Conforme a la norma transcrita, quienes para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior al cual se hallaban afiliados, esto es, en cuanto a la edad para acceder a la pensión de jubilación, al tiempo de servicio y al monto de la prestación.

Para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la demandante se hallaba dentro del régimen de transición, pues reunía los dos presupuestos exigidos en la referida norma, a saber, contaba con más de 26 años de servicios al Estado y 50 años de edad, esto último, toda vez que su nacimiento se registró el 6 de julio de 1943 y su ingreso al servicio público el 1 de enero de 1966 (fls. 29 y 30, cuaderno No. 2).

En ese sentido el régimen pensional anterior, esto es, la Ley 33 de 1985, aplicable al caso

concreto, dispuso en su artículo 1, que el empleado oficial tendrá derecho al pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio base para los aportes durante el último año de servicio, siempre que preste o haya prestado 20 años continuos o discontinuos de servicios y tenga 55 años de edad; esta norma derogó el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, que disponía que la pensión sería equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

Señaló, además, los factores que deben servir para determinar la base de liquidación de los aportes, así:

“ARTICULO 3o. 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 su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de 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; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

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

Esta disposición fue modificada por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, que, a su vez, derogó el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, y en cuanto a factores salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación estableció:

“ARTÍCULO 1. 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.”.

La Ley 33 de 1985 en su artículo 1 dispuso que la regulación general no se aplicaría a los empleados oficiales que desarrollaran actividades que por su naturaleza justificaran la excepción que la ley para el caso determine expresamente, ni a aquellos que por ley disfrutaran de un régimen especial de pensiones.

Del régimen pensional previsto en el Decreto 546 de 1971.

El Decreto 546 de 1971, por el cual se estableció un régimen especial a favor de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, dispuso que la liquidación de la

pensión de jubilación se haría en la forma ordinaria establecida para los empleados de la Rama Administrativa del Poder Público, salvo que hubieren prestado sus servicios por lo menos 10 años en la Rama Jurisdiccional o en el Ministerio Público o en ambas.

En efecto, el artículo 6 estableció:

“**Artículo 6º.** Los funcionarios y empleados a que se refiere este decreto, tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres, y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas.”.

Así, en aplicación de la Ley 33 de 1985, los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público tenían derecho a una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, a menos que por un lapso de 10 años hubieren laborado en la Rama Jurisdiccional y/o en el Ministerio Público pues, teniendo éstos un régimen especial, continúan con el derecho a disfrutar de una pensión igual al 75% de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicios.

El artículo 12 del Decreto 717 de 1978, fijó los factores que constituyen salario, con el siguiente tenor:

“Artículo 12. **De otros factores de salario.** Además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

Los gastos de representación.

La prima de antigüedad.

El auxilio de transporte.

La prima de capacitación.

La prima ascensional.

La prima semestral.

Los viáticos percibidos por los funcionarios y empleados en comisión en desarrollo de comisiones de servicio.”.

En este orden de ideas, la asignación mensual más elevada para determinar la base de la pensión de jubilación en el régimen especial de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público incluye la asignación básica mensual fijada por la ley para el empleo y todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley.

Sobre este tema la Sección Segunda de esta Corporación, en sentencia de 28 de octubre de 1993,

Magistrada Ponente Dolly Pedraza, radicación No.5244, expresó:

“De manera que por virtud de la ley 33 de 1985, los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional y del ministerio público hoy tienen derecho a una pensión de jubilación equivalente al "75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios", a menos que por un lapso de diez años o más hubieren laborado en la rama jurisdiccional y o en el ministerio público, pues teniendo entonces éstos un régimen especial, continúan con el derecho de disfrutar de una pensión igual, al "75% de la asignación mensual más elevada que hubieren devengado en el último año de servicios" en las citadas actividades.

Y por asignación mensual debe entenderse no sólo la remuneración básica mensual, sino todo, lo que el funcionario o empleado percibe por concepto de salario, es decir, todo lo que devengue como retribución de sus servicios.

El artículo 12 del Decreto 717 de 1978 señala algunos factores de salario para la rama jurisdiccional y el ministerio público, pero establece un principio general: además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el funcionario o empleado como retribución de sus servicios de manera que los factores allí señalados no pueden tomarse como una relación taxativa, pues de hacerlo quedaría sin significación el principio general.

Entonces, "la asignación mensual más elevada para efecto de determinar la base de la pensión de jubilación al régimen salarial de los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional y del ministerio público, incluye la asignación básica mensual fijada por la ley para el empleo y todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios a menos claro está, que se trate, de un factor expresamente excluido por la ley, como la prima para jueces y magistrados de la rama y algunos funcionarios del ministerio público, creada por la ley 4a. de 1992.”.

Con base en estos criterios, pasa la Sala a examinar si en el caso concreto la accionante tiene derecho al reconocimiento de una prestación pensional de jubilación conforme a lo dispuesto en el Decreto 546 de 1971 o, en su defecto, en la Ley 33 de 1985, bajo las siguientes consideraciones.

Del caso concreto

Advierte la Sala que, del material probatorio allegado al proceso, la señora Myrna Oliva Mera Palomino acumuló más de 20 años de servicio para efectos del reconocimiento de una prestación pensional de jubilación, en los siguientes términos:

- “- Del 1 de enero de 1966 al 31 de diciembre de 1967; en la Escuela Rural Chinas – Páez.
 - Del 1 de enero de 1967 al 31 de diciembre de 1967; en la Escuela Rural el Rincón- Páez.
- Del 1 de enero de 1971 al 30 de diciembre de 1975; en la Escuela Rural la Aurora- Páez.
- Del 1 de enero de 1976 al 30 de julio de 1984; en la Gobernación del Cauca.
- Del 1 de junio de 1989 al 30 de agosto de 1998; en la Rama Judicial.”. (fls. 30 a 34 y 43, cuaderno No.2).

No obstante lo anterior, debe decirse que de esos 20 años de servicio sólo 9 años y 3 meses

fueron laborados al servicio de la Rama Judicial lo que, tal y como lo estimó el Tribunal, le impedía a la señora Myrna Oliva Mera Palomino disfrutar de una pensión de jubilación conforme el régimen pensional especial previsto en el artículo 6 del Decreto 546 de 1971, dado que la referida norma además de la edad exigida para las mujeres, esto es, 50 años, requería 10 años de servicios continuos o discontinuos en la Rama Judicial, para efectos del reconocimiento prestacional, los cuales, se repite, no fueron acreditados por la accionante.

Lo anterior, en todo caso estima la Sala no impide que la señora Myrna Oliva Mera Palomino pueda disfrutar de una prestación pensional de jubilación dado que, como se probó en el curso del proceso, ésta logró acumular más de 20 años de servicio y 50 de edad lo que la hacía beneficiaria del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, en consecuencia, posibilitaba la aplicación de la Leyes 33 y 62 de 1985 a su caso particular.

En efecto, no hay duda de que al no resultar beneficiaria del régimen pensional especial previsto en otrora para la Rama Judicial, la señora Myrna Oliva Mera Palomino tenía derecho a percibir una prestación pensional en los términos del artículo 1 de la Ley 33 de 1985.

Ahora bien, en relación con la liquidación de la referida prestación pensional estima la Sala que la demandante tenía derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación, a partir del momento en que adquirió su estatus pensional, de acuerdo a lo previsto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, “equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”.

En este punto, debe indicarse que la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, al reconocer la prestación pensional de jubilación a la accionante, a través de la Resolución No. 007854 de 20 de abril de 1998, únicamente tuvo en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación de la referida prestación pensional la asignación básica que devengaba y la bonificación por servicios prestados.

Así se observa en el referido acto administrativo (fls. 21 a 23, cuaderno No. 2):

“(…) Que de acuerdo con las Leyes 33 y 62 de 1985 aplicando el 75.00% sobre el salario promedio de 12 meses, se determina la cuantía de la pensión, así:

FACTOR	VALOR
Asignación Básica	\$ 4.616.484.00
Bonificación Servic. Prestados	<u>\$ 204.938.00</u>
	\$ 4.821.422.00

TOTAL FACTORES

Promedio: \$ 401.785.17 x 75.00% = \$301.338.88 (...).”.

En este mismo sentido, a folio 24 del cuaderno No. 2 del expediente figura copia de la Resolución No. 39031 de 21 de noviembre de 2005 a través de la cual la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, dispuso la reliquidación de la prestación pensional de la accionante teniendo en cuenta la asignación básica y la bonificación por servicios prestados

correspondientes a 1998 y no a 1996, como erróneamente lo había hecho en la Resolución No. 007854 de 20 de abril de 1998.

Para mayor ilustración se transcriben los partes relevantes, para el caso concreto, de la citada Resolución No. 39031 de 2005, (fls. 24 27, cuaderno No. 2):

“(…) Que de conformidad con las leyes 33 y 62 de 1985 aplicando el 75% sobre el salario promedio devengado en el último año de servicio, se determina la cuantía de la pensión:

FACTORES	VALOR
Asignación Básica - 1998	\$ 5.377.560.00
Bonificación Servc. Prestados – 1998	<u>\$ 237.728.00</u>
TOTAL = \$ 5.615.288.00	

Pensión: (\$ 467.940.67 x 75%) = \$350.955.50 (…).”.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal en consonancia con la tesis mayoritaria de la Sala, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 201

. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, ordenó que en la liquidación de la prestación pensional de la accionante se tuvieran en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por la demandante durante el último año de servicio, y que de manera injustificada habían sido excluidos por parte de la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, entre ellos, subsidio de transporte, de alimentación las primas de navidad, servicios y vacaciones así como la bonificación por servicios prestados (fl. 41, cuaderno No. 2).

En este último punto, y en consonancia con lo dispuesto por el Tribunal, cabe decir, que en virtud a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1 de la Ley 62 de 1985, la liquidación de la pensión debe estar de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, regla a la que están obligados todos los servidores públicos, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional. Lo anterior significa, que si no han sido objeto de descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes.

Tal ha sido la filosofía del Legislador, que actualmente se ha elevado a rango constitucional a través del Acto Legislativo 1 de 2005, en el sentido de establecer que para efectos de la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Máxima que implica a partir del año de 2005 que sobre todos los factores que constituyen base para liquidar la pensión deban realizarse los respectivos aportes, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional.

Finalmente, dirá la Sala que tal y como se manifestó en la sentencia recurrida, en el caso concreto, hay lugar a la aplicación del término trienal de prescripción, previsto en el Decreto 1848 de 1969, sobre las diferencias originadas en la reliquidación de la prestación pensional que viene percibiendo la demandante, con anterioridad al 14 de agosto de 2000 dado que la señora Myrna Oliva Mera Palomino radicó su solicitud de reliquidación de la citada prestación pensional el 14 de agosto de 2000 (fls. 45 a 48 5 a 8, cuaderno No. 2).

Así las cosas, la Sala encuentra que la parte actora logró desvirtuar la presunción de legalidad que recae sobre los actos administrativos demandados, y en consecuencia confirmará la sentencia de 14 de abril de 2011 mediante la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la presente demanda.

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,

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia de 14 de abril de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda promovida por MYRNA OLIVA MERA PALOMINO contra la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN (E)



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de agosto de 2019

