

PENSION DE JUBILACION – Régimen de transición en la Ley 33 de 1985. Beneficiarios.
Factores / VIATICOS – No es factor pensional / BONIFICACION POR SERVICIOS
PRESTADOS – Es factor pensional

La Ley 33 de 1985 también estableció un régimen de transición, pues fue querer del Legislador salvaguardar aquellas expectativas de algunos servidores públicos que para la época estaban cerca de adquirir su beneficio pensional. La transición de la Ley citada estuvo dirigida a dos grupos de servidores públicos. Un primer grupo compuesto por los empleados oficiales que pertenecieran a un régimen especial de pensiones, a quienes benefició permitiéndoles pensionarse con base en las normas especiales, sin ninguna restricción. El segundo grupo estuvo dirigido a aquellos servidores públicos que no tuvieran un régimen especial, pero que por haber laborado por más de 15 años a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, podían pensionarse con base en normas anteriores, pero sólo respecto de la edad, pues en relación con los demás requisitos de tiempo, monto y factores para liquidar la pensión serían los contemplados en la referida Ley 33 y sus modificaciones. En tales condiciones, si bien el actor gozaba de la transición de la Ley 33 de 1985, por haber laborado por más de 15 años para el año de 1985; dicho beneficio solamente lo beneficia respecto de la edad del régimen anterior, quedando bajo las normas de la Ley 33 todo lo relacionado con el tiempo de servicio, el monto y los factores para liquidar su pensión de jubilación. De esta manera, la Sala encuentra que no es posible aplicar los factores del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, como lo propone el demandante, pues dicho cuerpo normativo perdió vigencia para los empleados oficiales pertenecientes al régimen general y ordinario de pensiones, como lo es el actor.

DESCUENTOS SOBRE FACTORES NO AUTORIZADOS – Reembolso

Es claro que si los factores que deben ser considerados para efectos pensionales son los señalados por la ley, sobre los cuales es imperativo el descuento por aportes, como quedó establecido, ningún factor diferente puede entonces válidamente ser incluido en la liquidación de la pensión. Lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985 no tiene otro alcance distinto al de imponer a las entidades la obligación de cancelar los respectivos aportes sobre los rubros constitutivos de factor pensional y no abrir la posibilidad de incluir diferentes factores a los que taxativamente la norma señaló. Si la entidad de previsión social realizó descuentos sobre factores que no se encuentran en la lista taxativa de las Leyes 33 y 62 de 1985, como ocurre en el presente asunto con los viáticos (folio 13), para la Sala es coherente que dichos valores sean reembolsados al pensionado, pues aceptar lo contrario sería consentir un enriquecimiento sin justa causa por parte de la Administración; situación que contraría los principios de justicia y proporcionalidad que sostienen el Sistema General de Pensiones.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., seis (6) de agosto de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 25000-23-25-000-2002-12846-01(0640-08)

Actor: EMILIO PAEZ CRISTANCHO

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y la demandada contra la sentencia de 4 de octubre de 2007, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

EMILIO PÁEZ CRISTANCHO, a través de apoderado, acudió a la jurisdicción en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo y solicitó la nulidad de los oficios 105057 de 15 de mayo y 108376 de 4 de julio, ambos de 2002, por medio de los cuales la Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL- le negó la reliquidación de su pensión de jubilación, con inclusión de todos los factores salariales y, en especial, los viáticos devengados en el último de año de servicios.

Como consecuencia de tal declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la entidad demandada reliquidar su pensión de jubilación, con inclusión de todos los factores salariales y los viáticos percibidos durante el último año de servicios comprendido entre el 1 de diciembre de 1992 y el 30 de noviembre de 1993.

Los hechos de la demanda se resumen así:

El actor laboró al servicio del Estado en el Fondo Nacional de Caminos Vecinales por más de 20 años desde el 1 de febrero de 1965 hasta el 30 de noviembre de 1993.

Por el período comprendido entre el 1 de enero de 1995 y le 30 de enero de 1998, el actor cotizó para el Sistema General de Pensiones como empleado privado.

Mediante Resolución 1118 de 30 de enero de 2001, la Caja Nacional de Previsión Social reconoció al actor una pensión de jubilación efectiva a partir del 1 de mayo de 1998, sin tener en cuenta todos los factores salariales y, en especial, los viáticos devengados durante el último año de servicios, y sobre los cuales aportó el 5%.

Inconforme, el 13 de julio de 2001 el actor solicitó de la Caja la reliquidación de su pensión, con el fin de que se incluyeran todos los factores devengados en el último año de servicios, especialmente los viáticos.

Por medio de auto 105057 de 15 de mayo de 2002, la Caja negó la petición de reliquidación, para lo cual argumentó que al estar amparado por el Régimen de Transición de la Ley 100 de 1993, la edad, el tiempo de servicio y el monto para acceder a la pensión son los previstos en las Leyes 33 y 62 de 1985; mientras que los factores a tener en cuenta para liquidar su pensión de jubilación son los contenidos en el Decreto 1158 de 1994 en el cual no se encuentran los viáticos como factor base de liquidación.

La anterior decisión fue recurrida en apelación por el demandante; recurso que fue rechazado por la Caja mediante el auto 108376 de 4 de julio de 2002, acto con el cual se agotó la vía

gubernativa.

Como normas vulneradas invocó los artículos 1, 2, 4, 13, 23, 25, 29 y 48 de la Constitución Política, 45 del Decreto 1045 de 1978, 3 de la Ley 33 de 1985, 1 de la Ley 62 de 1985, 9 de la Ley 71 de 1988, 10 del Decreto 1160 de 1989; 130 del Código Sustantivo del Trabajo, 79 del Decreto 1950 de 1973 y 11 y 36 de la Ley 100 de 1993. El concepto de violación lo desarrolló de la siguiente forma:

Mediante los actos acusados se infringieron las normas citadas; por cuanto la Caja Nacional de Previsión Social desconoció los efectos del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, cuando aplicó los factores salariales del Decreto 1158 de 1994 para liquidar la pensión de jubilación del actor, sin incluir los valores recibidos por todos los factores salariales y viáticos devengados en el último año de servicios.

En cuanto al tema de los viáticos, el demandante trajo a colación apartes de sentencias del Consejo de Estado en los que se le asigna a los viáticos la naturaleza de factor salarial capaz de incidir en la liquidación pensional.

Finalmente, afirma que los actos acusados están viciados de nulidad, toda vez que su contenido no se ajusta a los parámetros establecidos por la Constitución Política y la ley para liquidar su beneficio prestacional.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Caja Nacional de Previsión Social se opuso a las pretensiones de la demanda (folios 48 a 50) en los términos que se pasan a resumir:

Los actos administrativos acusados fueron expedidos con atención al marco jurídico vigente, por lo que deben rechazarse las pretensiones de la demanda.

Además argumentó que con la entrada en vigencia del nuevo Sistema Integral de Seguridad Social, a partir del 1 de abril de 1994 quedó derogada la pensión de retiro por vejez, ya que el nuevo ordenamiento contempla unos requisitos taxativos para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

La parte actora no acreditó ante Cajanal el mínimo de tiempo requerido para la acceder al beneficio pensional, por lo cual se le negó su solicitud.

De los documentos allegados al expediente, se puede observar que el actor puede tener derecho a una pensión por aportes, la cual debe ser reconocida en los términos de la Ley 71 de 1988 y el Decreto 2709 de 1994.

En cuanto a los viáticos por 183 días, no le es aplicable el Decreto 1045 de 1978, sino el Decreto 1158 de 1994, por cuanto el status pensional lo consolidó bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993.

3. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda (folios 210 a 233 c. ppal) por los motivos que se resumen así:

En primer lugar, el a quo determinó que la pensión del actor debía regirse por las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, pues para la época de su entrada en vigencia cumplía los

requisitos exigidos por el régimen de transición. En consecuencia, estableció como marco para la liquidación pensional las Leyes 33 y 62 de 1985.

Posteriormente y aclarado el régimen al cual debía someterse la liquidación de la pensión del actor, el Tribunal precisó que los factores previstos en las Leyes 33 y 62 de 1985 son taxativos y, por tanto, sólo con base en ellos se puede determinar el valor de la mesada pensional.

Acto seguido, encontró que los factores reclamados de primas de alimentación, servicios, navidad y vacaciones, así como también los viáticos no forman parte de la base de liquidación pensional, pues no están dentro de la lista de factores de que tratan las Leyes 33 y 62 de 1985.

Finalmente, reconoció que la bonificación por servicios prestados al encontrarse dentro de los enlistados, debe integrar la base para liquidar la pensión del actor; situación que originó en esa parte la nulidad parcial de los actos acusados.

4. RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. La parte demandada apeló la sentencia del Tribunal (folios 163 a 170), para lo cual argumentó que al actor se le garantizaron los beneficios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, esto es, se le respetaron los requisitos de edad, tiempo y monto para acceder a la pensión de jubilación previstos en el régimen anterior. Sin embargo, en cuanto a los factores a tener en cuenta y a la forma de liquidación pensional las normas aplicables son los artículos 1 del Decreto 1158 de 1994 y 36 [inc 3] de la Ley 100 de 1993, pues sobre dichos aspectos el régimen de transición no los cobija.

Como quiera que los factores reclamados por el actor para liquidar su pensión, no se encuentran en la Ley 100 de 1993 ni el Decreto 1158 de 1994, no es posible jurídicamente tenerlos en cuenta para la reliquidación pensional.

4.2. Por su parte, la parte actora solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia y, en su lugar, la estimación de todas sus pretensiones encaminadas a la reliquidación de su pensión de jubilación con base en todos los factores salariales sobre los que aportó.

Para la solicitud anterior, estimó que al encontrarse en el régimen de transición tanto de la Ley 100 de 1993 como de la Ley 33 de 1985, la base de liquidación se constituye con todos los factores salariales que sirvieron para realizar los aportes, de conformidad con el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. De manera que los sueldos y los viáticos devengados por más de 183 días en el último año de servicios deben incluirse en la base de liquidación pensional (folios 177 a 181).

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandada alegó de conclusión y solicitó la denegatoria de las pretensiones de la demanda, para lo cual insistió en que el actor se le respetaron los beneficios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, en cuanto a la edad, tiempo y monto para acceder a la pensión de jubilación con la norma anterior. No obstante, respecto de los factores a tener en cuenta para calcular el monto son los enlistados en el Decreto 1158 de 1994, dentro de los cuales no se encuentran los reclamados por la demanda (folios 195 a 201).

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los términos de los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y la demandada, debe la Sala precisar si se ajustan o no a derecho los actos administrativos, por medio de los cuales la Caja Nacional de Previsión Social negó la reliquidación pensional, con inclusión de todos los factores salariales, en especial, los viáticos.

En orden a resolver el problema jurídico planteado, la Sala pone de presente las siguientes reflexiones:

Para la época en que el actor consolidó su status pensional, esto es, el 8 de noviembre de 1997, había entrado en vigencia el Sistema de Seguridad Social contenido en la Ley 100 de 1993. No obstante, no hay que perder de vista que dicho Sistema previó la protección de los derechos adquiridos para aquellos servidores públicos que para ese momento hubieran cumplido los requisitos para pensionarse o estuvieran pensionados con base en normas anteriores.

Además de la protección de los derechos adquiridos, la Ley 100 de 1993 fue más allá, pues estableció un régimen de transición en su artículo 36 en los siguientes términos:

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

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de los devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos. ...” (Subraya la Sala).

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

Para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante se hallaba dentro del régimen de transición, pues contaba con más de 15 años de servicios y 40 años de edad, en razón de que nació el 8 de noviembre de 1942 (folio 64) y empezó labores el 1 de febrero de 1965. Por tanto, el régimen aplicable para acceder al beneficio pensional debía ser el anterior a la

mencionada Ley 100.

Así pues, el régimen anterior a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y aplicable al caso que ocupa a la Sala, es el contenido en la Ley 33 de 1985, el cual reguló de manera general y ordinaria el derecho pensional de todos los empleados del sector oficial.

A su turno, la Ley 33 de 1985 también estableció un régimen de transición, pues fue querer del Legislador salvaguardar aquellas expectativas de algunos servidores públicos que para la época estaban cerca de adquirir su beneficio pensional.

La transición de la Ley citada estuvo dirigida a dos grupos de servidores públicos. Un primer grupo compuesto por los empleados oficiales que pertenecieran a un régimen especial de pensiones, a quienes benefició permitiéndoles pensionarse con base en las normas especiales, sin ninguna restricción. Así lo dispuso el inciso 2 del artículo 1 en los siguientes términos:

[...]

“No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.” [...]

El segundo grupo estuvo dirigido a aquellos servidores públicos que no tuvieran un régimen especial, pero que por haber laborado por más de 15 años a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, podían pensionarse con base en normas anteriores, pero sólo respecto de la edad, pues en relación con los demás requisitos de tiempo, monto y factores para liquidar la pensión serían los contemplados en la referida Ley 33 y sus modificaciones. Corrobora lo anterior el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley citada que en lo pertinente señaló:

[...]

PARAGRAFO 2o. 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”. [...] (Subraya la Sala).

En tales condiciones, si bien el actor gozaba de la transición de la Ley 33 de 1985, por haber laborado por más de 15 años para el año de 1985; dicho beneficio solamente lo beneficia respecto de la edad del régimen anterior, quedando bajo las normas de la Ley 33 todo lo relacionado con el tiempo de servicio, el monto y los factores para liquidar su pensión de jubilación. De esta manera, la Sala encuentra que no es posible aplicar los factores del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, como lo propone el demandante, pues dicho cuerpo normativo perdió vigencia para los empleados oficiales pertenecientes al régimen general y ordinario de pensiones, como lo es el actor.

Es claro entonces que el demandante tiene derecho a que se le aplique en su integridad el régimen consagrado en la disposición legal anterior, primero, por encontrarse dentro del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y, además, por haber adquirido el status de pensionado el 8 de noviembre de 1997. Sin perjuicio de lo anterior, resulta importante precisar que si bien la Sala conoce la discrepancia que se ha suscitado en la doctrina y en la jurisprudencia sobre el tema del monto pensional, en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, en estos casos reitera su posición al respecto, en el sentido de aplicar en su integridad el porcentaje y la base para liquidar

la pensión del régimen anterior a la Ley 100, sin que sea posible aplicar la regla del inciso 3 de su artículo 36, en virtud de la protección al principio constitucional de la favorabilidad.

Conforme a lo explicado, resulta acertada la aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985 que fijaron los factores que deben tenerse en cuenta para liquidar la pensión del actor, esto es, la asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Como puede verse, allí no están incluidos los viáticos devengados por más de 183 días por el demandante en el último año de servicios, por lo cual no es viable computarlos en la cuantía de la pensión de jubilación que le fue reconocida mediante Resolución 1118 de 30 de enero de 1998.

En cuanto al factor de “bonificación por servicios prestados”, está probado que el actor la devengó en el último año de servicios; sin embargo, la Caja no lo tuvo en cuenta para liquidar su pensión; situación que permite acceder a las pretensiones de la demanda en ese aspecto, como bien lo hizo el a quo. No obstante, la Sala adicionará la sentencia apelada, en el sentido de ordenar que dicho factor debe incorporarse a la base de liquidación pero de manera proporcional, esto es, en una doceava parte de su valor total, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del Estado.

En relación con el argumento del actor, según el cual, los factores de las Leyes 33 y 62 de 1985 no son taxativos y es posible aplicar los consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en razón de que dichas normas contemplaron que “En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”, la Sala desestima tal proposición, porque cuando las normas refieren que las pensiones deben liquidarse con base en los mismos factores sobre los que se aportó, dicha expresión debe leerse bajo el entendido que es obligación de las Cajas de Previsión hacer los descuentos por aportes pero sólo sobre los factores taxativamente señalados para construir la pensión del afiliado, sin que ello implique abrir un abanico de factores que eventualmente puedan constituirse como base para liquidar la pensión.

Para la Sala es claro que si los factores que deben ser considerados para efectos pensionales son los señalados por la ley, sobre los cuales es imperativo el descuento por aportes, como quedó establecido, ningún factor diferente puede entonces válidamente ser incluido en la liquidación de la pensión. Lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985 no tiene otro alcance distinto al de imponer a las entidades la obligación de cancelar los respectivos aportes sobre los rubros constitutivos de factor pensional y no abrir la posibilidad de incluir diferentes factores a los que taxativamente la norma señal.

Admitir que todos los factores salariales pueden constituirse como base de liquidación pensional, es quitarle el efecto útil del listado que dedicadamente estableció el Legislador para la liquidación de pensiones de los empleados oficiales. Va contra el sentido común pensar que el Congreso de la República enfiló esfuerzos para seleccionar un listado e incluir ciertos factores de liquidación, para llegar a la conclusión de que todos pueden incluirse.

Ahora bien, si la entidad de previsión social realizó descuentos sobre factores que no se encuentran en la lista taxativa de las Leyes 33 y 62 de 1985, como ocurre en el presente asunto con los viáticos (folio 13), para la Sala es coherente que dichos valores sean reembolsados al

pensionado, pues aceptar lo contrario sería consentir un enriquecimiento sin justa causa por parte de la Administración; situación que contraría los principios de justicia y proporcionalidad que sostienen el Sistema General de Pensiones.

Dicho reembolso deberá ajustarse en su valor con aplicación de la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la correspondiente partida de reembolso de descuentos por aportes, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago). Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

Finalmente y conforme a lo expuesto, es imperioso para la Sala confirmar la sentencia del Tribunal, en cuanto a la inclusión de la bonificación por servicios prestados como factor constitutivo de la base de liquidación pensional; y con la adición respecto a que la entidad demandada debe rembolsar los valores correspondientes a descuentos por aportes sobre el factor de viáticos.

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

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia de 4 de octubre de 2007, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con la siguiente adición:

ORDÉNASE a la Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL- rembolsar a Emilio Páez Cristancho, los valores correspondientes por concepto de descuentos por aportes de viáticos, los cuales deberán ajustarse de acuerdo con la fórmula señalada en la parte motiva de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PAEZ JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE

GERARDO ARENAS MONSALVE



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

