

RELIQUIDACION JUBILACIÓN ICA INCLUSIÓN FACTORES – Solicitud procedente /
PENSION DE JUBILACIÓN – Normas, clases de reconocimiento, régimen general,
excepciones, transacción /

El demandante prestó sus servicios en el Instituto Colombiano Agropecuario hasta diciembre 31 de 1997 y en diferentes oportunidades presentó solicitudes pensionales a la Caja Nacional de Previsión Social. Frente a la decisión administrativa adoptada para resolver su petición sobre inclusión de factores no estuvo conforme y ha demandado. El 5 de octubre de 1998 el actor solicitó a la entidad la reliquidación de su pensión de jubilación o revisión de la liquidación definitiva, con el fin de que dicha prestación fuera elevada a la suma de \$1.975.545, que resulta de tener en cuenta todos los factores salariales devengados durante el período base de liquidación que señala el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994 a la fecha de retiro es decir 31 de diciembre de 1997). (folios 87 a 88). Por Auto número 103307 del 1° de junio de 1999 (acto acusado), el Subdirector General de Prestaciones Económicas de la entidad ordenó el archivo del expediente, luego de considerar que la liquidación de la pensión contenida en la Resolución número 19600 del 30 de junio de 1998 se hizo conforme a derecho, esto es, aplicando el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994. Y se observa que este último acto administrativo es el acusado en este proceso. Aclaración previa. Inicialmente se advierte que en la demanda se acusa en nulidad el Auto número 103307 del 1° de junio de 1999, por el cual se ordenó el archivo del expediente administrativo; por tanto, en el fondo no resolvió la reclamación formulada, de reliquidación pensional para inclusión factores.. En estos casos, salvo situación especial, la Jurisdicción ha admitido que como se trata de una prestación periódica es posible formular reclamaciones en sede administrativa que deben ser desatadas, salvo situaciones especiales que deben ser precisadas. La administración omitió señalar los recursos procedentes contra el acto que ahora se acusa en sede jurisdiccional y esta circunstancia es la que permite al actor demandar directamente el acto correspondiente, vale decir, sin haber agotado la vía gubernativa. Como lo sostuvo el A-quo, teniendo en cuenta que al demandante lo cobija el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el reconocimiento de la pensión debe realizarse teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicio y el monto de la prestación señalados en las Leyes 33 y 62 de 1985, sin que sea dable remitirse en alguna de esas materias al nuevo régimen pensional general de que trata la Ley 100 de 1993 o con otro alcance respecto del régimen de transición. Se insiste que los factores computables para efectos pensionales para el caso son los señalados en las Leyes 33 y 62 de 1985, en concordancia con la Ley 71 de 1988 y su reglamentario, el Decreto 1160 de 1989, por lo que cuando la ley señala que se deben tener en cuenta los "devengados" se entiende que son aquellos que correspondan a los factores que la ley determina para tal objetivo durante el lapso correspondiente. Otros factores percibidos no son computables bajo el entendimiento de este régimen "general", aunque se anota que en algunos regímenes pensionales "especiales" es posible su cómputo cuando ellos lo

permiten. Del derecho pensional discutido. Conforme a las consideraciones anteriores, el empleado oficial que cumpla los requisitos del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 debe ser objeto del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, pero teniendo en cuenta los factores señalados en la Ley 62 de 1985. Al respecto, cabe anotar que como quiera que ciertos conceptos se reconocen y pagan anualmente, para efectos de determinar la base de liquidación lo procedente es tomar las doceavas partes de éstos.

NOTA DE RELATORIA: Sentencia de junio 7 de 1980. Consejo de Estado, sentencia del 28 de octubre de 1993, expediente 5244, M.P. Dolly Pedraza de Arenas. Sentencia C-168 de 1995, Corte Constitucional. Consejo de Estado, sentencia del 21 de septiembre de 2000, expediente número 470-99, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"

Consejero ponente: TARSICIO CÁCERES TORO

Bogotá, D.C., cuatro (04) de noviembre de dos mil cuatro (2004)

Radicación número: 25000-23-25-000-1999-5763-01(3204-02)

Actor: JOSÉ GUILLERMO SUÁREZ MONTES

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 7 de febrero de 2002 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, en el expediente número 99-5763, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES :

LA PRIMERA INSTANCIA Y SU TRÁMITE

LA DEMANDA. El señor JOSÉ GUILLERMO SUÁREZ MONTES, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda el 30 de agosto de 1999 contra la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL, solicitando la nulidad del Auto número 103307 del 1° de junio de 1999, mediante la cual el Subdirector General de Prestaciones Económicas de esa entidad negó la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida al actor.

A título de restablecimiento solicitó que se ordene a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL reconocer y pagar una pensión de jubilación al actor equivalente a \$1.975.545, es decir, con inclusión de todos los factores salariales devengados y no con base en el ingreso base de cotización (según lo dispone el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993), a partir del 1° de enero de 1998, con los reajustes de ley, las diferencias de valor a que haya lugar y el ajuste de valor ordenado en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Por último solicitó que se dispusiera dar cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 176 y 177 ibídem.

Hechos: Se mencionan a folio 8 del expediente.

Normas violadas y concepto de violación. Los artículos 2, 6, 13, 25, 53 y 58 de la Constitución Nacional; 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 y 150 del Código Contencioso Administrativo. Adicionalmente, señala que en el auto acusado se incurre en falsa motivación, por cuanto la entidad aplicó el Decreto 1158 de 1994, cuando ha debido aplicar los artículos 36 y 150 de la Ley 100 de 1993 (folios 10 a 13).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. LA CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en los argumentos que obran a folios 25 a 27 del expediente.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA El A-quo (1) declaró la nulidad del auto acusado y (2) a título de restablecimiento del derecho ordenó a la entidad demandada efectuar una nueva reliquidación de la pensión de jubilación del actor, equivalente al 75% del promedio de salarios devengados en el año 1997, incluyendo como factores la asignación básica, el incremento por antigüedad, la prima técnica, la bonificación por servicios prestados, la prima de vacaciones, la prima de servicios, la prima de navidad y el quinquenio; suma que se reconocerá a partir del 1° de enero de 1998 y se pagará con los reajustes anuales; (3) se pagarán las diferencias de valor a que haya lugar, descontando los valores correspondientes a los aportes no efectuados; (4) La condena se ajustará al valor, se pagarán intereses conforme al 177 y se cumplirá al tenor del art. 176 del C. C. A.; (5) Ordena devoluciones que procedan y archivo del expediente. Al respecto consideró :

Como quiera que al demandante lo cobija el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el reconocimiento de la pensión debe realizarse teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicio y el monto de la prestación señalados en el régimen anterior que, en este caso, corresponde al previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985.

En relación con los factores salariales que deben tenerse en cuenta, aclaró que, según reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado relacionada con regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993, deben tenerse como tales todos los dineros devengados con ocasión de la relación laboral y como retribución de los servicios prestados, a menos que exista una ley que expresamente le reste ese carácter a alguno en particular; por tanto, concluye que la enumeración del artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no es taxativa, máxime si se advierte que en su inciso segundo admite la existencia de otros factores (folios 102 a 117).

APELACIÓN DE LA SENTENCIA. La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal, pero sólo en cuanto a que el cálculo de la pensión se debe efectuar sobre los mismos factores que sirvieron de base para aportar o cotizar a la entidad de previsión y que, como quiera que el actor no cotizó para pensión sobre los factores que reclama, éstos no deben incluirse.

LA SEGUNDA INSTANCIA. El recurso se admitió y se ha cumplido el trámite de la instancia. Ahora, al no observar causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, la Sala procede a decidir la controversia, conforme a las siguientes

CONSIDERACIONES :

En el proceso se discute la legalidad del Auto número 103307 del 1° de junio de 1999, mediante la cual la Subdirectora General de Prestaciones Económicas de la CAJA NACIONAL DE

PREVISIÓN SOCIAL negó la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida al actor. El A-quo accedió a las súplicas de la demanda, mediante decisión que fue parcialmente apelada por la entidad demandada. Compete ahora decidir el recurso interpuesto.

Para resolver se analizan los siguientes aspectos relevantes:

Información preliminar

El demandante prestó sus servicios en el Instituto Colombiano Agropecuario hasta diciembre 31 de 1997 y en diferentes oportunidades presentó solicitudes pensionales a la Caja Nacional de Previsión Social. Frente a la decisión administrativa adoptada para resolver su petición sobre inclusión de factores no estuvo conforme y ha demandado.

1. Del anterior régimen pensional general.

Distintas disposiciones regulan la prestación pensional, las cuales tienen un marco de aplicación según el tiempo y las entidades a las cuales se prestó el servicio. A continuación, la Sala se refiere a ellas.

La Ley 6ª de 1945. En materia pensional reguló esta prestación para los servidores públicos nacionales. Posteriormente, en aplicación de otros mandatos, se extendió a los del orden territorial. Se advierte que se dejó de aplicar a los empleados nacionales con la aparición del Decreto Ley 3135 de 1968 que reguló para ellos la materia. Y, los territoriales, en general, dejaron de estar sometidos a esta disposición cuando se expidió la Ley 33 de 1985. Se anota que el Legislador expidió algunos regímenes pensionales especiales y también algunas normas relevantes en la materia aplicables respecto de ciertas actividades.

El Decreto Ley 3135 de 1968, para el ámbito nacional, dispuso:

"Art. 27 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.

No quedan sujetas a esta regla general las personas que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción y que la Ley determine expresamente.

Parágrafo 1º. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a pensión de jubilación o vejez, sólo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4) el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la Ley.

Parágrafo 2º. Para los empleados y trabajadores que a la fecha del presente Decreto hayan cumplido dieciocho años continuos o discontinuos de servicios, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad al presente Decreto.

Parágrafo 3º. Los empleados públicos y trabajadores oficiales que actualmente se hallen retirados del servicio, con veinte (20) años de labor continua o discontinua, tendrán derecho cuando cumplan los 50 años de edad, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de

acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro."

Y el Decreto número 1848 de 1969, reglamentario del Decreto Ley 3135 de 1968, en lo pertinente mandó:

"Art. 73 Cuantía de la pensión. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco (75%) por ciento del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin."

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

"Art. 45 De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren 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 hubieren sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecuibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968."

De esta manera, la pensión de jubilación consagrada en el Decreto Ley 3135 de 1968 se continuó reconociendo pero sobre los factores señalados en el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978.

La Ley 33 de 1985, que previó el régimen pensional general, señaló:

"Art. 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.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

Parágrafo 1.- Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llega a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la Ley."

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.

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 y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3.- En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley."

La Ley 33 de 1985, que obliga desde el 13 de febrero de 1985 -fecha de su promulgación- es aplicable al sector público sin distinción, es decir, a los empleados oficiales de todos los niveles (nacional, local, etc.) Para la pensión ordinaria de jubilación exige que el empleado oficial haya servido 20 años continuos o discontinuos y tenga 55 años de edad. De su aplicación exceptúa a los siguientes sujetos :

1. 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;
2. Los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, a quienes se continuarán aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a esa ley; se entiende que es necesario que ese régimen anterior haya sido expedido conforme a la Constitución.
3. Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan (50) años de edad,

si son mujeres, o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían al momento de su retiro;

4. Los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación, quienes continuarán sometidos a las normas anteriores a esta Ley.

El artículo 3 de la Ley 33 de 1985 señala que todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier caja de previsión deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha caja; regula para los efectos allí previstos, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, la cual estará constituida por los factores que se señalan en el mencionado artículo, cuando se trata de empleados del orden nacional; y dispone que, 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 62 de 1985, modificatoria parcial de la Ley 33 /85, en lo pertinente es del siguiente tenor:

"Art. 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 su 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."

Ahora bien, las prescripciones consagradas en el artículo 3º de la ley 33 de 1985 fueron modificadas por el artículo 1º de la ley 62 del mismo año, con lo cual quedó derogado el artículo 45 del decreto 1045 de 1978, en lo atinente a los factores salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación, como lo planteó la Sala en sentencia del 28 de octubre de 1993, expediente número 5244, Consejera Ponente Doctora Dolly Pedraza de Arenas.

Manifestó igualmente la Corporación en la aludida providencia del 28 de octubre de 1993 que la precisión final del artículo 1 de la Ley 62 de 1985 respecto de que "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", significa que el funcionario está **obligado a pagar los correspondientes aportes sobre todos los factores que de conformidad con la ley deben tenerse en cuenta para la determinación de la base**. Así mismo, indicó que si esa obligación no se cumple por cualquier motivo, ello no da origen a que se niegue la inclusión de determinado factor "sino que al momento del reconocimiento la entidad de previsión haga los descuentos correspondientes, como lo aclaró la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 1º de febrero de 1989, al declarar la exequibilidad de este inciso". En ese sentido, se advierte que el hecho de que la administración no haya descontado los aportes correspondientes sobre algunos factores, no impide su reconocimiento para efectos pensionales, pues ellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional.

Y se ha expresado que si la Ley señaló determinados factores salariales con incidencia pensional, respecto de los cuales se deben hacer aportes, no es de recibo acuerdos expresos o tácitos entre la administración y empleados o decisiones administrativas unilaterales para descontar aportes sobre otros factores salariales con la finalidad de mejorar sus pensiones, porque con ello se desconocería la preceptiva legal. El mandato legal de reconocer la pensión teniendo en cuenta los factores sobre los cuales se hayan hecho aportes, debe entenderse de acuerdo a la ley. No obstante lo anterior, se anota que en algunos REGIMENES PENSIONALES ESPECIALES es posible incluir otros factores en la liquidación de la prestación pero ello de acuerdo a la normatividad permisiva.

La Ley 71 de 1988, normación general en materia pensional, consagró un nuevo alcance jurídico de la reliquidación pensional cuando dispuso:

"Art. 9º Las personas pensionadas o con derecho a la pensión del sector público en todos los niveles que no se hayan retirado del servicio de la entidad, tendrán derecho a la reliquidación de la pensión, tomando como base el promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social.

Parágrafo. La reliquidación de la pensión de que habla el inciso anterior no tendrá efectos retroactivos sobre las mesadas anteriores al retiro del trabajador o empleado del sector público en todos sus niveles."

Nótese que la nueva orientación de la reliquidación pensional que se consagra en el artículo 9º de la Ley 71 de 1988 y que en sentido similar aparece en el artículo 10 del Decreto Reglamentario número 1160 de junio 2 de 1989, conduce a la liquidación pensional sobre los salarios del último año de servicio, lo cual se venía interpretando y aplicando en el ya existente y llamado reconocimiento pensional definitivo.

No se encuentra que con esta disposición se haya pretendido derogar lo dispuesto en el art. 1º de la Ley 62 de 1985 respecto de los FACTORES PENSIONALES. Se entiende que con esta ley se ha pretendido, como ya se había hecho en la práctica, que la reliquidación pensional (antes reconocimiento pensional definitivo) se haga teniendo en cuenta un TIEMPO DETERMINADO (ULTIMO AÑO LABORADO) y respecto de los FACTORES sobre los cuales se haya APORTADO, que ya se encontraban establecidos en la legislación anterior (Ley 62 /85). Aún más, en su Art. 11 la Ley 71 /88 determina que las leyes citadas, entre las cuales se encuentran las Leyes 33 y 62 /85, contienen los derechos mínimos en materia de pensiones y sustituciones pensionales y se aplicarán a favor de los afiliados de cualquier naturaleza de las entidades de previsión social del sector público, en todos sus niveles; no obstante lo anterior, se recuerda que hay excepciones respecto de la aplicabilidad de las Leyes 33 y 62 /85.

2. Del nuevo régimen pensional general (Ley 100 /93). Excepciones y régimen de transición.

La Ley 100 de 1993 consagró un nuevo sistema pensional que entró en vigencia el 1º de abril de 1994. No obstante, esa ley estableció determinadas excepciones y un régimen de transición.

Como excepciones en materia pensional de la Ley 100 de 1993, se tienen los que corresponden al personal vinculado a determinadas instituciones y con prestaciones especiales, en los siguientes términos:

"Art. 279 Excepciones. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por

el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones y mientras dure el respectivo concordato.

Igualmente, el presente régimen de seguridad social no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos, ECOPETROL, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de seguridad social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema en que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en ECOPETROL.

Parágrafo 1.- La Empresa y los servidores de que trata el inciso anterior, quedan obligados a efectuar los aportes de solidaridad previstos en esta ley.

Las entidades empleadoras referidas en el presente artículo, quedan facultadas para recibir y expedir los bonos correspondientes a los períodos de vinculación o cotización a que hubiere lugar, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto se expida.

Parágrafo 2.- La pensión gracia para los educadores de que tratan las leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, continuará a cargo de la Caja Nacional de Previsión y del Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, cuando éste sustituya a la Caja en el pago de sus obligaciones pensionales.

Parágrafo 3.- Las pensiones de que tratan las leyes 126 de 1985 adicionada por la Ley 71 de 1988, continuarán vigentes en los términos y condiciones en ellas contemplados.

Parágrafo 4.- Adicionado Ley 238 de 1995, artículo 1. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados."

Por otra parte, en cuanto a los derechos adquiridos pensionales antes de la entrada en vigencia del nuevo régimen pensional, fuera de su protección normal, éstos también se hallan garantizados en la misma Ley 100 de 1993 cuando dispuso:

"Art. 11 El sistema general de pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren

pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes del sector público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general.

Para efecto de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo."

En esas condiciones, es claro que en el caso de los empleados oficiales que, con anterioridad al 1° de abril de 1994 -fecha en que entró a regir la Ley 100 de 1993-, cumplieron los requisitos pensionales previstos en la Ley 33 de 1985, su prestación se regula por ese régimen general, siempre que no estuvieran sometidos a uno especial. De esta manera, consolidado un derecho pensional frente a ese régimen, el mismo debe gobernarlo, a pesar de que su reconocimiento se haga después de la vigencia del régimen pensional de la Ley 100 de 1993.

En verdad ocurre que, respecto del servidor público que adquirió el derecho pensional antes del 1° de abril de 1994 y que continuó en servicio, la liquidación del mismo se debe hacer conforme a la base pensional del régimen anterior, sea general o especial, según le corresponda. Por lo tanto, a ese personal no puede aplicársele normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993 que determinan la base pensional con otros criterios, pues con ello se desconocería el derecho que fue adquirido conforme al régimen imperante en su momento.

Ahora bien, el régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993 consiste en que el nuevo régimen general de pensiones, en determinados aspectos del mismo, no opera para quienes al 1° de abril de 1994 se encontraran en las circunstancias previstas en su artículo 36, que es del siguiente tenor:

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

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE (...)-

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

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

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

Parágrafo.- Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero(1°.) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio."

Sobre la interpretación y aplicación del régimen de transición de que trata el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, antes transcrito, resaltan las siguientes providencias :

-) En sentencia del 21 de septiembre de 2000, expediente número 470-99, Magistrado Ponente Doctor Nicolás Pájaro Peñaranda, esta Corporación dijo:

"3. El inciso 2° del artículo 36 de la mencionada ley, establece:

...

Ahora bien, según la norma transcrita, el actor tiene derecho a jubilarse con 55 años de edad, con 20 años de servicio y con el monto de la pensión, establecidos en el régimen anterior a la vigencia de la ley 100.

Monto, según el diccionario de la lengua, significa "Suma de varias partidas, monta." Y monta es "Suma de varias partidas." (Diccionario de la Lengua "Española", Espasa Calpe S.A., Madrid 1992, tomo II, páginas 1399-1396).

Advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra "monto" que cuando la ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100.

Por manera que si las personas sometidas al régimen de transición deben jubilarse con la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión gobernados por las normas anteriores a la ley 100, no ve la Sala cuáles son las demás condiciones para acceder al derecho, que según la última regla del inciso 2° en análisis se rigen por dicha ley.

De otro lado, la Sala también observa que en el inciso 3° del artículo 36, están previstos un ingreso base y una liquidación aritmética diferente a la que dedujo la Sala de la interpretación del inciso 2°, puesto que del monto que se rige por las normas anteriores se infiere un ingreso base

regido igualmente conforme al ordenamiento jurídico anterior, lo cual pone de presente la redacción contradictoria de tales normas, que conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política a tener en cuenta la más favorable, o sea la primera regla del inciso 2°."

De manera que el servidor público que para el 1° de abril de 1994 no hubiera cumplido todos los requisitos para acceder a la pensión, pero que hubiera continuado en servicio después de esa fecha, y se halle sometido al régimen de transición de que trata el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (que en materia pensional quedó bajo el imperio del régimen legal anterior en cuanto a edad, tiempo y monto pensionales) tiene derecho a que la liquidación y reconocimiento de su pensión se hagan conforme al régimen pensional anterior al que estaba sometido.

En efecto, no es aceptable que por la circunstancia anotada (no haber cumplido todos los requisitos después de la fecha prevista en la ley) desaparezca la protección legal pensional conferida y se desnaturalice la transición consagrada, máxime si se tiene en cuenta que al existir duda entre la aplicación del régimen anterior pertinente o del inciso 3° del artículo 36 de la precitada ley, debe seguirse la norma más favorable que, en este caso, es la antigua, según se explica a continuación.

Aplicando el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la pensión se liquidaría al 75% del promedio de los factores computables devengados en el lapso que va desde el 1° de abril de 1994 hasta cuando el servidor cumplió todos los requisitos pensionales, a pesar de que hubiera continuado en el servicio y pagando aportes. Al respecto, nótese que al tenor del inciso 3° es relevante un término que desconoce los servicios posteriores y retribuciones recibidas durante éste, aunque haya aportado para pensión. Pero atendiendo a lo dispuesto en el inciso 2° de esa misma disposición y, en consecuencia, en el régimen general anterior (Leyes 33 y 62 de 1985), el valor de la mesada pensional surgiría de aplicar el 75% al salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, lo cual no sólo es diferente sino más favorable al servidor público. Así, conforme al inciso 2° y bajo el imperio del régimen pensional anterior se tiene en cuenta el salario que puede ser posterior a la fecha del cumplimiento de los requisitos pensionales.

La Sala recuerda que los incisos 2° y 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no son concordantes, antes por el contrario, tienen redacción contradictoria, como lo ha destacado el Consejo de Estado; circunstancia que permite, en caso de duda, aplicar la norma más favorable por mandato del artículo 53 de la Constitución Política.

Tampoco resultan aplicables las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993 que determinan las bases que se deben tener en cuenta para la liquidación pensional del personal sometido al régimen de transición pensional de que trata el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, si la prestación periódica se debe liquidar y reconocer bajo una ley anterior en los aspectos de edad, tiempo y monto pensionales (este último comprende porcentaje y base de la liquidación), será esa normatividad la aplicable en esa materia, más cuando contempla una regulación más favorable. Lo anterior, por cuanto si se aplicaran las nuevas normas generales atinentes al monto pensional previstas en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias al personal que reclama su reconocimiento pensional definitivo en consideración al régimen de transición del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resultaría desvirtuado e inócua el régimen preferencial transitorio.

3. Clases o denominación de reconocimientos pensionales

En materia pensional y bajo el régimen general anterior a que se ha hecho referencia, aunque la ley no lo establece de esa manera, se ha considerado que existen reconocimientos provisionales y reconocimientos definitivos, clasificación compatible entre sí. La primera cuando el ordenamiento jurídico permite el reconocimiento de la prestación antes del retiro del servicio y la segunda cuando se efectúa sobre la liquidación de factores pensionales percibidos total o parcialmente después de la anterior y con ocasión del retiro del servicio.

Reconocimiento pensional provisional. Es posible que el servidor, antes de su retiro efectivo del servicio y bajo el régimen legal señalado, haya solicitado una o más veces el reconocimiento pensional, con el ánimo de que en cada ocasión se le ajuste la mesada pensional según sus emolumentos certificados, para disponer del acto pensional cuando se retire; en esos eventos, se entiende que dichos reconocimientos son de carácter "provisional" porque aún no ha operado el retiro definitivo del servicio que, en definitiva, es el que permite establecer el último año de servicios y la retribución relevante en materia pensional.

No sobra advertir que en ocasiones el servidor público obtiene el reconocimiento pensional provisional (antes de su retiro) en el cual se le señala el monto o valor de la mesada pensional, desde cuándo se tiene el derecho y la condición del retiro para entrar a disfrutar de la prestación periódica. Sin embargo, puede suceder que el interesado, cuando ya se ha retirado del servicio no formula la nueva petición pensional ni la administración efectúa el reconocimiento pensional definitivo debido principalmente a que aunque el empleado tenga nuevos servicios y retribuciones, éstas últimas, en verdad, no afectan el valor de la mesada pensional reconocida anteriormente o el ex-servidor en ese momento, aunque sea procedente reclamar no lo haga y entre a gozar de la prestación periódica con lo cual, en la práctica, el reconocimiento en la práctica deviene en definitivo. No significa lo anterior que, si en el futuro el interesado advierte un desconocimiento parcial de su derecho para la época de su retiro (v.gr no inclusión de un factor pensional, etc.), no pueda formular una petición pensional de inclusión de factor pensional o la corrección de un determinado valor, lo cual es viable porque el derecho pensional es imprescriptible, aunque sus mesadas lo sean en virtud de la ley.

Bajo este régimen, tanto la una como la otra clase de reconocimientos pensionales son susceptibles de recursos, para que en vía gubernativa se enmienden las fallas que se le advierten a la administración; ahora, el ejercicio de recursos contra el denominado reconocimiento pensional provisional no lo torna realmente en definitivo porque, cuando el ordenamiento jurídico permite al servidor público continuar en servicio y que sus nuevas retribuciones sean relevantes en materia pensional, se entiende que éste tiene el derecho a formular una nueva petición de reconocimiento pensional teniendo en cuenta los nuevos servicios prestados y las retribuciones devengadas conforme a la ley. Así, la decisión que se adopte sobre esta última reclamación también es pasible de recursos en vía gubernativa y se califica como definitiva por esas condiciones.

Reconocimiento pensional definitivo. Si se formula una nueva petición con acreditación de nuevos servicios y retribuciones –por haber continuado en servicio- esta solicitud se ha venido calificando impropia como reliquidación pensional, (tal vez porque materialmente requiere de una nueva liquidación de la prestación) olvidando que el legislador había previsto el reconocimiento definitivo para el evento de los últimos servicios con sus retribuciones y se acreditara el retiro del servicio, por lo que en realidad se ha confundido con la llamada doctrinalmente reconocimiento pensional definitivo, bajo dicho régimen jurídico.

Se aclara que la "reliquidación pensional" ha sido denominada así por el legislador en algunos eventos relacionados en otras disposiciones legales que no se aplican al caso. En efecto, bajo el artículo 9° de la Ley 71 de 1998, el legislador dio otro alcance a la llamada reliquidación pensional, según se indicó antes.

La inclusión o corrección de factores después del reconocimiento pensional definitivo. También se anota que la jurisprudencia ha considerado que aunque se le hubiera efectuado el reconocimiento pensional definitivo al servidor público, mediante acto administrativo contra el cual no reclamó en vía gubernativa, el interesado bien puede posteriormente solicitar la que ha sido llamada "reliquidación pensional" que viene a ser una solicitud de "inclusión o corrección de factores" que no se tuvieron en cuenta en su debida oportunidad o que se tuvieron en cuenta en forma incorrecta según el pensamiento del empleado. En este caso sui-generis, frente al acto que resuelva esta clase de petición procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, previa la demostración del agotamiento de la vía gubernativa.

4. El caso sub – examine

4.1 De la situación fáctica

En cuanto a los requisitos pensionales de que trata el régimen pensional anterior, el cual cobija al actor, según se explicará más adelante, se tiene lo siguiente:

De la edad pensional. Se acreditó que el actor nació el 18 de marzo de 1942, habiendo cumplido 55 años de edad el 17 de marzo de 1997 (folio 67).

Del tiempo de servicio pensional. Se encuentra acreditado que el señor JOSÉ GUILLERMO SUÁREZ MONTES prestó sus servicios en el Instituto Colombiano Agropecuario como Ingeniero Agrónomo y, posteriormente, como Profesional Especializado 3010-24, desde el 16 de mayo de 1972 al 31 de diciembre de 1997, fecha en que se retiró definitivamente del servicio (folio 78)

De los factores salariales. En cuanto a los salarios percibidos que tienen que ver con su último año de servicios, se arrió la constancia expedida por la Unidad de Registro y Nómina y por el Tesorero General del Instituto Colombiano Agropecuario, en la que se observan los siguientes conceptos devengados (folios 68 y 78): - Sueldo; - Incremento por antigüedad; - Bonificación por servicios prestados; - Prima de vacaciones; - Prima de servicios; - Prima de navidad; - Quinquenio; - Auxilio por retiro

4.2 Solicitudes pensionales y las decisiones de la administración. Al respecto se encuentra lo siguiente:

Reconocimiento pensional provisional

El demandante formuló su solicitud pensional el 10 de abril de 1997 (folio 66). Por Resolución número 025409 del 19 de diciembre de 1997, la Subdirectora de Prestaciones Económicas de la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL reconoció y ordenó el pago a favor del actor de una pensión mensual vitalicia de jubilación en cuantía de \$1.316.439.50, efectiva a partir del 1° de abril de 1997 y sujeta a demostrar el retiro definitivo del servicio. En esta oportunidad se partió del 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 2 años, 11 meses y 18 días, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y se tomaron como factores salariales la asignación básica, la prima técnica, la bonificación por servicios prestados y

la prima de antigüedad (folios 71 a 74).

Reconocimiento pensional definitivo

El 1° de abril de 1998 (después del retiro definitivo del servicio) el interesado solicitó "la reliquidación" de su pensión de jubilación y, para ello, allegó constancias de nuevos tiempos de servicio y el retiro definitivo del mismo (folios 76 a 80). Por Resolución número 019600 del 30 de junio de 1998, la Subdirectora General de Prestaciones Económicas de la entidad dispuso "reliquidar" la pensión de jubilación del actor elevando su cuantía a la suma de \$1.343.697.14, efectiva a partir del 1° de enero de 1998. En esta oportunidad, se partió del 75% del promedio de lo devengado entre el 1° de abril de 1994 y el 31 de diciembre de 1997 y se tomaron como factores la asignación básica, la prima técnica, la bonificación por servicios prestados y la prima de antigüedad (folios 83 a 85).

Reliquidación para inclusión de factores

El 5 de octubre de 1998 el actor solicitó a la entidad la reliquidación de su pensión de jubilación o revisión de la liquidación definitiva, con el fin de que dicha prestación fuera elevada a la suma de \$1.975.545, que resulta de tener en cuenta todos los factores salariales devengados durante el período base de liquidación que señala el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994 a la fecha de retiro es decir 31 de diciembre de 1997). (folios 87 a 88). Por Auto número 103307 del 1° de junio de 1999 (acto acusado), el Subdirector General de Prestaciones Económicas de la entidad ordenó el archivo del expediente, luego de considerar que la liquidación de la pensión contenida en la Resolución número 19600 del 30 de junio de 1998 se hizo conforme a derecho, esto es, aplicando el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994. Y se observa que este último acto administrativo es el acusado en este proceso.

4.3 De la resolución del caso

Aclaración previa. Inicialmente se advierte que en la demanda se acusa en nulidad el Auto número 103307 del 1° de junio de 1999, por el cual se ordenó el archivo del expediente administrativo; por tanto, en el fondo no resolvió la reclamación formulada, de reliquidación pensional para inclusión factores.. En estos casos, salvo situación especial, la Jurisdicción ha admitido que como se trata de una prestación periódica es posible formular reclamaciones en sede administrativa que deben ser desatadas, salvo situaciones especiales que deben ser precisadas.

De la naturaleza jurídica del acto acusado y del agotamiento de la vía gubernativa.

A través del acto acusado, la administración, luego de considerar que la liquidación de la pensión contenida en la Resolución número 19600 del 30 de junio de 1998 se hizo conforme a derecho y que no había petición pendiente de resolver, ordenó el archivo del expediente administrativo (folios 94 y 95).

Del acto de trámite con efectos de definitivo.- Tal decisión se adoptó, formalmente, a través de un acto de trámite; no obstante, desde el punto de vista de su contenido, corresponde a un acto definitivo, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, según el cual son actos administrativos de esa naturaleza no sólo los que ponen fin a una actuación administrativa y los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, sino los de trámite que hacen imposible continuar la actuación. Así las cosas, en este evento, la petición formulada por el interesado fue resuelta por un acto de trámite que

puso fin a la actuación haciendo imposible continuarla y por eso, dicho acto tiene excepcionalmente la naturaleza de un acto definitivo, que son los controlables por la jurisdicción contencioso administrativa.

Del agotamiento de la vía gubernativa.- Ahora bien, de conformidad con el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, la demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo". Al respecto, si bien en el acto acusado se ordenó el archivo de las diligencias o cuaderno administrativo, ocurre que esa decisión era susceptible de impugnación en la vía gubernativa, pues la autoridad que la profirió (Subdirector General de Prestaciones Económicas de la Entidad) tiene superior jerárquico ante quien se puede proponer y debe resolver la apelación (Director General).

No obstante, para efectos del agotamiento de la vía gubernativa existe una **situación excepcional** contemplada en el mismo artículo 135, según el cual "si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, los interesados podrán demandar directamente los correspondientes actos". Tal evento ocurre en este caso, pues la administración omitió señalar los recursos procedentes contra el acto que ahora se acusa en sede jurisdiccional y esta circunstancia es la que permite al actor demandar directamente el acto correspondiente, vale decir, sin haber agotado la vía gubernativa.

Por lo tanto, se concluye que el Auto número 103307 del 1° de junio de 1999 proferido por el Subdirector General de Prestaciones Económicas de LA CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL es justiciable.

Del régimen jurídico aplicable. Se observa que en la decisión pensional que se juzga la administración no liquidó la pensión conforme a las normas anteriores que regulaban la pensión, es decir, el régimen pensional de las Leyes 33 y 62 de 1985.

Dicho régimen resulta aplicable en el caso de autos, teniendo en cuenta que para abril 1° de 1994, cuando entró a regir para los servidores públicos nacionales el nuevo sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, la parte actora había cumplido las dos condiciones (edad y tiempo de servicio) previstas en el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que quedó sometido al régimen de transición pensional que lo remitió, en las materias ya analizadas, al régimen pensional anterior, de que trata la Ley 33 de 1985.

En otras palabras, como lo sostuvo el A-quo, teniendo en cuenta que al demandante lo cobija el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el reconocimiento de la pensión debe realizarse teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicio y el monto de la prestación señalados en las Leyes 33 y 62 de 1985, sin que sea dable remitirse en alguna de esas materias al nuevo régimen pensional general de que trata la Ley 100 de 1993 o con otro alcance respecto del régimen de transición. Se insiste que los factores computables para efectos pensionales para el caso son los señalados en las Leyes 33 y 62 de 1985, en concordancia con la Ley 71 de 1988 y su reglamentario, el Decreto 1160 de 1989, por lo que cuando la ley señala que se deben tener en cuenta los "devengados" se entiende que son aquellos que correspondan a los factores que la ley determina para tal objetivo durante el lapso correspondiente. Otros factores percibidos no son computables bajo el entendimiento de este régimen "general", aunque se anota que en algunos regímenes pensionales "especiales" es posible su cómputo cuando ellos lo permiten.

Se reitera, entonces, que en estos eventos, no es posible que la liquidación del monto de la prestación se haga conforme al nuevo régimen pensional general previsto en la Ley 100 de 1993, tal como lo entendió la administración, quien además aplicó el Decreto 1158 de 1994 a fin de determinar los factores computables. En efecto, además de que una interpretación en ese sentido conlleva que el régimen de transición se torne inoperante en gran medida, ocurre que en este caso el régimen anterior resulta más favorable que el nuevo (artículo 53 de la Constitución Política), dado que el valor del salario base de liquidación es superior en el primero; todo lo cual impone atenerse a las previsiones de las Leyes 33 y 62 de 1995.

Del derecho pensional discutido. Conforme a las consideraciones anteriores, el empleado oficial que cumpla los requisitos del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 debe ser objeto del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, pero teniendo en cuenta los factores señalados en la Ley 62 de 1985. Al respecto, cabe anotar que como quiera que ciertos conceptos se reconocen y pagan anualmente, para efectos de determinar la base de liquidación lo procedente es tomar las doceavas partes de éstos.

En estas condiciones, la Sala no comparte las consideraciones del A-quo que determinaron el restablecimiento del derecho desconocido, pues, si bien es cierto que el demandante tiene derecho a que se reliquide su pensión de jubilación de conformidad con el régimen pensional general anterior, es decir, tomando como base la asignación promedio percibida el último año de servicio (como fue ordenado en la sentencia apelada), también lo es que se deben tener en cuenta los factores devengados que coinciden con los previstos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 y que, en este caso, son únicamente los siguientes: - Sueldo; -Bonificación por servicios prestados; - Incremento o prima de antigüedad

Se aclara que, como quiera que en el período comprendido entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 1997 (último año de servicio) el actor no devengó dinero alguno por concepto de prima técnica (según la certificación allegada que obra a folios 68 y 78), tal factor no puede ser tenido en cuenta, como lo consideró el Tribunal.

Tampoco pueden incluirse la prima de vacaciones, la prima de navidad, la prima de servicios, ni el quinquenio, por cuanto estos últimos no se consideran factores pensionales a la luz de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 (régimen general). Se anota que estos factores han sido computados pero en regímenes pensionales especiales cuando ellos lo permiten.

Ahora, la Sala procede a realizar la reliquidación pensional con base en lo dispuesto en el art. 1° de la Ley 33 de 1985 y art. 1° de la Ley 62 de 1985, es decir, el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, incluyendo los factores de Prima de antigüedad y Bonificación por servicios, así:

Sueldo	\$ 1.750.053
Incremento o Prima de antigüedad	\$ 111.427
Bonificación por servicios prestados	\$ <u>54.293</u>
TOTAL	\$ 1.915.773
Pensión 1.975.773 X 75%	\$ 1.436.829

En la Resolución 19600 del 30 de junio de 1998, la Subdirección General de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión, reliquidó la pensión del actor, elevando la cuantía inicial de la mesada pensional a \$1.343.697.14. Se tomó como base de liquidación el 75% del promedio devengado entre el 1° de abril de 1994 (fecha en que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones) al 30 de diciembre de 1997 (Fecha de retiro del actor), es decir que se aplicó el inc.3° del art. 36 de la Ley 100 de 1993.

De las dos liquidaciones anteriores forzoso es concluir que la primera (judicial actual) le es más favorable al actor; en consecuencia la base de liquidación que debe aplicarse es la del régimen anterior (Leyes 33 y 62/85) y no la consagrada en el Inc. 3° del Art. 36 de la Ley 100 de 1993.

Por ello es anulable el acto administrativo acusado. En este aspecto se confirmará la decisión del a-quo.

El restablecimiento del derecho. Se efectuará teniendo en cuenta las siguientes orientaciones:

La fecha y liquidación. Se tiene que la reliquidación pensional (por factores) debe hacerse desde la fecha certificada de la desvinculación efectiva del servicio de la parte actora. Y la liquidación pensional se hará con base en el promedio de la asignación percibida el último año de servicio con inclusión de los factores ya señalados que corresponden con los previstos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 en concordancia con la Ley 71 /88, bajo el entendido ya formulado.

Los reajustes pensionales. La nueva liquidación pensional, aplicable a partir de la fecha de desvinculación del servicio de la parte actora se reajustará en la forma ordenada en la ley.

Las prescripciones. Teniendo en cuenta que, para el caso, la parte actora elevó la actual petición pensional el 5 de octubre de 1998, los derechos ciertos que resultaren de la reliquidación anteriores a tres años atrás de su solicitud se hallarían prescritos. Pero, como según la certificación se demostraron servicios hasta el 31 de diciembre de 1997, que es fecha posterior a la citada (5 de octubre de 1995) no resulta prescripción alguna.

Las diferencias a pagar. De las sumas resultantes -que deben pagarse- se deben descontar las sumas de las mesadas pensionales ya pagadas. Después, la administración descontará el valor de los aportes que el interesado no haya cubierto respecto de los factores que se ordenan incluir, pues esa es una carga del servidor público que no se puede eludir y cuyos recursos son fundamentales para que luego la entidad responsable pueda cumplir su obligación de pago.

El ajuste al valor. Al final, la suma que resulte no pagada deberá ser ajustada al valor, en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, dando aplicación a la siguiente fórmula:

INDICE FINAL

$R = RH \times \text{-----}$

INDICE INICIAL

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice

vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

Los intereses. Por último, la administración pagará intereses a partir de la ejecutoria de la sentencia, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

En esta forma, la decisión apelada será modificada para excluir de los factores que se ordenaron incluir en la base de liquidación pensional sin ajuste a la ley y proceder a su liquidación y reconocimiento en la forma ya señalada. En lo demás, la sentencia será confirmada, con las precisiones anotadas en esta providencia.

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 :

1o. CONFÍRMASE la sentencia del 7 de febrero de 2002 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, en el proceso número 97-5763, promovido por el señor JOSÉ GUILLERMO SUÁREZ MONTES contra la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL, mediante la cual accedió a las súplicas de la demanda, con las precisiones anotadas en esta providencia, salvo lo dispuesto en el numeral siguiente:

2o. MODIFÍCASE el numeral segundo, que quedará así : La liquidación pensional se hará sobre los factores de asignación básica o sueldo, bonificación por servicios prestados e incremento o prima de antigüedad devengados durante el último año de servicio y a partir de enero 1° de 1998, todo conforme a las consideraciones hechas. Dicha pensión será objeto de los reajustes de ley.

Cúmplase, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

TARSICIO CÁCERES TORO JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO

ENEIDA WADNIPAR RAMOS

Secretaria



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

