

PENSION GRACIA – Posterior a su reconocimiento es posible solicitar la inclusión de factores pensionales no tenidos en cuenta / PETICIÓN PARA RELIQUIDACIÓN DE PENSION GRACIA – Al guardar silencio la administración surge un acto presunto negativo / ACTO PRESUNTO NEGATIVO – Se presenta al no resolverse el recurso contra la petición de reliquidación de pensión gracia / RELIQUIDACIÓN DE PENSION GRACIA – En caso de accederse no es necesario acusar en nulidad el acto de reconocimiento pensional que se haya dictado

En procesos de esta naturaleza se dilucida si DESPUÉS de que la administración hizo el reconocimiento de la pensión de jubilación gracia a la Parte docente Actora es o no posible FRENTE A UNA NUEVA PETICIÓN “reliquidar” la prestación periódica para INCLUIR factores pensionales que originalmente no se tuvieron en cuenta pero se devengaban al momento relevante del reconocimiento pensional. Son múltiples los pronunciamientos de esta Jurisdicción sobre el particular en los cuales se ha expresado que, como la pensión citada es de carácter periódico, posterior a su reconocimiento y goce es posible que el interesado ELEVE PETICIÓN para que se le INCLUYAN FACTORES PENSIONALES que originalmente no se tuvieron en cuenta, debiendo la administración resolver de fondo tal reclamación, sin poder excusarse en una pretendida cosa juzgada administrativa. Ahora, si la Administración frente a una petición (y recurso) de ese alcance guarda silencio, conforme a la ley, transcurrido el término legal, surge el acto presunto negativo, que como se sabe implica una denegación de la respectiva reclamación. También puede ocurrir que inicialmente la administración RESUELVA LA PETICIÓN EN SENTIDO negativo o DE IMPROCEDENCIA y contra el mismo se interponga RECURSO que no se resuelva, con lo cual el acto final es ficto negativo ó que en los demás casos señalados CONFIRME la negativa expresa o declare la improcedencia del recurso. En todos estos casos, cuando le asiste la razón al peticionario frente a ley, la manifestación administrativa respecto de la reclamación resalta contraria a derecho. En cualquiera de estos casos, la nulidad de la actuación administrativa acusada dependerá de que LE ASISTA LA RAZÓN AL PETICIONARIO en su reclamación de fondo; si es así, SE DECLARARA LA NULIDAD DE LOS ACTOS ACUSADOS CON EL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO PERTINENTE y en caso contrario SE DENEGARAN LAS SUPPLICAS DE LA DEMANDA. Por ello, cada caso debe ser analizado y resuelto individualmente. Y se advierte que cuando se trata de una NUEVA PETICIÓN DE RELIQUIDACIÓN PENSIONAL, para incluir factores pensionales, no es necesario acusar en nulidad el ACTO DE RECONOCIMIENTO PENSIONAL que tiempo atrás se dictó. Normalmente este acto es demandable cuando en su momento contra él se interpone recurso en vía gubernativa con la finalidad ya señalada, sin que haya de por medio una posterior PETICIÓN DE RELIQUIDACIÓN con su propio acto administrativo resolutorio.

PENSION GRACIA – Evolución normativa / DOCENTES OFICIALES – A partir del Decreto 224 de 1972 es compatible el ejercicio docente y el goce de la pensión de jubilación / FACTORES PENSIONALES EN PENSION GRACIA – No se aplican los previstos en las Leyes 33 y 62 de 1985

Como la controversia versa sobre LOS FACTORES de esta pensión especial, nos remitimos a la normatividad que de una u otra manera tiene relación con este aspecto. La ley 114 de 1913 que crea la Pensión de Jubilación a favor de los maestros de escuela, ... La Ley 24 de 1947 -que adiciona el Art. 29 de la Ley 6ª de 1945 y se dictan otras disposiciones de carácter social ...La Ley 4ª de 1966 –relevante en materia pensional- dispuso: ... El Dcto. 1743 de 1966 – reglamentario de la Ley 4/66- atinente en lo pensional- manda: ... El Dcto. Ley No. 224 de 1972, en su Art. 5º consagró la “compatibilidad” del ejercicio docente (con sueldo) y el goce de

la pensión de jubilación (Mesada pensional), es decir, que sin retirarse del servicio los docentes oficiales a los cuales se aplica esta disposición pueden recibir simultáneamente el sueldo (por el cargo que desempeñan) más la mesada pensional (por su situación de jubilados), hasta el límite temporal que consagra la ley. De las leyes 33 y 62 de 1985 -que reglan de manera “general” la pensión de jubilación, entre otros aspectos, en cuanto a los FACTORES PENSIONALES, se ha expresado repetidamente que no es aplicable, en cuanto a dichos factores para liquidación de la denominada PENSIÓN DE JUBILACIÓN GRACIA (docente) debido a que ésta tiene su propio régimen especial y más cuando los docentes titulares de la misma no pagan “aportes” a la Entidad Pensional para adquirir este derecho. Y en Concepto de marzo 26 de 1992 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Rad. No. 433 del M. P. Humberto Mora Osejo, al absolver una consulta del Ministerio del Trabajo y s.s., en el campo pensional, expresó: ... 3°) Por consiguiente, las pensiones de jubilación de los empleados con régimen legal excepcional o especial se liquidan exclusivamente con fundamento en las disposiciones del correspondiente estatuto, a menos que el mismo remita a las de carácter general. En este orden de ideas, los factores de la remuneración que deben tenerse en cuenta para liquidar la pensión de jubilación exclusivamente son los que prescribe o determine el pertinente estatuto excepcional o especial: el artículo 1º, inciso 2º, de la ley 33 de 1985 remite a cada uno de ellos que, en consecuencia, constituye la única fuente legal para el reconocimiento de las correspondientes pensiones de jubilación.” Y la Ley 91 de 1989, que tiene relevancia en materia de pensiones, en algunos apartes de su Art. 15 manda: ... La Ley 60 de 1993 sobre el tema mandó: ... La Ley 115 de 1994 en su Art. 115 señaló que “El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91/89, en la ley 60/93 y en la presente ley.” Y el inciso tercero del precitado artículo dispuso que “En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores”.

PENSION GRACIA – Evolución normativa de los factores para su liquidación / FACTORES DE LIQUIDACIÓN PARA LA PENSION GRACIA – Son los devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional

Pues bien, conforme a la legislación citada por esta Corporación, para determinar el fundamento normativo de los factores de la pensión de jubilación gracia, que inciden en la cuantía de su mesada pensional, se tiene que aunque inicialmente (Art. 2º de la Ley 114/13) se estipuló que su valor correspondería a la MITAD del sueldo que hubiere devengado en los dos últimos años de servicio, no es menos cierto que posteriormente (Par. 2º del Art. 1º de la Ley 24/47, modificatorio del Art. 29 de la Ley 6ª/45) se determinó que la pensión de jubilación de los servidores del ramo docente –entre las cuales indudablemente se encuentra la denominada pensión de jubilación gracia, por ser de carácter docente- se liquidará de acuerdo con el promedio de los sueldos devengados durante el último año. Ahora, como en virtud del Art. 5º del Dcto. L. 224/72 se consagró la “compatibilidad” de la recepción de sueldos y mesadas pensionales docentes oficiales de educación primaria y media, sin tener que retirarse del servicio, al establecer que no es incompatible el ejercicio del cargo (con sueldo) y el goce de la pensión de jubilación. Así, se ha entendido que, una vez que el docente oficial territorial y/ o nacionalizado cumple los requisitos de ley para tener derecho a la pensión de jubilación gracia bien puede reclamarla y serle reconocida, en cuyo evento se liquida teniendo en cuenta los factores devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional; esta pensión se adquiere así, sin limitaciones, por lo que su reconocimiento es definitivo y se consolida su situación pensional, goza de los reajustes pensionales, etc. aunque el docente –si lo desea- puede continuar en servicio por la prerrogativa conferida en el mencionado decreto. Ahora, el Art. 9º de la Ley 71/88 -que autoriza la reliquidación pensional por factores

devengados al momento del retiro efectivo del servicio- para quienes continuaron en servicio, no es aplicable a la pensión de jubilación gracia por cuanto regula situaciones relativas a las pensiones de jubilación ordinarias de los servidores públicos, quienes antes de su retiro del servicio pueden solicitar su reconocimiento, continuar en servicio y al momento de su desvinculación efectiva solicitar esa “reliquidación” autorizada por la ley, más cuando ellos no pueden gozar de la mesada pensional en ese interregno, como si tienen esa prerrogativa los docentes. De otro lado, también la Jurisdicción ha considerado la inaplicabilidad de las Leyes 33 y 62 de 1985, respecto a los factores pensionales y aportes, a la liquidación de la pensión de jubilación gracia; la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado ha coincidido en que las pensiones de jubilación especial no se someten a las normas legales citadas. Las leyes 91 de 1989 (Art. 15-2º-a), 60 de 1993 (Art. 6º) y 115 de 1994 (Art. 115) contienen normas atinentes al régimen pensional docente; en ellas queda clara la continuidad de la vigencia de las disposiciones sobre pensiones, incluida la denominada pensión de jubilación gracia, bajo sus propias reglas, salvo la terminación de dicho derecho en las condiciones que se establecen.

PENSION GRACIA – No es posible su reliquidación al momento del retiro / RELIQUIDACIÓN DE PENSION GRACIA – No existe disposición legal que la ordene teniendo en cuenta el último y definitivo año de servicios

Finalmente la Sala considera necesario precisar que respecto a la reliquidación de la pensión especial de jubilación gracia al momento del retiro, **NO ES POSIBLE SU RELIQUIDACIÓN**, como ya se expresó en sentencia de Sep. 2/04, Exp. No. 4581-03, en la que se expresó: “ ... La Sala–en esta instancia- respecto de esta pretensión (reliquidación de la pensión de jubilación gracia con los valores de los factores pensionados devengados durante el último año de servicios previo al retiro definitivo) considera: Se advierte que durante un tiempo esta Jurisdicción admitió que la pensión de jubilación gracia se reliquidara por los factores devengados por el docente al momento de su desvinculación del servicio. Sin embargo, reconsideró la situación por cuanto el docente cuando cumple los requisitos de la pensión de jubilación gracia (status pensional) se le hace un **RECONOCIMIENTO DEFINITIVO PENSIONAL** y entra a gozar de la prestación, aún sin su retiro del servicio, por autorización legal que comprende una excepción a la prohibición de recibir más de un emolumento a cargo del Tesoro Público. Además, dicha pensión se reajusta año tras año conforme a las leyes de tal alcance. Y, por último, no existe disposición legal que ordene la Reliquidación pensional de los docentes, teniendo en cuenta el último y definitivo año de servicios, más cuando la liquidación se hace con los requisitos y situaciones al momento de adquirir el derecho pensional.

PENSION GRACIA – En su liquidación se deben incluir los factores al momento del status pensional / ACTO QUE RECONOCE LA PENSION GRACIA – No debe anularse cuando procede su reliquidación / JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – Al anular los actos acusados, deberá analizar las nulidades que desconozcan el derecho reclamado / PENSION GRACIA CON FACTORES AL MOMENTO DEL STATUS – Se tienen en cuenta los que tengan connotación salarial

La reliquidación de la pensión jubilación gracia-Inclusión de factores devengados durante el año anterior a la fecha en que **ADQUIRIÓ EL STATUS**. Esta reliquidación es la permitida por la ley, en el caso que la administración al liquidar la pensión de jubilación gracia, al momento de la obtención del status pensional por el docente, haya omitido incluir algunos factores que son computables. Su liquidación se debe hacer como autoriza la ley, sin aplicar a esta pensión de jubilación excepcional reglas actuales aplicables a las pensiones de jubilación ordinarias. Los

actos acusados –que negaron la inclusión de factores al momento del STATUS PENSIONAL- que se dejaron de computar son contrarios a derecho porque la PENSIÓN DE JUBILACIÓN GRACIA se debe liquidar sobre los factores devengados que tengan connotación salarial y no estén limitados en la ley por tal razón, sin que en este aspecto se aplique la normatividad relacionada con la PENSIÓN DE JUBILACIÓN ORDINARIA. El A-quo, como ya se indicó, anuló parcialmente la Res. 16834/01, (acto de mediante el cual se efectuó el reconocimiento de la pensión de jubilación gracia) sin que esto fuera procedente como ya se indicó; decretó la nulidad de la Res. 604/03 (respecto de la reliquidación pensional al STATUS) porque no tuvo en cuenta los demás factores pensionales devengados durante el año anterior a la fecha en que adquirió el status pensional, y que fueran debidamente certificados, ordenando el restablecimiento a partir de Dic. 11/00, decretando prescritas las anteriores a junio 13/99 (sin que en éste caso se haya presentado prescripción alguna), además no tuvo en cuenta la aplicación de lo dispuesto en los Arts. 176 y 177 del C.C.A.; y no se pronunció respecto del Acto presunto de la petición de junio 13/02. En esta instancia se “revocará” esta decisión por no estar plenamente ajustada a derecho, toda vez que las nulidades solicitadas y decretadas no todas eran procedentes y no se resolvió sobre uno, a la vez que se debe reorganizar el restablecimiento del derecho. El juez no debe exclusivamente dedicarse a decretar la nulidad de los actos acusados y a “aplicar” una certificación de emolumentos, sin tener en cuenta el ordenamiento jurídico, pues si así lo hace, en definitiva el que resuelve el caso viene a ser la autoridad certificante de la retribución percibida por el servidor público y ese no es el papel trascendental que la ley le confiere al Juzgador. Él deberá estudiar y decretar las nulidades que desconozcan el derecho reclamado y señalar discriminadamente y con precisión, en estos casos, los factores que ordena computar, así como el momento preciso en que opera dicho restablecimiento decretando las prescripciones que sean del caso.

PENSION GRACIA – La reliquidación se realiza en una cuantía del setenta y cinco por ciento sobre los factores devengados en el año anterior a su consolidación / **FACTORES PENSIONALES PARA LA PENSION GRACIA** – Debe incluir las primas de alimentación, habitación, navidad y vacaciones devengadas en el año anterior a su consolidación / **REAJUSTE DE LA PENSION GRACIA** – Se realiza conforme al artículo 1 de la ley 71 de 1988 / **PRESCRIPCIÓN TRIENAL DE PENSION GRACIA** – No se presenta cuando la reclamación se hace con posterioridad a la fecha de su reconocimiento / **AJUSTE AL VALOR DE RELIQUIDACIÓN DE PENSION GRACIA** – Se procede en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo

El restablecimiento del derecho comprenderá: La reliquidación pensional. La administración deberá reliquidar la pensión de jubilación gracia de la Parte Actora a partir de Dic. 11/00 (cuando se adquirió el derecho), en cuantía del 75 % sobre los “factores” que ya había tenido en cuenta en la Res. No. 16834/01, y ahora incluyendo las parte correspondiente de las primas de alimentación, habitación, navidad, y vacaciones, devengadas en el año anterior a la consolidación del derecho pensional –status pensional- (Dic. 11/99 a Dic. 10/00). Los reajustes pensionales. La Administración, una vez determinada la cuantía original de la pensión reliquidada, deberá “reajustarla” de conformidad con la ley, uno de los cuales es la del Art. 1° de la Ley 71/88 para determinar el valor de las mesadas pensionales reajustadas y la fecha desde la cual obligan. No procede la reliquidación del Art. 9° de la Ley 71/88 (al retiro definitivo del servicio). La prescripción del derecho. Como la Parte Actora formuló su reclamación en junio 13/02 y como la pensión gracia le fue reconocida a partir de Dic. 11/00, en este caso no se presenta el fenómeno de la prescripción trienal, por lo que su pago se hará efectivo a partir de Dic. 11/00. Las diferencias a pagar. De las sumas resultantes -que deben pagarse- se deben descontar las sumas

de las mesadas pensionales ya pagadas para determinar las “sumas insolutas” a favor de la parte actora. El ajuste al valor. Al final, la suma diferencial que resulte insoluta deberá ser ajustada al valor, en los términos del Art. 178 del C.C.A., y de acuerdo a la fórmula sentada para estos eventos por el Consejo de Estado. $R = RH \text{ INDICE FINAL} / \text{INDICE INICIAL}$. 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. Se pagarán intereses en cuanto se den los supuestos de hecho previstos en el Art. 177 del C.C.A.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN “B”

Consejero ponente: TARSICIO CÁCERES TORO

Bogotá D. C., diecinueve (19) de enero de dos mil seis (2006)

Radicación número: 25000-23-25-000-2003-04682-01(5408-05)

Actor: ANA BEATRIZ BELLO VARGAS

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL

Controv. : PENSIÓN JUBILACIÓN GRACIA-INCLUSIÓN

FACTORES AL STATUS

Ref. 5408-05 AUTORIDADES NACIONALES

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la Parte Demandada contra la sentencia del 21 de octubre de 2004, proferida la Subsección 'A' de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el expediente No. 03-04682, mediante el cual se accedió a las súplicas de la demanda, en relación con la reliquidación de la pensión de jubilación gracia al momento del status.

ANTECEDENTES :

LA PRIMERA INSTANCIA Y SU TRAMITE

LA DEMANDA. La señora ANA BEATRIZ BELLO VARGAS, en ejercicio de la acción consagrada en el Art. 85 del C.C.A., el 19 de mayo de 2003, presentó demanda contra la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL, donde solicitó la nulidad parcial de la Res. No. 16834 del 27 de junio de 2001, la nulidad del Acto Administrativo Ficto Negativo del 13 de septiembre de 2002, por silencio de la administración frente a la petición de reliquidación pensional del 13

de junio de 2002, y de la Res. No. 604 del 13 de febrero de 2003, proferidos por la Subdirección General de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social, mediante el primero se reconoció una pensión de jubilación gracia en cuantía de \$1.025.915,46 efectiva a partir de Dic. 11/00, teniendo en cuenta la asignación básica; y, el segundo declaró la ocurrencia del fenómeno del silencio administrativo negativo, y procedió a confirmarlo.

Como restablecimiento del derecho solicita que se condene a la Entidad Demandada a que reconozca y pague la reliquidación de la pensión de jubilación gracia a partir del 11 de diciembre de 2000, en cuantía de \$1.242.672,87 teniendo en cuenta la totalidad de los factores devengados durante el año anterior a la fecha en que adquirir el status pensional, con los aumentos establecidos de ley.

Hechos: Como argumentos de las súplicas, el libelista –en resumen- señala que ante la petición de la pensión especial la administración en la Res. No. 16834 de julio 27/01 le reconoció a partir de Dic. 11/00, en cuantía de \$1.025.915,46 teniendo en cuenta la asignación básica.

La Parte Actora en junio 13/02 presentó una nueva petición, para que se le incluyeran la totalidad de los factores devengados durante el año anterior a reunir los requisitos de ley, en especial las primas de alimentación, habitación, vacaciones, y de navidad; Cajanal inicialmente guardó silencio, por lo que se configuró el Acto Administrativo Negativo de Sep. 13/02; siendo apelado en Oct. 2/02, y la administración mediante la Res. No. 604 de Feb. 13/03, declaró la ocurrencia del fenómeno del silencio administrativo negativo, y procedió a confirmarlo.

Normas Violadas y concepto de Violación. Como tales señala los Arts. 2°, 6°, 48, y 58 de la Constitución Política; Art. 1° del C.C., Art. 5° de la Ley 57 de 1887; Ley 4ª/66, Art. 4°; Dcto. Reg. 1743/66 Art. 5°; Ley 33/85 Art. 1°; Ley 62/85 Art. 1°; Ley 114/13 Art. 1° a 5°; y la Ley 37/33 Art. 3°. Argumentó, en resumen:

-) Violación de la ley como causal de nulidad. En la sustentación del ataque el apoderado de la parte actora señala que la entidad demandada al momento de liquidar la prestación, esta desconociendo el derecho adquirido y reconocido conforme a las leyes establecidas, según la ley 4/66, Art. 4°.

Que la Administración le reconoció la pensión de jubilación gracia, pero al determinar la cuantía solamente tuvo en cuenta la asignación básica, omitiendo las primas de alimentación, habitación, navidad, y vacaciones.

-) Violación de la constitución como causal de nulidad. Señala que tiene legalmente derecho a la pensión, que es genéricamente un bien, que fue desprotegida contra el mandamiento del Art. 2° de la Constitución Política, al ser la pensión un derecho derivado de una relación laboral, se pretermitió el Art. 48 de la carta que consagra la seguridad social como un derecho de carácter público y obligatorio. (Fls. 20/40 exp.)

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Entidad Demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones del libelo inicial por carecer de fundamento legal. (Fls. 57/60 exp.)

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. Él A-quo accedió a las súplicas de la demanda así:

“1. Declárase la nulidad parcial de la Res. No. 16834 de junio 27/01 ...

2. Declárase la nulidad de la Res. 604 de Feb. 13/03, ... que negó la solicitud de revisión y reliquidación de la pensión gracia de la demandante.

3. Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad, la Caja ... procederá a reliquidar el valor de la mesada pensional de jubilación gracia ... incluyendo como factores salariales de la liquidación, lo recibido mensualmente en el año anterior al Status pensional Dic. 11/00, ... con los reajustes de ley, ... con efectos fiscales desde junio 13/99, descontando el valor de las mesadas pagadas.

4. Condénase a la Caja ... a pagar a la demandante, con los reajustes de ley, las diferencias entre las sumas de las mesadas pensionales que le ha reconocido y pagado, y las que le debe pagar, con efectos fiscales desde junio 13/99, indexadas, ... (Art. 178 C.C.A.).

5. Deniéganse las demás súplicas de la demanda. ...". (Resaltado y en mayúsculas fuera de texto) (Fls. 72/84 exp.).

Al respecto hizo las siguientes manifestaciones:

Que la demandante acreditó que los factores que no fueron tenidos en cuenta, si hicieron parte de su sueldo devengado en el último año de labores anterior a la fecha en que adquirió el status; luego es flagrante la falsa motivación en los actos demandados por que el magisterio tiene un régimen prestacional diferente y, por lo tanto, no le es aplicable el sistema general de pensiones previsto en las leyes 33 y 62 de 1985 para los demás funcionarios públicos.

Que, concretamente, nos encontramos frente a lo que se denomina la pensión gracia, que para su liquidación no se tiene en cuenta los aportes económicos que haya hecho el docente, pues se trata de un beneficio especialísimo que confirió la ley 114/13 a aquellas personas que estuvieron prestando sus servicios educativos en escuelas primarias y que posteriormente fue ampliado a escuelas normales y a actividades de inspección educativa tal como aparece en las leyes 116/28 Art. 6. ley 37/33, Art. 3. (Fls. 72/84 exp.).

LA APELACIÓN DE LA SENTENCIA. La entidad demandada –Cajanal- apeló el anterior fallo argumentando en resumen que con respecto a factores salariales está contemplado en las leyes 33 y 62 de 1985 aplicables de acuerdo al momento del status, obedeciendo éste para el caso de la actora, razón por la cual no era procedente incluir en la liquidación los emolumentos aquí reclamados. (Fls. 110/111 exp.).

LA SEGUNDA INSTANCIA. Se admitió y tramitó el recurso de apelación interpuestos por la Entidad Demandada (CAJANAL) contra la sentencia del A-quo que accedió a las súplicas de la demanda. Y, ahora, ha llegado el momento de dictar sentencia, sin que se observe nulidad procesal alguna, por lo cual se profiere con las siguientes

CONSIDERACIONES :

En este proceso se debate la nulidad de la actuación administrativa acusada que le negó la reliquidación de la pensión de jubilación gracia, proferida por autoridad de la Caja Nacional de Previsión Social por considerar que al momento de su reconocimiento se procedió conforme a la ley. El A-quo accedió a las súplicas de la demanda, como ya se expresó y la Parte Demandada interpuso la apelación, recurso que se resuelve.

Para resolver se tienen en cuenta los siguientes aspectos relevantes:

1. Información preliminar

En este caso la Parte Actora –docente- le fue reconocida una pensión de jubilación gracia mediante la Res. No. 16834 de julio 27/01 la reconoció a partir de Dic. 11/00, en cuantía de \$1.025.915,46. La Parte Actora en junio 13/02 presentó una nueva petición para que se le reliquidara la pensión de jubilación gracia con la inclusión de la totalidad de los factores percibidos durante el año anterior a la fecha en que adquirió el status pensional, y Cajanal guardó silencio, por lo que se configuró el Acto Administrativo Ficto Negativo de Sep. 13/02; la Parte Actora mediante escrito de Oct. 2/02 apeló; y, la administración mediante la Res. No. 604 de Feb. 13/02 declaró la ocurrencia del fenómeno del silencio administrativo negativo, y procedió a confirmarlo. En este proceso se busca la nulidad de los actos que limitaron la pensión especial a los factores considerados, para que se ordene su reconocimiento y pago sobre la totalidad de los factores devengados en su momento, con la inclusión de las primas de alimentación, habitación, navidad, y vacaciones.

2. La Pensión de jubilación-Gracia. La Jurisdicción Contencioso Administrativa, en general, sobre la pensión de jubilación gracia, en resumen, ha precisado:

La pensión de jubilación gracia. Esta pensión es especial y aparece reglada en las Leyes 114/13, 116/28 y 37/33. La primera creó el derecho y fijó sus parámetros: titulares, tiempo de servicio, edad, requisitos adicionales, cuantía y sujeto obligado a pagarla. La segunda y tercera leyes ampliaron los titulares y el tiempo de servicio computable para esta prestación, tal como se ha concretado en las sentencias de esta Jurisdicción.

3. La “reliquidación” de la pensión de jubilación gracia para “incluir” factores pensionales.

3.1 Procedibilidad de la reclamación de esta naturaleza

En procesos de esta naturaleza se dilucida si DESPUÉS de que la administración hizo el reconocimiento de la pensión de jubilación gracia a la Parte docente Actora es o no posible FRENTE A UNA NUEVA PETICIÓN “reliquidar” la prestación periódica para INCLUIR factores pensionales que originalmente no se tuvieron en cuenta pero se devengaban al momento relevante del reconocimiento pensional.

Son múltiples los pronunciamientos de esta Jurisdicción sobre el particular en los cuales se ha expresado que, como la pensión citada es de carácter periódico, posterior a su reconocimiento y goce es posible que el interesado ELEVE PETICIÓN para que se le INCLUYAN FACTORES PENSIONALES que originalmente no se tuvieron en cuenta, debiendo la administración resolver de fondo tal reclamación, sin poder excusarse en una pretendida cosa juzgada administrativa.

Ahora, si la Administración frente a una petición (y recurso) de ese alcance guarda silencio, conforme a la ley, transcurrido el término legal, surge el acto presunto negativo, que como se sabe implica una denegación de la respectiva reclamación. También puede ocurrir que inicialmente la administración RESUELVA LA PETICIÓN EN SENTIDO negativo o DE IMPROCEDENCIA y contra el mismo se interponga RECURSO que no se resuelva, con lo cual el acto final es ficto negativo ó que en los demás casos señalados CONFIRME la negativa expresa o declare la improcedencia del recurso. En todos estos casos, cuando le asiste la razón al peticionario frente a ley, la manifestación administrativa respecto de la reclamación resalta contraria a derecho.

En cualquiera de estos casos, la nulidad de la actuación administrativa acusada dependerá de

que LE ASISTA LA RAZÓN AL PETICIONARIO en su reclamación de fondo; si es así, SE DECLARARA LA NULIDAD DE LOS ACTOS ACUSADOS CON EL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO PERTINENTE y en caso contrario SE DENEGARAN LAS SUPPLICAS DE LA DEMANDA. Por ello, cada caso debe ser analizado y resuelto individualmente.

Y se advierte que cuando se trata de una NUEVA PETICIÓN DE RELIQUIDACIÓN PENSIONAL, para incluir factores pensionales, no es necesario acusar en nulidad el ACTO DE RECONOCIMIENTO PENSIONAL que tiempo atrás se dictó. Normalmente este acto es demandable cuando en su momento contra él se interpone recurso en vía gubernativa con la finalidad ya señalada, sin que haya de por medio una posterior PETICIÓN DE RELIQUIDACIÓN con su propio acto administrativo resolutorio.

3.2 De los factores pensionales y cuantía de la pensión de jubilación gracia docente.

Corresponde dilucidar si la liquidación de la pensión de jubilación gracia reconocida a los docentes titulares de la misma según la ley debe hacerse como señala la Entidad Prestacional (CAJANAL), es decir, sólo sobre aquellos factores respecto a los cuales se hicieron los aportes de ley o sobre todos los percibidos en el momento relevante.

Para resolver se tienen en cuenta:

3.2.1 El régimen jurídico. Los factores y cuantía de la pensión de jubilación gracia.

Como la controversia versa sobre LOS FACTORES de esta pensión especial, nos remitimos a la normatividad que de una u otra manera tiene relación con este aspecto.

La ley 114 de 1913 que crea la Pensión de Jubilación a favor de los maestros de escuela, expresó:

“Art. 2º La cuantía de la pensión será la mitad del sueldo que hubiere devengado en los dos últimos años de servicios. Si en dicho tiempo hubiere devengado sueldos distintos, para la fijación de la pensión se tomará el promedio de los diversos sueldos. “. (Mod. Parágrafo 2º . Ley 24/47 promedio sueldos último año).

La Ley 24 de 1947 -que adiciona el Art. 29 de la Ley 6ª de 1945 y se dictan otras disposiciones de carácter social- manda:

“Art. 1º El artículo 29 de la ley 6ª de 1945 quedará así:

Art. 29 Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público se acumularán para el cómputo de tiempo en relación con la jubilación y el monto de la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido y al salario o remuneración devengado en cada una de aquellas. Los trabajadores cuyo salarios o remuneraciones se paguen con cargo a fondos especiales con aporte a varias entidades de derecho público, gozarán de las prestaciones más favorables que éstas reconozcan a sus propios trabajadores, con cargo al mismo fondo especial.

Par. 1º . (.. .)

Par. 2º Cuando se trate de servidores del ramo docente, las pensiones de jubilación se liquidarán

de acuerdo con el promedio de los sueldos devengados durante el último año. “

La Ley 4ª de 1966 –relevante en materia pensional- dispuso:

“Art. 4º A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación e invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público, se liquidarán y se pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios. “

El Dcto. 1743 de 1966 – reglamentario de la Ley 4/66- atinente en lo pensional- manda:

“Art. 5º A partir del veintitrés (23) de abril de 1966, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público, serán liquidadas y pagadas tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios, previa la demostración de su retiro definitivo del servicio público. “

El Dcto. Ley No. 224 de 1972, en su Art. 5º consagró la “compatibilidad” del ejercicio docente (con sueldo) y el goce de la pensión de jubilación (Mesada pensional), es decir, que sin retirarse del servicio los docentes oficiales a los cuales se aplica esta disposición pueden recibir simultáneamente el sueldo (por el cargo que desempeñan) más la mesada pensional (por su situación de jubilados), hasta el límite temporal que consagra la ley. Entonces, los docentes oficiales de educación primaria y media, territoriales y/o nacionalizados, en las condiciones de ley, pudieron obtener el reconocimiento “definitivo” de su pensión de jubilación gracia, liquidada sobre el valor de los factores devengados en el último año de servicios anterior al status pensional, con lo cual su situación pensional quedó consolidada y a partir de ella gozan de los reajustes de ley y conforme a ella. Por lo anterior, no cabe “reliquidación” de esa pensión con posterioridad, por nuevos servicios y nuevas retribuciones obtenidas.

De las leyes 33 y 62 de 1985 -que reglan de manera “general” la pensión de jubilación, entre otros aspectos, en cuanto a los FACTORES PENSIONALES, se ha expresado repetidamente que no es aplicable, en cuanto a dichos factores para liquidación de la denominada PENSIÓN DE JUBILACIÓN GRACIA (docente) debido a que ésta tiene su propio régimen especial y más cuando los docentes titulares de la misma no pagan “aportes” a la Entidad Pensional para adquirir este derecho.

Y en Concepto de marzo 26 de 1992 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Rad. No. 433 del M. P. Humberto Mora Osejo, al absolver una consulta del Ministerio del Trabajo y s.s., en el campo pensional, expresó:

“ La Sala considera que, según su contexto, las disposiciones transcritas se refieren exclusivamente a las pensiones de jubilación reguladas por la ley 33 de 1985 para algunos empleados oficiales, nacionales, regionales y locales, y que no comprenden ni le son aplicables a los empleados que, según el artículo 1º, inciso 2º, de la misma ley, tiene un régimen legal excepcional o especial.

3º) Por consiguiente, las pensiones de jubilación de los empleados con régimen legal excepcional o especial se liquidan exclusivamente con fundamento en las disposiciones del correspondiente estatuto, a menos que el mismo remita a las de carácter general . En este orden de ideas, los factores de la remuneración que deben tenerse en cuenta para liquidar la pensión de jubilación exclusivamente son los que prescriba o determine el pertinente estatuto excepcional o

especial: el artículo 1º, inciso 2º, de la ley 33 de 1985 remite a cada uno de ellos que, en consecuencia, constituye la única fuente legal para el reconocimiento de las correspondientes pensiones de jubilación.”

Más adelante dijo:

“7º) La remuneración, según la ley, equivale a todo lo devengado por el empleado o trabajador como consecuencia directa o indirecta, de su relación laboral. Comprende, en consecuencia, los sueldos, primas, bonificaciones y demás reconocimientos que se hagan, directa o indirectamente, por causa o razón del trabajo o empleo, sin ninguna excepción. Es equivalente al salario, pero esta denominación de ordinario se reserva a la retribución que perciben las personas vinculadas por contrato de trabajo. En efecto:

El artículo 6º, parágrafo 1º, del Decreto 1160 de 1974 incluye en el salario - y por ende en la remuneración - “ todo lo que reciba el trabajador cualquier título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones”.

El artículo 2º de la Ley 5ª . de 169, en armonía con la disposición antes transcrita prescribe que “la asignación actual” o la última remuneración “es el promedio de todo lo devengado por un trabajador en servicio activo a título de salario o retribución de servicios, tales como horas extras, primas kilométricas, dominicales, feriados, bonificaciones, etc...”.

El artículo 42 del Decreto - ley 1042 de 1978 reitera el mismo concepto en cuanto prescribe que “... constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución de sus servicios ...”.

El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, en el mismo orden de ideas, define el salario como “ todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio...” (La Sala subraya).

En fin, la Organización Internacional del Trabajo, en convenio de 1º de julio de 1949, prohija el criterio expuesto, en cuanto define el salario como lo que percibe el trabajador por causa del contrato de trabajo.

De manera que, en conclusión, las pensiones de jubilación regidas por leyes especiales deben liquidarse con fundamento en el correspondiente estatuto. La remuneración, para estos efectos, es todo lo percibido por el empleado o trabajador oficial por causa, directa o indirecta, de su vinculación laboral.

Con fundamento en todo lo expuesto la Sala responde:

1º) Las pensiones de jubilación regidas por leyes especiales no pueden liquidarse con fundamento en los factores prescritos por el artículo 3º, inciso 2º, de la ley 33 de 1985 por que no les es aplicable.

2º) Las pensiones regidas por leyes especiales se deben liquidar exclusivamente con fundamento en ellas. Cada uno de estos estatutos estatutos tiene carácter especial y prevalente.

3º) Las pensiones reguladas por leyes especiales se liquidan con fundamento, no en los aportes,

sino en la remuneración que es todo lo que percibe el empleado o trabajador, directa o indirectamente, por causa de su relación laboral.”

Y la Ley 91 de 1989, que tiene relevancia en materia de pensiones, en algunos apartes de su Art. 15 manda:

"Art. 15 A partir de la vigencia de la presente ley el PERSONAL DOCENTE NACIONAL Y NACIONALIZADO y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1°. (...)

2°. Pensiones.

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuvieren o llegaren a tener derecho a la PENSIÓN GRACIA, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos.

Esta pensión seguirá reconociéndose por la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL conforme al Decreto 081 de 1976 y SERÁ COMPATIBLE CON LA PENSIÓN ORDINARIA DE JUBILACIÓN, AUN EN EL EVENTO DE ESTAR ESTA A CARGO TOTAL O PARCIAL DE LA NACIÓN.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1° de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, SE RECONOCERÁ SOLO UNA PENSIÓN DE JUBILACIÓN EQUIVALENTE AL 75% DEL SALARIO MENSUAL PROMEDIO DEL ULTIMO AÑO. Estos pensionados gozarán del RÉGIMEN VIGENTE para los pensionados del SECTOR PUBLICO NACIONAL y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. (...)

La Ley 60 de 1993 sobre el tema mandó:

Art. 6° Administración de personal. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales.

Ningún Departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte.

Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute.

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamental o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la ley 91 de 1989, y las prestaciones en ella reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional

de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

Las sumas por concepto de provisiones y aportes para la atención del pago de las prestaciones del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán giradas al mismo por las disposiciones de la presente ley. El valor actual del pasivo prestacional de las entidades territoriales, que deban trasladar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se determinará, para estos efectos, con base en la liquidación que se realice con cada una de ellas, y será financiado con sus propios recursos.

El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán el carácter de servidores públicos de régimen especial, de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el decreto Ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4ª de 1992.

...

Las funciones de dirección del sistema de salud, ... (Inc. 7º)

Parágrafo 1. Los docentes temporales vinculados por contrato a los servicios educativos estatales antes del 30 de junio de 1993 que llenen los requisitos de la carrera docente, serán incorporados a las plantas de personal de los departamentos o de los distritos en donde vienen prestando sus servicios, previo estudio de necesidades y ampliación de la planta de personal. La vinculación de los docentes de conformidad con un plan de incorporación que será proporcional al incremento anual del situado fiscal y con recursos propios de las entidades territoriales y en un término no mayor a los seis años contados a partir de la publicación de la presente ley. (...) (* Lo subrayado fue lo demandado, pero se declaró inexecutable totalmente el parágrafo)

(Se precisa que este parágrafo 1º fue declarado inexecutable en la Sentencia C-555 de dic. 6 de 1994 por la H. Corte Constitucional).

La Ley 115 de 1994 en su Art. 115 señaló que “El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91/89, en la ley 60/93 y en la presente ley.” Y el inciso tercero del precitado artículo dispuso que “En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores”.

3.2.2 Conclusiones sobre el particular

Primera. Pues bien, conforme a la legislación citada por esta Corporación, para determinar el fundamento normativo de los factores de la pensión de jubilación gracia, que inciden en la cuantía de su mesada pensional, se tiene que aunque inicialmente (Art. 2º de la Ley 114/13) se estipuló que su valor correspondería a la MITAD del sueldo que hubiere devengado en los dos últimos años de servicio, no es menos cierto que posteriormente (Par. 2º del Art. 1º de la Ley 24/47, modificatorio del Art. 29 de la Ley 6ª/45) se determinó que la pensión de jubilación de los servidores del ramo docente –entre las cuales indudablemente se encuentra la denominada pensión de jubilación gracia, por ser de carácter docente- se liquidará de acuerdo con el promedio de los sueldos devengados durante el último año. Después, el Art. 4º de la Ley 4ª de 1966, reglamentado por el Art. 5º del Dto. 1743/66, determinó que a partir de abril 23 de 1966 las pensiones de jubilación o de invalidez de los servidores de las entidades de derecho público –que no excluyó la pensión especial docente ya citada- se liquidarán y pagarán tomando como

base el 75% del promedio mensual del salarios devengados durante el último año de servicio, norma que ha venido siendo aplicada por la Administración y la Jurisdicción Contencioso Administrativa respecto de la pensión de jubilación gracia.

Ahora, como en virtud del Art. 5° del Dcto. L. 224/72 se consagró la “compatibilidad” de la recepción de sueldos y mesadas pensionales docentes oficiales de educación primaria y media, sin tener que retirarse del servicio, al establecer que no es incompatible el ejercicio del cargo (con sueldo) y el goce de la pensión de jubilación. Así, se ha entendido que, una vez que el docente oficial territorial y/ o nacionalizado cumple los requisitos de ley para tener derecho a la pensión de jubilación gracia bien puede reclamarla y serle reconocida, en cuyo evento se liquida teniendo en cuenta los factores devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional; esta pensión se adquiere así, sin limitaciones, por lo que su reconocimiento es definitivo y se consolida su situación pensional, goza de los reajustes pensionales, etc. aunque el docente –si lo desea- puede continuar en servicio por la prerrogativa conferida en el mencionado decreto.

Ahora, el Art. 9° de la Ley 71/88 -que autoriza la reliquidación pensional por factores devengados al momento del retiro efectivo del servicio- para quienes continuaron en servicio, no es aplicable a la pensión de jubilación gracia por cuanto regula situaciones relativas a las pensiones de jubilación ordinarias de los servidores públicos, quienes antes de su retiro del servicio pueden solicitar su reconocimiento, continuar en servicio y al momento de su desvinculación efectiva solicitar esa “reliquidación” autorizada por la ley, más cuando ellos no pueden gozar de la mesada pensional en ese interregno, como si tienen esa prerrogativa los docentes.

Segunda. De otro lado, también la Jurisdicción ha considerado la inaplicabilidad de las Leyes 33 y 62 de 1985, respecto a los factores pensionales y aportes, a la liquidación de la pensión de jubilación gracia; la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado ha coincidido en que las pensiones de jubilación especial no se someten a las normas legales citadas.

Tercera. Las leyes 91 de 1989 (Art. 15-2°-a), 60 de 1993 (Art. 6°) y 115 de 1994 (Art. 115) contienen normas atinentes al régimen pensional docente; en ellas queda clara la continuidad de la vigencia de las disposiciones sobre pensiones, incluida la denominada pensión de jubilación gracia, bajo sus propias reglas, salvo la terminación de dicho derecho en las condiciones que se establecen.

Y se precisa que la determinación de la cuantía de la pensión del empleado público no se rige por normas del Código Sustantivo del Trabajo, que tiene sus propios destinatarios.

3.2.3 La reliquidación de la pensión de jubilación gracia por “factores” al momento de la desvinculación del servicio

Finalmente la Sala considera necesario precisar que respecto a la reliquidación de la pensión especial de jubilación gracia al momento del retiro, **NO ES POSIBLE SU RELIQUIDACIÓN**, como ya se expresó en sentencia de Sep. 2/04, Exp. No. 4581-03, en la que se expresó:

“ ... La Sala–en esta instancia- respecto de esta pretensión (reliquidación de la pensión de jubilación gracia con los valores de los factores pensionados devengados durante el último año de servicios previo al retiro definitivo) considera :

Se advierte que durante un tiempo esta Jurisdicción admitió que la pensión de jubilación gracia

se reliquidara por los factores devengados por el docente al momento de su desvinculación del servicio.

Sin embargo, reconsideró la situación por cuanto el docente cuando cumple los requisitos de la pensión de jubilación gracia (status pensional) se le hace un RECONOCIMIENTO DEFINITIVO PENSIONAL y entra a gozar de la prestación, aún sin su retiro del servicio, por autorización legal que comprende una excepción a la prohibición de recibir más de un emolumento a cargo del Tesoro Público.

Además, dicha pensión se reajusta año tras año conforme a las leyes de tal alcance.

Y, por último, no existe disposición legal que ordene la Reliquidación pensional de los docentes, teniendo en cuenta el último y definitivo año de servicios, más cuando la liquidación se hace con los requisitos y situaciones al momento de adquirir el derecho pensional.

No es dable, por lo tanto, pretender en esta prestación especial la aplicación del artículo 9° de la Ley 71 de 1988 sobre reliquidación de la pensión con base en el salario devengado en el último año de servicio, pues la situación que contempla dicha preceptiva comporta una situación diferente, como quiera que se trata de empleados del régimen prestacional común para los cuales no está permitido el goce simultáneo de pensión y sueldo y que no es el caso de la pensión de jubilación –gracia la cual está sometida a un régimen especial.

En Sentencia de julio 01/04 de la Subsección B de la Sección 2ª del H. Consejo de Estado, M.P. Lemos, Exp. No. 5448-03, en relación con LA RELIQUIDACION POR FACTORES DEVENGADOS AL MOMENTO DEL RETIRO DEL SERVICIO DE LA PENSION DE JUBILACION GRACIA se expresó que no es factible ordenarla por las siguientes razones: 1ª.)

Porque la pensión de jubilación gracia está sujeta a un régimen especial que no requiere afiliación a la Caja Nacional de Previsión Social ni hacer aportes para su adquisición y goce; por lo tanto no puede liquidarse teniendo en cuenta el último año de servicios al tenor de la Ley 33 de 1.985. En efecto, el inciso 1° del Art. 1° de la Ley 33/85 determina que la pensión de jubilación que regula corresponde al 75% del promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios; en el Inc. 2° del mismo artículo determina la inaplicabilidad de esta normatividad a las pensiones sometidas a régimen especial (v.gr. la pensión de jubilación gracia docente). Así, lo expresó esta Sala en Sentencia de Oct. 11/94, exp. No. 7639, M.P. Carlos Orjuela Góngora. La pensión de jubilación gracia (especial) debe regirse por sus propias normas y ella se liquida sobre los factores devengados en el año precedente a la adquisición del status pensional y, desde su consagración, se permitió su “compatibilidad” con otras pensiones que no fueran reconocidas y pagadas por la misma entidad o en su nombre. Por ello, dicha pensión de adquiere desde el cumplimiento de sus requisitos especiales y se consolida; así, no es factible que se tengan en cuenta posteriormente otros factores para su liquidación. 2ª.) La liquidación o reliquidación pensional sobre los factores devengados en el año anterior al retiro del servicio se tienen en cuenta es para la liquidación de la PENSION DE JUBILACION ORDINARIA al tenor del Art. 1° de la Ley 33 /85.

En el sub-lite, por lo tanto, esta pretensión no está llamada a prosperar. Y, como el a-quo accedió a la reliquidación pensional teniendo en cuenta el valor de los factores pensionales devengados durante el último año anterior al retiro definitivo del servicio, habrá de revocarse en lo pertinente para en su lugar negar dicha reclamación ...” (Resaltado fuera de texto).

4. La pensión de jubilación gracia (reliquidación por factores al momento del status) y el caso

sub-lite.

4.1 La situación fáctica relevante al derecho reclamado.

Del Reconocimiento Pensional.

La petición y la decisión administrativa. En abril 17/01 se reclamó el reconocimiento de la pensión de jubilación gracia ante la Cajanal y por Res. No. 16834 de junio 27/01 de la Subdirección de Prestaciones Sociales de la entidad se reconoció a la Parte Actora la pensión de jubilación sobre la asignación básica, en cuantía de \$1.025.915,46 efectiva a partir de Dic. 11/00 (Fls. 89 y 2/3 exp.).

Para este reconocimiento se tuvieron en cuenta los siguientes requisitos:

De la edad pensional. El docente nació en diciembre 11 de 1950 y por consiguiente cumplió los 50 años en diciembre 10 de 2000.

Del tiempo de servicio. El docente acreditó, según certificación de Feb. 22/01 del Grupo de Hojas de Vida de la Dirección de Recursos Humanos de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., que presta sus servicios como DOCENTE, desde el 16 de febrero de 1971 hasta el 30 de diciembre de 1997, según la certificación. (Fl. 13 exp.).

En resumen, su tiempo de servicio es el siguiente:

Años	meses	días
00	12	30
71	02	16
---	---	---
29	10	15

Así, para el 11 de diciembre de 2000 ya había cumplido los 20 años de servicios docentes, así como la edad requeridos para la citada pensión.

De los factores devengados. Se tiene que según certificaciones de Feb. 22/01, expedidas por el Coordinador del Grupo de Certificados, de la Secretaria de Educación de Bogotá D.C., que desde enero 1º/99 hasta Dic. 30/00 (se recuerda que el status pensional lo adquirió en Dic. 11/00) devengó como factores: asignación básica, y las primas de alimentación, de habitación, de navidad, y de vacaciones. (Fls. 13/14 exp.).

De la reliquidación por factores al momento del status

La nueva petición y su decisión. La Parte Actora en junio 13/02 presentó un escrito de este alcance donde solicita sean tenidas en cuenta las primas de alimentación, de habitación, de navidad, y de vacaciones que no le tuvieron en cuenta cuando se hizo el reconocimiento pensional. Cajanal guardó silencio, por lo que en Sep. 13/02 se configuró el silencio administrativo negativo, y surgió el Acto Administrativo Ficto Negativo.

La Parte Actora, en Oct. 2/02 interpuso recurso de apelación. La Entidad mediante la Res. No. 604 de Feb. 13/03, declaró la ocurrencia del fenómeno del silencio administrativo negativo, y

procedió a confirmar su negativa. (Fls. 16/18 exp.).

La reliquidación pensional - La vía jurisdiccional

La primera instancia

En la demanda se reclamó la nulidad parcial de la Res. No. 16834 de julio 27/01; y la nulidad del Acto Administrativo Ficto Negativo de Sep. 13/02, y de la Res. No. 604 de Feb. 13/03 POR NO INCLUIR EN LA RELIQUIDACION PENSIONAL LA TOTALIDAD DE LOS FACTORES devengados en el año anterior a la fecha de adquirir el status pensional que ocurrió en Dic. 11/00; y pretende la reliquidación de esa pensión especial, con INCLUSIÓN de los factores no tenidos en cuenta, esto es, las primas de alimentación, de habitación, de navidad, y de vacaciones, con reajustes de la Ley 71/88 y pago de diferencias insolutas.

La sentencia del A-quo. Que en el caso Sub-lite, el A-quo declaró la nulidad parcial de la Res. No. 16834 de junio 27/01, que reconoció la pensión de jubilación gracia, y la nulidad de la Res. No. 604 de Feb. 13/03 que declaró la ocurrencia del fenómeno del silencio administrativo negativo, y procedió a confirmarlo, para luego ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación gracia al status, es decir, a partir de Dic. 11/00, con efectos fiscales a partir de junio 13/99 por prescripción, incluyendo las primas de alimentación, habitación, navidad, y vacaciones devengadas durante el año anterior a la fecha en que adquirió el status pensional, ordenando pagar únicamente las diferencias, con los respectivos reajustes, y dando aplicación al Art. 178 del C.C.A., y negando las demás súplicas de la demanda. (Fls. 72/84 exp.).

La apelación de la Parte Demandada –CAJANAL, apeló el anterior fallo argumentando que los factores salariales son los contemplados en las leyes 33 y 62 de 1985 aplicables de acuerdo al momento de la causación del status, razón por la cual no era procedente incluir en la liquidación las primas reclamadas. (Fls. 110/111 exp.).

La decisión judicial de segunda instancia.

Respecto de esta pretensión (reliquidación de la pensión de jubilación gracia al STATUS PENSIONAL, con los valores de los factores devengados durante el año anterior a la fecha de adquirir el status) se recuerda:

-) La reliquidación de la pensión jubilación gracia-Inclusión de factores devengados durante el año anterior a la fecha en que ADQUIRIÓ EL STATUS.

Esta reliquidación es la permitida por la ley, en el caso que la administración al liquidar la pensión de jubilación gracia, al momento de la obtención del status pensional por el docente, haya omitido incluir algunos factores que son computables. Su liquidación se debe hacer como autoriza la ley, sin aplicar a esta pensión de jubilación excepcional reglas actuales aplicables a las pensiones de jubilación ordinarias.

De la Res. No. 16834 de julio 27/01 que reconoció la pensión de jubilación gracia. La Parte Actora solicitó su nulidad parcial para que se le incluyeran los factores no tenidos en cuenta, que fueron devengados y certificados durante el año anterior a la fecha en que adquirió el status. La Sala al respecto revocará la sentencia impugnada, para inhibirse respecto a su juzgamiento por cuanto es irrelevante su juzgamiento, ya que con la posterior petición se abrió la oportunidad para decidir sobre la materia.

En Acto Presunto Negativo de Sep. 13/02 por silencio de la administración frente a la petición de junio 13/02 se negó –en este aspecto- la reliquidación pensional por factores AL STATUS de la pensión de jubilación gracia de la Parte Actora; y, por Res. No. 604 de Feb. 13/03 se resolvió la apelación del acto anterior respecto a la reliquidación pensional ya mencionada, que declaró la ocurrencia del fenómeno del silencio administrativo negativo y confirmando la negativa. En este proceso la Parte Actora DEMANDO LA NULIDAD TANTO DEL ACTO FICTO COMO DEL ACTO EXPRESO SEÑALADOS, que niegan la reclamación hecha, respecto del STATUS. Y el A-quo, como ya se indicó, anuló el último acto señalado – Res. 604/03- (respecto de la reliquidación pensional al STATUS) disponiendo el restablecimiento del derecho correspondiente.

Al respecto, se tiene que son múltiples los pronunciamientos de esta Jurisdicción sobre el particular en los cuales se ha expresado que, como la pensión citada es de carácter periódico, posterior a su reconocimiento y goce es posible que el interesado ELEVE PETICIÓN para que se le INCLUYAN FACTORES PENSIONALES que originalmente no se tuvieron en cuenta, debiendo la administración resolver de fondo tal reclamación, sin poder excusarse en una pretendida cosa juzgada administrativa.

Ahora, si la Administración frente a una petición (y recurso) de ese alcance guarda silencio, conforme a la ley, transcurrido el término legal, surge el acto presunto negativo, que como se sabe implica una denegación de la respectiva reclamación. También puede ocurrir que inicialmente la administración RESUELVA LA PETICIÓN EN SENTIDO negativo o DE IMPROCEDENCIA y contra el mismo se interponga RECURSO que no se resuelva, con lo cual el acto final es ficto negativo ó que en los demás casos señalados CONFIRME la negativa expresa o declare la improcedencia del recurso. En todos estos casos, cuando le asiste la razón al peticionario frente a ley, la manifestación administrativa respecto de la reclamación resalta contraria a derecho.

En cualquiera de estos casos, la nulidad de la actuación administrativa acusada dependerá de que LE ASISTA LA RAZÓN AL PETICIONARIO en su reclamación de fondo; si es así, SE DECLARARA LA NULIDAD DE LOS ACTOS ACUSADOS CON EL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO PERTINENTE y en caso contrario SE DENEGARAN LAS SUPPLICAS DE LA DEMANDA. Por ello, cada caso debe ser analizado y resuelto individualmente.

Y se advierte que cuando se trata de una NUEVA PETICIÓN DE RELIQUIDACIÓN PENSIONAL, para incluir factores pensionales, no es necesario acusar en nulidad el ACTO DE RECONOCIMIENTO PENSIONAL que tiempo atrás se dictó. Normalmente este acto es demandable cuando en su momento contra él se interpone recurso en vía gubernativa con la finalidad ya señalada, sin que haya de por medio una posterior PETICIÓN DE RELIQUIDACIÓN con su propio acto administrativo resolutorio.

Los actos acusados –que negaron la inclusión de factores al momento del STATUS PENSIONAL- que se dejaron de computar son contrarios a derecho porque la PENSIÓN DE JUBILACIÓN GRACIA se debe liquidar sobre los factores devengados que tengan connotación salarial y no estén limitados en la ley por tal razón, sin que en este aspecto se aplique la normatividad relacionada con la PENSIÓN DE JUBILACIÓN ORDINARIA.

El A-quo, como ya se indicó, anuló parcialmente la Res. 16834/01, (acto de mediante el cual se efectuó el reconocimiento de la pensión de jubilación gracia) sin que esto fuera procedente como

ya se indicó; decretó la nulidad de la Res. 604/03 (respecto de la reliquidación pensional al STATUS) porque no tuvo en cuenta los demás factores pensionales devengados durante el año anterior a la fecha en que adquirió el status pensional, y que fueran debidamente certificados, ordenando el restablecimiento a partir de Dic. 11/00, decretando prescritas las anteriores a junio 13/99 (sin que en éste caso se haya presentado prescripción alguna), además no tuvo en cuenta la aplicación de lo dispuesto en los Arts. 176 y 177 del C.C.A.; y no se pronunció respecto del Acto presunto de la petición de junio 13/02. En esta instancia se “revocará” esta decisión por no estar plenamente ajustada a derecho, toda vez que las nulidades solicitadas y decretadas no todas eran procedentes y no se resolvió sobre uno, a la vez que se debe reorganizar el restablecimiento del derecho.

a) De las nulidades:

No sobra advertir que el Juez, al resolver sobre la nulidad de los actos administrativos que negaron la inclusión de factores pensionales (en el reconocimiento o en la reliquidación) debe tener en cuenta –para resolver- los factores reclamados frente a la ley aplicable porque en algunos casos la misma normatividad señala su intrascendencia en materia pensional y en otros porque es posible que su creación se haya determinado en ACTOS CONTRARIOS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO SUPERIOR, por lo que es viable su inaplicación por la vía exceptiva. El juez no debe exclusivamente dedicarse a decretar la nulidad de los actos acusados y a “aplicar” una certificación de emolumentos, sin tener en cuenta el ordenamiento jurídico, pues si así lo hace, en definitiva el que resuelve el caso viene a ser la autoridad certificante de la retribución percibida por el servidor público y ese no es el papel trascendental que la ley le confiere al Juzgador. Él deberá estudiar y decretar las nulidades que desconozcan el derecho reclamado y señalar discriminadamente y con precisión, en estos casos, los factores que ordena computar, así como el momento preciso en que opera dicho restablecimiento decretando las prescripciones que sean del caso.

Ahora bien, como las nulidades solicitadas y decretadas no guardan consonancia con el restablecimiento del derecho que se ordenó, ni con lo que señalan las diferentes leyes que regulan todo lo relacionados con la pensión de jubilación gracia, y que ya fueron analizadas. Es por ello que la sentencia del A-quo será revocada para en su lugar decidir conforme a derecho.

De la Res. No. 16834 de julio 27/01 expedida por la Subdirección General de Prestaciones Económicas de Cajanal, mediante la cual se reconoció la pensión especial de jubilación gracia, a partir de Dic. 11/00, en cuantía de \$1.025.915,46 teniendo en cuenta la asignación básica. La Sala se inhibirá de su juzgamiento por cuanto es irrelevante su juzgamiento y por cuanto frente a ella no se agotó vía gubernativa, además con la posterior petición se abrió la oportunidad para decidir sobre la materia.

Del Acto Administrativo Presunto de Sep. 13/02, surgido por el silencio administrativo negativo respecto de la petición del 13 de junio de 2002. La Sala declarará su nulidad.

De la Res. No. 604 de Feb. 13/03, proferida por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Caja Nacional de Previsión Social, que declaró el fenómeno del silencio negativo frente a la petición de junio 13/02, y procedió a confirmar su negativa. La Sala declarará su nulidad.

De la nulidad de los actos denegatorios de la reliquidación por factores de la pensión de jubilación gracia al STATUS. La decisión anulatoria tiene su razón de ser toda vez que tal reclamación se ajusta a derecho, que autoriza el reconocimiento pensional con los factores

devengados en ese momento, sin aplicación de las Leyes 33 y 62/85.

b) El restablecimiento del derecho comprenderá:

La reliquidación pensional. La administración deberá reliquidar la pensión de jubilación gracia de la Parte Actora a partir de Dic. 11/00 (cuando se adquirió el derecho), en cuantía del 75 % sobre los “factores” que ya había tenido en cuenta en la Res. No. 16834/01, y ahora incluyendo la parte correspondiente de las primas de alimentación, habitación, navidad, y vacaciones, devengadas en el año anterior a la consolidación del derecho pensional –status pensional- (Dic. 11/99 a Dic. 10/00).

Los reajustes pensionales. La Administración, una vez determinada la cuantía original de la pensión reliquidada, deberá “reajustarla” de conformidad con la ley, uno de los cuales es la del Art. 1° de la Ley 71/88 para determinar el valor de las mesadas pensionales reajustadas y la fecha desde la cual obligan. No procede la reliquidación del Art. 9° de la Ley 71/88 (al retiro definitivo del servicio).

La prescripción del derecho. Como la Parte Actora formuló su reclamación en junio 13/02 y como la pensión gracia le fue reconocida a partir de Dic. 11/00, en este caso no se presenta el fenómeno de la prescripción trienal, por lo que su pago se hará efectivo a partir de Dic. 11/00.

Las diferencias a pagar. De las sumas resultantes -que deben pagarse- se deben descontar las sumas de las mesadas pensionales ya pagadas para determinar las “sumas insolutas” a favor de la parte actora.

El ajuste al valor. Al final, la suma diferencial que resulte insoluta deberá ser ajustada al valor, en los términos del Art. 178 del C.C.A., y de acuerdo a la fórmula sentada para estos eventos por el Consejo de Estado.

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. Se pagarán intereses en cuanto se den los supuestos de hecho previstos en el Art. 177 del C.C.A.

Cumplimiento de la sentencia. Se realizará de acuerdo a las estipulaciones del Art. 176 del C. C. A. Será motivada, se notificara a la parte interesada y tendrá recursos para que en sede administrativa se resultan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar, hasta donde sea

posible, nuevas controversias judiciales.

Por 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 :

1. REVÓCASE la sentencia del 21 de octubre de 2004, proferida por la Subsección 'A' de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso No. 03-04682 instaurada, por ANA BEATRIZ BELLO VARGAS contra la Caja Nacional de Previsión, respecto a la reliquidación de la pensión de jubilación gracia, y en su lugar se dispone :

2. INHÍBESE de juzgar la Res. No. 16834 de julio 27/01 (mediante la cual se hizo el reconocimiento de la pensión de jubilación gracia, proferida por el Subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social) por ser irrelevante su juzgamiento y falta de agotamiento de la vía gubernativa.

3. DECLÁRASE la nulidad del acto presunto negativo de la petición de junio 13/02 dirigida a la Caja Nacional de Previsión Social en el cual reclamó la reliquidación de la pensión de jubilación gracia, para obtener la inclusión de la totalidad de los factores devengados durante el año anterior a la adquisición del status pensional y que fueron debidamente certificados y la nulidad de la Res. No. 604 de Feb. 13/03, proferido por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Caja Nacional de Previsión Social, mediante la cual se declaró el silencio administrativo negativo respecto de la petición del junio 13/02 y confirmó dicha negativa de la reliquidación de factores pensionales al Status.

4. COMO RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se dispone :

a) ORDÉNASE a la Caja Nacional de Previsión Social efectuar una nueva liquidación de la pensión de jubilación gracia de la señora ANA BEATRIZ BELLO VARGAS, identificada con la C.C. No. 20.938.396 de Bogotá, a partir del 11 de diciembre de 2000 (fecha de adquisición del derecho), teniendo en cuenta los factores ya computados en la Res. 16834 de julio 27/01 y con la inclusión actual pertinente de los factores de las primas de alimentación, habitación, navidad, y de vacaciones que estén acreditados como devengados durante el año anterior al momento de la consolidación del status pensional. (Dic. 11/99 a Dic. 10/00)

b) En relación con los reajustes de ley, únicamente se cancelaran las diferencias que resulten de la reliquidación con sus respectivos reajustes a partir del 11 de diciembre de 2000.

c) Las diferencias que resulten de la reliquidación será ajustadas en los términos del Art., 178 del C.C.A. siguiendo para esto la fórmula dada en la parte motiva de esta providencia. Se reconocerán intereses conforme a lo dispuesto en el Art. 177 del C.C.A., en cuanto se den los supuestos de hecho allí determinados.

d) A esta providencia se le dará cumplimiento dentro de los términos establecidos en los Arts. 176 del C.C.A. Dicho acto se notificará a la parte interesada y será susceptible de recursos en la forma mencionada en la parte motiva de esta providencia.

5. NIÉGANSE las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, 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



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

