

PENSION DE JUBILACION – Factores. No son taxativos / PENSION DE JUBILACION – Factores. Los devengados en el último año de servicio

El actor tiene derecho a la reliquidación de su pensión incluyendo los factores salariales devengados durante el año anterior al retiro definitivo del servicio y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al momento de efectuar la liquidación de la prestación. En consecuencia, el demandante tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación incluyendo como factores salariales el fomento al ahorro del 42%, que ya fue decretado en primera instancia, y las primas de vacaciones, navidad, y servicios.

FUENTE FORMAL: LEY 33 DE 1985 – ARTICULO 1 / LEY 6 DE 1945 – ARTICULO 17 / LEY 4 DE 1966 – ARTICULO 4 / DECRETO 1848 DE 1969 – ARTICULO 68 / DECRETO 1848 DE 1969 – ARTICULO 73 / DECRETO 1045 DE 1978 – ARTICULO 45

NOTA DE RELATORIA: Sobre la liquidación de la pensión de jubilación de acuerdo a los factores devengados en el último año de servicios, se cita sentencia del Consejo de Estado de 21 de mayo de 2009, Radicación 525-08, Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez.

FOMENTO AL AHORRO – Es factor de liquidación pensional / VACACIONES – No es posible computarlas para fines pensionales

El fomento al ahorro constituye salario y, por lo tanto, es computable para efectos de liquidar la pensión que le fue reconocida al accionante, tal como lo ordenó el A quo. No se ordenará la inclusión del descanso remunerado y la indemnización de vacaciones, porque las vacaciones no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador, por lo cual, no es posible computarlas para fines pensionales. En efecto, esta Corporación ha precisado que la compensación monetaria, que se otorga al trabajador cuando no disfruta de sus vacaciones, no puede servir de base salarial para liquidar la pensión de jubilación.

FUENTE FORMAL: CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO – ARTICULO 127

NOTA DE RELATORIA: Sobre la naturaleza jurídica del Fomento al ahorro, se cita sentencia del Consejo de estado de 27 de abril de 2000. Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda, radicación 14477 y de 24 de julio de 2008, Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Radicación 457-09

BONIFICACION POR RECREACION – No es factor salarial. No es factor pensional / PRIMA ESTATUTARIA – No es factor pensional

La bonificación por recreación no constituye salario, pues no se reconoce como contraprestación directa del trabajo desempeñado por el servidor público, sino que se ocasiona en razón de las vacaciones, ya sea que éstas se disfruten en tiempo o se compensen en dinero. Además, la normatividad expresamente ha indicado que no es factor salarial, por lo cual tampoco se ordenará la inclusión de este factor para conformar la base de liquidación pensional del demandante. Tampoco se tendrá en cuenta la prima estatutaria, porque la Resolución No. 3366 de 1967, por medio de la cual la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria determinó las prestaciones legales y los beneficios extralegales a favor de los empleados y pensionados de la Superintendencia Bancaria, consagró dicho concepto en su artículo 86, el cual está contenido dentro del Capítulo II, que consagra las prestaciones sociales, el cual, a su vez, en la Sección I, establece las prestaciones sociales percibidas en actividad. Es decir que, la prima estatutaria es en realidad una prestación social, la cual, si bien surge con ocasión del servicio subordinado que se proporciona al empleador, no retribuye

propiamente la actividad desplegada por el trabajador y, en consecuencia, no puede constituir base de liquidación de la pensión de jubilación que le fue reconocida al actor.

FUENTE FORMAL: DECRETO 660 DE 2002 / DECRETO 3535 DE 2003 / LEY 4 DE 1992 / RESOLUCION 3366 DE 1967

VIATICOS – Base de liquidación pensional cuando se han devengado 180 días en el último año de servicios / PENSION DE JUBILACION – Factores incluidos. Descuentos

Finalmente, en lo concerniente a los viáticos devengados por el demandante se observa que los mismos no pueden hacer parte del ingreso base de liquidación de su pensión porque el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 únicamente permite su inclusión cuando los mismos han sido devengados por el trabajador por un término no inferior a 180 días en el último año de servicios, situación que no se encuentra acreditada en el expediente, pues este concepto solamente aparece referenciado en los meses de octubre y noviembre del año 2002, período que resulta inferior a los 6 meses que exige la norma. Por otra parte, en casos con contornos similares al presente, se ha indicado que procede el descuento de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal. Esta tesis ha sido sostenida en otras oportunidades por esta Corporación indicando que la referida omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional. En consecuencia, la decisión de primera instancia será adicionada en este aspecto.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1045 DE 1978 – ARTICULO 45

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil nueve (2009).-

Radicación número: 25000-23-25-000-2004-01634-01(1028-07)

Actor: RAUL ARMANDO QUIÑONES VILLAREAL

Demandado: CAJA DE PREVISION SOCIAL DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA

AUTORIDADES NACIONALES.-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada contra la sentencia de 8 de marzo de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, que desestimó las excepciones propuestas por la demandada y accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por Raúl Armando Quiñones Villareal contra la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria, CAPRESUB, en liquidación.

LA DEMANDA

RAÚL ARMANDO QUIÑÓNES VILLAREAL, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca declarar (Fls. 461 a 499):

- La nulidad parcial de la Resolución No. 294 de 8 de agosto de 2003, proferida por la Directora General de la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria, que le reconoció al actor su pensión de jubilación.
- La nulidad total de la Resolución No. 061 de 24 de octubre de 2003, proferida por la Liquidadora de la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria, CAPRESUB, en Liquidación, que desató el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión y la confirmó.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad accionada a:

- Reliquidarle su pensión de jubilación en cuantía del 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios o durante el tiempo que le hacía falta para adquirir el status pensional o durante los últimos 10 años de servicio o durante toda la vida laboral, incrementada anualmente conforme a la Ley e indexada con base en el Índice de Precios al Consumidor.
- Reconocerle los intereses corrientes y de mora a que haya lugar, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.
- Indexar el valor de las condenas tal como lo dispone el artículo 178 del C.C.A.
- Pagar la condena en costas y agencias en derecho que se le imponga.
- Dar cumplimiento a la sentencia en el término previsto por la Ley.
- Ejercer la acción de repetición contra los servidores públicos que sean responsables patrimonialmente, como lo ordena la Ley 678 de 2001.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

El actor prestó sus servicios a la Superintendencia Bancaria durante más de 35 años, pues se vinculó desde el 28 de febrero de 1968 hasta el 1 de junio de 2003, sin solución de continuidad, ni días de licencia.

La entidad accionada le reconoció al demandante su pensión de jubilación pero omitió liquidar la cuantía de la prestación con la inclusión de todos los factores salariales devengados, como era procedente hacerlo a la luz de los principios constitucionales de prevalencia del derecho sustancial y favorabilidad en materia laboral.

Específicamente, en lo concerniente al denominado fomento al ahorro, se encuentra acreditado que tiene carácter salarial.

El actor se encuentra amparado por el régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo cual le es aplicable la normatividad anterior, es decir las Leyes 6 de 1945, 33 de 1985, 71 de 1988 y 50 de 1990 y los Decretos 3135 de 1974 (sic), 1848 de 1969, 2657 de 1976, 1045 de 1978.

Los factores salariales devengados fueron objeto de descuentos por aportes, tal como lo dispone la Ley.

LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, los artículos 1, 2, 3, 4, 13, 46, 53, 58, 113, 114, 115, 125, 150, 189, 209 y 228.

De la Ley 45 de 1923, el artículo 23.

De la Ley 6 de 1945, el artículo 24.

La Ley 54 de 1962.

De la Ley 50 de 1990, el artículo 14.

De la Ley 4 de 1992, los artículos 1, 2 y 3.

De la Ley 100 de 1993, los artículos 11, 21 y 36.

Del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1978 (sic), el artículo 7.

Del Decreto 125 de 1976, el artículo 83.

Del Decreto 1045 de 1978, los artículos 3 y 45.

El Decreto 700 de 1993.

El Decreto 1158 de 1994.

El Decreto 2143 de 1995.

La Resolución No. 3366 de 1967, proferida por el Superintendente Bancario.

De la Resolución No. 3977 (sic), suscrita por el Superintendente Bancario, el artículo 3.

Del Acuerdo No. 003 de 1992, expedido por la Junta Directiva de CAPRESUB, los artículos 7 y 28.

El Acuerdo No. 4 de 2002.

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

El ordenamiento jurídico vigente respeta los derechos adquiridos de los asociados, por lo cual, la pensión del actor debe liquidarse con la normatividad vigente con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993.

En el presente caso deben aplicarse los Decretos 1848 de 1969 y 1045 de 1978, en virtud de los cuales la pensión equivale al 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, es decir que la prestación del actor debe liquidarse con inclusión de todos los factores salariales devengados. Además, estos conceptos laborales deben armonizarse “como dispone el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, los factores serán a quienes les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, 1.- el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, 2.- o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, o 3.- todo lo devengado en la vida laboral y 4°. todo lo devengado en el último año de servicios (Ley 33 de 1985) de acuerdo con la certificación de Pagaduría de Capresub, hoy en liquidación (...).”.

Igualmente, tal como se ha precisado en reiterados pronunciamientos jurisprudenciales, el hecho

de que el empleador no efectúe las deducciones legales para efectos de cotizar a pensión no significa que el interesado deba ver afectado el monto de la prestación, pues de las sumas ordenadas a pagar por concepto de reliquidación pensional es posible deducir los aportes a que haya lugar.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, mediante sentencia de 8 de marzo de 2007, desestimó las excepciones propuestas por la demandada y accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, en cuanto ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación del actor teniendo en cuenta el fomento al ahorro y negó la inclusión de los demás factores salariales reclamados. Esta decisión se adoptó con base en los siguientes argumentos (Fls.848 a 877):

No prospera la excepción de falta de competencia propuesta por la entidad accionada toda vez que el demandante trabajó en la superintendencia Bancaria como empleado público, con una relación legal y reglamentaria, por lo cual es competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa decidir el reajuste pensional pretendido.

El accionante se encuentra amparado por el régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, tiene derecho a que su pensión se liquide con base en los mandatos de las Leyes 33 y 62 de 1985.

De conformidad con las anteriores normas, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden se liquidan sobre los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, los cuales se encuentran taxativamente señalados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

Ahora bien, el régimen anterior debe aplicarse en su integridad y, por lo tanto, no es posible liquidar la prestación del actor con base en lo dispuesto por el inciso 3 de la Ley 100 de 1993, pues ello contraviene el principio de inscindibilidad de las normas.

Los factores que deben incluirse para liquidar la pensión del actor son: la asignación básica mensual, dentro de la cual se encuentra comprendido el denominado fomento al ahorro; la prima de antigüedad y la bonificación. No pueden tenerse en cuenta los demás factores solicitados por el demandante porque no se encuentran enlistados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

Entonces, se declara la nulidad parcial de las Resoluciones Números 294 de 8 de agosto de 2003 y 061 de 24 de octubre de 2003 y, a título de restablecimiento del derecho se ordena la reliquidación de la pensión del actor con inclusión de la asignación básica, prima de antigüedad, bonificación y fomento al ahorro, devengados durante el último año de servicio que corresponde al lapso comprendido entre el 1 de junio de 2002 y 31 de mayo de 2003.

No hay lugar a imponer la condena en costas deprecada.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Las partes demandante y demandada interpusieron recurso de apelación contra la decisión del A quo, exponiendo los motivos de inconformidad que a continuación se indican:

- La parte demandante, al sustentar la impugnación expuso los siguientes argumentos (Fls. 969 a 986):

De conformidad con el artículo 53 de la Constitución Política al actor le es más favorable que su pensión se liquide con base en el promedio de todo lo devengado durante el último año de servicio, teniendo en cuenta los mandatos de la Ley 6 de 1945 y el Decreto 1045 de 1978, entre otras normas.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que constituye salario todo lo que percibe el trabajador como remuneración directa de sus servicios, por lo cual debe incluirse de manera especial el fomento al ahorro.

El Tribunal ordenó la reliquidación de la prestación con base en algunos factores devengados durante el último año de servicio pero omitió la inclusión de otros, que igualmente eran pertinentes como la bonificación, las primas de servicios, navidad, estatutarias, antigüedad y vacaciones; retroactiva; descanso remunerado; fomento al ahorro; viáticos; auxilios de transporte y alimentación; y, bonificación especial de recreación. Por lo tanto, la sentencia se apartó de los hechos que resultaron probados dentro del proceso.

- Por su parte, la entidad accionada, solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia por las siguientes razones (Fls. 891 a 894):

El fomento al ahorro es una prestación extralegal no constitutiva de factor salarial, por lo cual no puede conformar la base de liquidación pensional. Además, CAPRESUB no tenía facultades para crear esta prestación.

En este caso únicamente debe acudirse al régimen salarial y prestacional previsto para los servidores públicos y no el propio de los trabajadores privados.

A lo anterior se agrega que los factores que conforman la base de liquidación de las pensiones están taxativamente previstos por la normatividad vigente, por lo cual no pueden incluirse otros. Igualmente, es válido afirmar que no todo pago que recibe el servidor público constituye asignación básica.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

El problema jurídico se contrae a determinar si el actor tiene derecho a que su pensión de jubilación se liquide con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

El actor, al sustentar la impugnación de la sentencia proferida por el A quo, manifestó que si bien es cierto el Tribunal ordenó la reliquidación de su prestación teniendo en cuenta algunos factores salariales devengados durante el último año de servicios, también lo es que omitió decretar la inclusión de otros que también fueron devengados por el demandante en el mismo período y que son pertinentes, pues así lo disponen la Ley 6 de 1945 y el Decreto 1045 de 1978, entre otras normas.

Por su parte, la entidad accionada, mediante el recurso de alzada, solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, por considerar que el actor no tenía derecho a que su pensión de jubilación se reliquidara en los términos ordenados, pues tal determinación no se adecua al ordenamiento jurídico vigente.

Con el objeto de resolver el problema expuesto, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

- De conformidad con el registro civil de nacimiento, el accionante nació el 15 de febrero de 1946 (Fl. 590).

- El 8 de agosto de 2003, por medio de la Resolución No. 294, la Directora General de la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria le reconoció al actor su pensión de jubilación, teniendo en cuenta como factores base de liquidación la “asignación básica y antigüedad” y la “bonificación”, devengados entre el 17 de julio de 1996 y el 31 de mayo de 2003 (Fls. 2 a 5).

- El 19 de agosto de 2003, el demandante interpuso recurso de reposición contra el anterior acto administrativo solicitando la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados (Fls. 10 a 36).

- El 24 de octubre de 2003, mediante la Resolución No. 061, la Liquidadora de la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria, CAPRESUB, desató el recurso de reposición y confirmó la Resolución No. 294 de 8 de agosto de 2003 (Fls. 6 a 9).

- De conformidad con la certificación expedida por el Tesorero de la Superintendencia Bancaria y los desprendibles de pago del actor aportados al expediente por la Jefe de División de Financiera de CAPRESUB en liquidación, durante el año anterior al retiro definitivo del servicio, comprendido entre el 31 de mayo de 2002 y el 31 de mayo de 200, el actor devengó los siguientes conceptos: “sueldos”; descanso remunerado; indemnización vacaciones; bonificación especial de recreación; bonificación especial de recreación en dinero; viáticos; bonificación; fomento al ahorro 42%; retroactivo fomento al ahorro 42%; primas de antigüedad, vacaciones, navidad, estatutarias y servicios; y, prima de vacaciones en dinero (Fls. 71 a 72 y 243 a 251).

De conformidad con el anterior acervo probatorio, procede la Sala a desatar la controversia teniendo en cuenta las normas que regulan la pensión de jubilación que le fue reconocida al actor.

Régimen de transición

La Ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social integral, con el objetivo de amparar a la población en las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, para los afiliados y sus beneficiarios, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales y a crear mecanismos de carácter económico que contrarrestaran las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se veían sometidos.

No obstante lo anterior, la referida ley en su artículo 36 preceptúa lo siguiente:

ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40)

o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

(...).”.

Se observa, entonces, que la Ley 100 de 1993 creó un régimen de transición, que ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

Teniendo en cuenta las pruebas allegadas al expediente, se acreditó que al 1 de abril de 1994 el actor tenía más de 40 años de edad, por lo cual se encuentra dentro de las previsiones del régimen de transición de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, es pertinente determinar cuál era la norma anterior que regulaba su situación pensional para efectos de establecer la cuantía de la prestación que fue reconocida por la entidad accionada.

Normatividad aplicable al caso concreto

Con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 el régimen general de pensiones estaba contemplado en la Ley 33 de 1985, la cual en su artículo 1 dispone que el empleado oficial tendrá derecho al pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio base para los aportes durante el último año de servicio siempre que preste o haya prestado 20 años continuos o discontinuos de servicios y tenga 55 años de edad.

Sin embargo, el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 indicó que **“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.”.**

En la presente controversia tanto la entidad accionada como el Juez de primera instancia coincidieron en indicar que la pensión de jubilación del actor se regulaba por los mandatos de las Leyes 33 y 62 de 1985; sin embargo, se encuentra acreditado que el actor prestó sus servicios a la Superintendencia Bancaria a partir del 28 de febrero de 1968 al 31 de mayo de 200, es decir, que para el año 1985, éste contaba con más de 15 años de servicio, por lo cual le eran aplicables las disposiciones anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 33.

Ahora bien, mediante sentencia de 9 de julio de la presente anualidad, la Sección Segunda de esta Corporación indicó que la normatividad anterior correspondía a la Ley 6 de 194, al considerar que:

“La Ley 33 de 1985, en su artículo 25, derogó los artículos 27 y 28 del Decreto Extraordinario 3135 de 1968, y las demás disposiciones que le fueren contrarias, con el siguiente tenor literal:

“Esta ley rige a partir de su sanción y deroga los artículos 27 y 28 del Decreto extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que le sean contrarias.”

El artículo 1º, parágrafo 2, ibidem, estableció un régimen de transición consistente en que los empleados que llevaran un tiempo de servicio de 15 años a la fecha de expedición de la ley,

podían pensionarse con los requisitos del régimen anterior de pensiones contenido en la Ley 6 de 1945. El tenor literal de párrafo es el siguiente:

“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...”.

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

“Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

(...)

b) Pensión vitalicia de jubilación cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30) ni exceder de doscientos pesos (\$200) en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión.”.

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

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

A su vez, los artículos 68 y 73 del Decreto 1848 de 1969 preceptúan:

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

(...).”.

ARTICULO 73. CUANTÍA DE LA PENSIÓN. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) 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.”

Liquidación pensional

En este orden de ideas, y como la Ley 6 de 1945 no previó los factores a tener en cuenta para el reconocimiento de las pensiones, para efectos de determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación es oportuno acudir a lo preceptuado en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978,

norma posterior y de carácter general que enuncia los factores salariales a tenerse en cuenta al momento de liquidar las cesantías y las pensiones, en los siguientes términos:

“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;
- m) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del art. 38 del decreto 3130 de 1968.”.

En lo concerniente a la interpretación que debe otorgarse a la precitada norma, la Sección Segunda de esta Corporación ha precisado:

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

.”.

Con base en lo anteriormente expuesto, en el sub lite el actor tiene derecho a la reliquidación de su pensión incluyendo los factores salariales devengados durante el año anterior al retiro definitivo del servicio y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al momento de efectuar la liquidación de la prestación.

En efecto, durante el año anterior al retiro definitivo del servicio, comprendido entre el 31 de

mayo de 2002 y el 31 de mayo de 200, el actor devengó los siguientes conceptos: “sueldos”; descanso remunerado; indemnización vacaciones; bonificación especial de recreación; bonificación especial de recreación en dinero; viáticos; bonificación; fomento al ahorro 42%; retroactivo fomento al ahorro 42%; y, primas de antigüedad, vacaciones, vacaciones en dinero, navidad, estatutarias y servicios.

CAPRESUB, de acuerdo con lo probado en el proceso, al liquidarle la pensión de jubilación tuvo en cuenta, la “asignación básica y antigüedad” y la “bonificación”.

En consecuencia, el demandante tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación incluyendo como factores salariales el fomento al ahorro del 42%, que ya fue decretado en primera instancia, y las primas de vacaciones, navidad, y servicios.

En lo que concierne a la naturaleza jurídica del fomento al ahorro esta Corporación se ha pronunciado, mediante sentencia de 27 de abril de 2000, indicando qu:

“Como lo ha planteado la Corporación en numerosas oportunidades, tal como lo precisa el artículo 127 del C.S.T. “Constituye salario no solo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la denominación que se adopte...”

Significa lo anterior que no obstante el 42% del salario se haya denominado fomento al ahorro, como no se ha probado que el pago de esta suma tenga causa distinta a la del servicio que presta el funcionario constituye indudablemente factor salarial, por lo que es forzoso concluir que se trata de salario y no de una prestación social a título de complemento para satisfacer las necesidades del empleado o su familia; es decir, forma parte de la asignación mensual que devengaba el actor.”.

En consecuencia, el 42% pagado en forma mensual a los funcionarios de la Superintendencia Bancaria y de la Caja de Previsión Social de la Superbancaria constituye salario y forma parte de la asignación básica mensual. En torno a esta conclusión, la Sala ha manifestad:

“Indudablemente los empleados de la Superintendencia Bancaria perciben el salario mensual a través de dos fuentes: la Superintendencia misma y la Caja de Previsión Social, Capresub. Efectivamente cada mes la entidad les paga la asignación básica y la Caja un 42% de esa suma, adicionalmente; en otras palabras la asignación mensual está constituida por lo reconocido por estos dos organismos, fuera de otros factores que puedan concurrir en ella.”.

Estos lineamientos interpretativos permiten concluir que el fomento al ahorro constituye salario y, por lo tanto, es computable para efectos de liquidar la pensión que le fue reconocida al accionante, tal como lo ordenó el A quo.

No se ordenará la inclusión del descanso remunerado y la indemnización de vacaciones, porque las vacaciones no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador, por lo cual, no es posible computarlas para fines pensionales. En efecto, esta Corporación ha precisado que la compensación monetaria, que se otorga al trabajador cuando no disfruta de sus vacaciones, no puede servir de base salarial para liquidar la pensión de jubilació.

Por otra parte, los Decretos 660 de 2002 y 3535 de 2003, expedidos en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, fijaron las escalas de asignación básica de los empleos que fueron desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones

Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, del orden nacional y dictó otras disposiciones. Estos decretos, en su artículo 1, establecieron que su ámbito de aplicación se extendía a los siguientes servidores público:

“Artículo 1°. Campo de aplicación. El presente decreto fija las escalas de remuneración de los empleos, que sean desempeñados por empleados públicos correspondientes a los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, Establecimientos Públicos, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, Empresas Industriales y Comerciales del Estado, Sociedades de Economía Mixta sometidas al régimen de dichas empresas, entidades en liquidación, del orden nacional y de las Direcciones Generales de Bienestar Social y de Sanidad de la Policía Nacional.”.

Por su parte el artículo 14, de ambos decretos, reguló la bonificación por recreación en los siguientes términos:

“Artículo 14. Bonificación especial de recreación. Los empleados públicos a que se refiere el presente decreto tendrán derecho a una bonificación especial de recreación, por cada período de vacaciones, en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de iniciar el disfrute del respectivo período vacacional. Igualmente, habrá lugar a esta bonificación cuando las vacaciones se compensen en dinero.

Esta bonificación no constituirá factor de salario para ningún efecto legal y se pagará por lo menos con cinco (5) días hábiles de antelación a la fecha de inicio en el evento que se disfrute del descanso remunerado.”.

Se concluye, entonces, que la bonificación por recreación no constituye salario, pues no se reconoce como contraprestación directa del trabajo desempeñado por el servidor público, sino que se ocasiona en razón de las vacaciones, ya sea que éstas se disfruten en tiempo o se compensen en dinero. Además, la normatividad expresamente ha indicado que no es factor salarial, por lo cual tampoco se ordenará la inclusión de este factor para conformar la base de liquidación pensional del demandante.

Tampoco se tendrá en cuenta la prima estatutaria, porque la Resolución No. 3366 de 1967 (Fl. 377 a 394), por medio de la cual la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria determinó las prestaciones legales y los beneficios extralegales a favor de los empleados y pensionados de la Superintendencia Bancaria, consagró dicho concepto en su artículo 86, el cual está contenido dentro del Capítulo II, que consagra las prestaciones sociales, el cual, a su vez, en la Sección I, establece las prestaciones sociales percibidas en actividad.

Es decir que, la prima estatutaria es en realidad una prestación social, la cual, si bien surge con ocasión del servicio subordinado que se proporciona al empleador, no retribuye propiamente la actividad desplegada por el trabajador y, en consecuencia, no puede constituir base de liquidación de la pensión de jubilación que le fue reconocida al actor.

A lo anterior se agrega que la parte accionante no demostró que las sumas devengadas por el referido concepto lo hayan sido como consecuencia de la prestación del servicio, es decir, de proporcionar su fuerza de trabajo con el fin de cumplir los deberes propios de su cargo.

Finalmente, en lo concerniente a los viáticos devengados por el demandante se observa que los

misimos no pueden hacer parte del ingreso base de liquidación de su pensión porque el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 únicamente permite su inclusión cuando los mismos han sido devengados por el trabajador por un término no inferior a 180 días en el último año de servicios, situación que no se encuentra acreditada en el expediente, pues este concepto solamente aparece referenciado en los meses de octubre y noviembre del año 2002, período que resulta inferior a los 6 meses que exige la norma.

Por otra parte, en casos con contornos similares al presente, se ha indicado que procede el descuento de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal. Esta tesis ha sido sostenida en otras oportunidades por esta Corporación indicando que la referida omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional. En consecuencia, la decisión de primera instancia será adicionada en este aspecto.

Así las cosas, el proveído impugnado, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, i) será revocado parcialmente en cuanto negó la inclusión de las primas de vacaciones, navidad y servicios como factores base de liquidación de la pensión que devenga el actor; ii) será adicionado en el sentido de indicar que la entidad demandada podrá efectuar los descuentos por aportes a que haya lugar sobre los factores salariales cuya inclusión se ordena para efectos de conformar el ingreso base de liquidación; y, iii) será confirmado en lo demás, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Revócase parcialmente la sentencia de 8 de marzo de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, proferida dentro del proceso incoado por Raúl Armando Quiñones Villareal contra la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria, CAPRESUB, en liquidación, en cuanto negó la reliquidación de la pensión del actor con inclusión de las primas de vacaciones, navidad, y servicios.

En su lugar,

Ordénase la inclusión de las primas de vacaciones, navidad y servicios, para efectos de reliquidar la pensión de jubilación que devenga el demandante.

Adiciónase el proveído impugnado en el sentido de indicar que la entidad demandada podrá efectuar los descuentos por aportes correspondientes a los factores sobre los cuales no se haya realizado la deducción legal, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Confírmase en lo demás la decisión de primera instancia.

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

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA



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

