

REGIMEN DE TRANSICION PENSIONAL DE EMPLEADOS PUBLICOS - Marco jurídico y jurisprudencial / REGIMEN DE TRANSICION DE LA LEY 100 DE 1993 - Definición y unificación de criterios generales. Hipótesis que admite y factores salariales

Observa la Sala que el asunto en discusión se reduce a definir la forma de liquidación del derecho pensional de los empleados públicos inmersos dentro del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tema que hasta el momento no ha encontrado una posición uniforme en cuanto a la interpretación de las reglas contenidas en el mencionado artículo, en principio por la ambigüedad y desafortunada redacción del mismo (que literalmente implica para los beneficiarios del régimen de transición la aplicación del régimen pensional anterior únicamente en cuanto a la edad, el tiempo y el monto de la pensión, y un cálculo del Ingreso Base Liquidación de acuerdo a las reglas contenidas en el inciso 3° de dicho artículo), y además, por la incomprensión del alcance del derecho allí contenido. En efecto, del examen de los diversos pronunciamientos judiciales que al respecto ha proferido esta Corporación, se advierten diferentes criterios de interpretación que, partiendo de la finalidad del régimen de transición en algunos casos y regresando al extremo de la literalidad en otros, han intentado establecer los factores base y la forma de liquidación del derecho pensional de los beneficiarios del régimen de transición, sin que exista uniformidad en cuanto al alcance de la norma al respecto. Del anterior examen jurisprudencial, se observa la complejidad que ha suscitado la aplicación del régimen de transición contenido en la Ley 100 de 1993, en cuanto a su alcance, las reglas aplicables a la liquidación de los derechos amparados por el mismo y los factores salariales que para tal efecto deben tenerse en cuenta en cada caso, lo que impone para la Sala la definición y unificación de algunos criterios generales que permitan de manera consecuente definir los asuntos que al respecto se presentan en sede judicial, sin desconocer desde luego los límites fácticos, formales y probatorios que eventualmente pueden presentarse en cada caso. Para tal efecto se abordará en primer lugar la comprensión del contenido y alcance del régimen de transición en comento y posteriormente se precisarán los diferentes eventos o hipótesis que éste admite, como también los factores salariales de liquidación que corresponde observar en cada uno de ellos.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 36 INCISO 3

NOTA DE RELATORIA: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencias de 8 de junio de 2000, Exp. 2729-99; 16 de febrero de 2006, Exp. 1579-04 y 7 de junio de 2007, Exp. 5852-05, MP. Alejandro Ordóñez Maldonado; sentencia de 14 de noviembre de 2002, Exp. 3534-00, MP. Jesús María Lemos Bustamante; sentencia de 8 de septiembre de 2000, Exp. 470, MP. Nicolás Pájaro Peñaranda; sentencia de 4 de septiembre de 2003, Exp. 3636-02; sentencia de 15 de febrero de 2007, Exp. 3110-05; sentencia de 21 de mayo de 2008, Exp. 0525-08 y sentencia de 3 de diciembre de 2009, Exp. 2303-08.

REGIMEN DE TRANSICION - Contenido. Definición. Alcance / REGIMEN DE TRANSICION EN MATERIA PENSIONAL - Derecho cierto oponible / REGIMEN DE TRANSICION - Aplicación integral / REGIMEN DE TRANSICION DE LA LEY 100 DE 1993 - Hipótesis para la liquidación pensional / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Aplicación en régimen de transición pensional

El régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, constituye un mecanismo de protección establecido por el Legislador para regular

el impacto del tránsito legislativo en materia pensional, de manera que el mismo no afecte desmesuradamente a quienes si bien no han consolidado el derecho a la pensión por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa válida de obtenerlo conforme al régimen que les venía cobijando por estar próximos a su consumación. Debe precisar la Sala respecto al régimen de transición analizado que, por la naturaleza constitucional de los derechos que ampara y por la finalidad inmersa en su previsión legal, quienes configuraron a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 los supuestos de hecho establecidos por el Legislador para acceder al mismo gozan de un derecho oponible pues al consolidar la situación jurídica prevista en la Ley se activa a su favor el dispositivo de amparo que ésta consagró y habilitó legítimamente para tal efecto, que corresponde a la protección del sistema pensional que les cobijaba con anterioridad al nuevo sistema. El contenido jurídico vinculante de los sistemas de transición -particularmente el previsto en la Ley 100 de 1993- y la protección que asiste a las personas inmersas dentro de los mismos, pues la transición se erige entonces como un derecho cierto y no como una simple expectativa modificable por el Legislador, derecho que implica para éstas la habilitación del ordenamiento que cobijaba su derecho pensional antes del cambio Legislativo, en aras de la consolidación y reconocimiento del mismo bajo las reglas allí contenidas en cuanto a la totalidad de elementos que lo componen, es decir, respecto de la edad, el tiempo de servicios, las cotizaciones, el porcentaje y monto pensional, entre otros. No cabe duda alguna para concluir entonces, que todas aquellas personas cobijadas por los sistemas de transición en seguridad social, por encontrarse dentro de los supuestos establecidos por el Legislador para tal efecto, pese a no disfrutar del derecho pleno de pensión, poseen derechos ciertos a que el decreto de su pensión y el tratamiento de los demás elementos que se desligan de ésta, respeten la oponibilidad de una situación jurídica consolidada al abrigo del ordenamiento anterior que por tal virtud se les ampara.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 36

REGIMEN DE TRANSICION - Ambito de aplicación para empleados del orden nacional y territorial. Aplicación integral de normatividad anterior

Se encuentran cobijados por el régimen de transición, los trabajadores que a la entrada en vigencia de la mencionada Ley (1° de abril de 1994 para empleados del orden nacional y 30 de junio 1995 para empleados territoriales de conformidad con el artículo 151 ibidem) contaran con 35 años de edad o más si son mujeres o con 40 años de edad o más si son hombres, o con 15 o más años de servicios cotizados, para quienes las condiciones de acceso al derecho pensional como la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, se regirían por la normatividad establecida en el régimen anterior al que se encontraran afiliados. Para la Sala es claro -como se expuso en párrafos precedentes-, que el alcance del régimen de transición respecto de estas personas es integral e implica que los diferentes elementos que definen el reconocimiento y pago del derecho pensional sean gobernados sin discriminación alguna por la normatividad anterior, posición que ha constituido una constante en el tratamiento jurisprudencial del tema y que se adopta una vez más por la Sala, de manera pues que se descarta en principio o al menos en cuanto al contenido y alcance del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 una escisión en cuanto al manejo normativo y aplicación de los elementos que componen y determinan el derecho pensional de los beneficiarios de dicho régimen. Ahora, si bien en la práctica, la Administración ha reducido el alcance del régimen de transición únicamente a la aplicación de la edad, el tiempo de

servicios y el monto de la pensión, entendiendo éste último como el porcentaje de una suma promediada, lo cierto es que la expresión “monto” en criterio de la Sala comprende los diversos elementos que pueden involucrarse en el cálculo del quantum pensional, es decir, en la liquidación aritmética del derecho. En efecto, si el régimen de transición constituye para el empleado inmerso en su delimitación legal, el derecho al amparo de las condiciones de acceso al derecho pensional vigentes a su favor al momento de operar un cambio legislativo, lo que implica la regulación total de su pensión bajo las mismas, no puede desconocerse dicho beneficio y desmembrarse el derecho so pretexto de la interpretación de la terminología utilizada por el Legislador y menos aun en detrimento del quantum pensional a que aspiraba el empleado, lo que permite concluir que el derecho al régimen de transición comprende el beneficio normativo del régimen anterior respecto de la totalidad de aspectos con capacidad de afectar el derecho pensional del empleado. De acuerdo con lo anterior se tiene, que el contenido real del régimen de transición se encuentra expresado en el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues allí se describe con suficiencia la naturaleza misma de dicho beneficio.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 36

REGIMEN DE TRANSICION - Inaplicación del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 / REGIMEN DE TRANSICION - Determinación del ingreso base de liquidación en función del principio de favorabilidad / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Aplicación en régimen de transición

Luego de la prescripción del régimen de transición, el Legislador dispuso en el inciso 3° del artículo en mención, que: “El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE (...). Lo dispuesto en el aparte transcrito, en criterio de la Sala desnaturaliza la esencia y finalidad del régimen de transición previsto en el inciso 2° ibídem, al consagrar una liquidación y cálculo del Ingreso Base de Liquidación por fuera del régimen que ampara en cada caso el sistema de transición, lo que en muchos casos milita en detrimento del derecho pensional de sus beneficiarios concretamente en cuanto al monto pensional. No obstante, en sede judicial, la disyuntiva creada con la desafortunada redacción de dicho artículo ha permitido en casos particulares la aplicación de la liquidación pensional contenida en el inciso 3° pero únicamente en función del principio de favorabilidad, de manera que la situación de contradicción se resuelva siempre en beneficio del pensionado según el caso, pues de conformidad con este principio consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera entonces en casos como éste, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones. La aplicación de la favorabilidad implica la adopción integral de la norma escogida por virtud del principio de inescindibilidad de la Ley que le es inherente, debe anotarse que el régimen de transición se constituye en la excepción a dicha regla hermenéutica, pues la redacción misma del precepto legal habilita la aplicación

simultánea de los dos ordenamientos (el amparado por el régimen de transición y en cuanto a la liquidación del derecho el contenido en el inciso 3°), y en éste caso la conclusión obligada es la escindibilidad de la norma en función de la favorabilidad.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993

NOTA DE RELATORIA: Corte Constitucional, sentencia Exp. C-168 de 1995.

REGIMEN DE TRANSICION - Eventos para su aplicación / REGIMEN DE TRANSICION - Opera de pleno derecho / REGIMEN DE TRANSICION - Quien pretenda la determinación del ingreso base de liquidación de conformidad con el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe probar los elementos que permitan establecerlo / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN EL REGIMEN DE TRANSICION - Aplicación integral del régimen anterior. Cálculo del quantum, ingreso base de liquidación y normas de reconocimiento

La liquidación del derecho pensional de los empleados cobijados por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo expuesto admite tres eventos: 1) La aplicación integral de la normatividad anterior en todos los aspectos que conforman el derecho pensional, que como se mencionó al principio corresponde a la esencia misma del sistema de transición. 2) La aplicación del régimen anterior salvo en el cálculo del Ingreso Base de Liquidación, el cual se establecería por favorabilidad de conformidad con la primera regla del inciso 3° ibidem, esto es, con el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hiciera falta al empleado para acceder a la pensión a partir de la vigencia de la Ley 100, cuando éste fuere inferior a 10 años; y 3) La aplicación del régimen anterior estableciendo el ingreso base de liquidación de conformidad con la segunda regla contenida en el inciso 3° en mención, es decir, con el promedio de lo cotizado durante todo el tiempo, cuando el que faltare para acceder a la pensión fuera superior a 10 años. Al respecto debe entenderse que por ser de la esencia del régimen de transición la aplicación integral del régimen anterior, el primer supuesto opera de pleno derecho para quienes se encuentran inmersos en el mismo y consolidan su status pensional, así para efectos del cálculo del quantum pensional y la determinación del ingreso base de liquidación se observarán igualmente las normas que gobernaron la concesión del derecho; no sucede así para quienes consideran les beneficia la liquidación establecida en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues si bien corresponde al Juez aplicar el principio de favorabilidad, incumbe en estos casos a la parte interesada no sólo alegarla sino probar y aportar los elementos que permitan establecerla, pues bajo los tres supuestos anteriormente enlistados la favorabilidad de la norma sólo puede determinarse luego de la liquidación aritmética del derecho, por lo que se torna necesario para quien pretende la aplicación del inciso 3° en mención, probar que en efecto le beneficia y en tal sentido aportar los certificados salariales que respalden su pretensión. De acuerdo con lo anterior se tiene, que la liquidación del derecho pensional de los beneficiarios del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, no impone una regla jurídica homogénea en la resolución judicial de los conflictos que al respecto se presentan, sino que admite tres hipótesis que dependerán básicamente en cada caso del contenido del petitum y del acervo probatorio que lo respalde, pues si bien en la mayoría de casos resulta benéfica la aplicación integral del contenido del régimen de transición -tratándose de regímenes generales la liquidación aritmética ordenada

en las Leyes 33 y 62 de 1985-, en otros resulta favorable el cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas contenidas en el inciso 3° del artículo 36 ibidem, como en aquellos casos en los que el empleado obtuvo mayores ingresos salariales precisamente en los años que precedieron el último año de servicios, situación que teniendo en cuenta el régimen general anterior arrojaría un Ingreso Base de liquidación pensional inferior al que podría obtener el pensionado aplicando el inciso 3° en mención, que ordena su cálculo con el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hiciera falta al empleado para acceder a la pensión con la actualización año tras año conforme al IPC, caso en el que corresponde al interesado alegar y probar la favorabilidad de dicha norma.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 36 / LEY 33 DE 1985 - ARTICULO 1 / LEY 62 DE 1985 - ARTICULO 1

REGIMEN DE TRANSICION - Factores salariales aplicables en la liquidación de pensiones / PENSION DE JUBILACION - Factores salariales beneficiarios del régimen de transición / FACTOR SALARIAL - Concepto / SALARIO - Concepto / PRESTACION SOCIAL - Factores de liquidación / ELEMENTOS SALARIALES - Cálculo / FACTORES SALARIALES - Prestación social

Precisa la Sala en principio, que para definir objetivamente la favorabilidad en cada caso es menester preestablecer los factores que se implican en cada método de liquidación, inherentes a los dos sistemas generales, es decir, tanto los que se aplican de conformidad con la Ley 33 de 1985 como los que deben observarse frente a las dos reglas de liquidación contenidas en el inciso 3° de la Ley 100 de 1993. Del análisis jurisprudencial se observa al respecto, que para efectuar la liquidación pensional de los beneficiarios del régimen de transición bajo las reglas anteriormente mencionadas, se han tenido en cuenta constantemente la totalidad de sumas percibidas por el empleado como retribución por sus servicios, incluyendo dentro de dicho concepto prestaciones como la prima de navidad, la prima de vacaciones y de servicios, tesis que en el sub examine acogió el a quo al ordenar la liquidación pensional sobre todas las sumas devengadas por la actora en el último años de servicios. Lo primero que advierte al respecto la Sala es que por expresa disposición legal componen la base de liquidación pensional los factores salariales definidos en la Ley, lo que descarta en principio la inclusión de conceptos prestacionales salvo aquellos casos en los que el mismo Legislador lo ha habilitado, como se evidencia en algunos regímenes especiales en los que se incluyen en la liquidación pensional la totalidad de sumas percibidas por el empleado en el último año de servicios. Lo anterior, impone además distinguir el concepto de "factor salarial" del concepto amplio y general de "elemento salarial". Para tal efecto, se observará el planteamiento expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-279 de 1996, bajo el análisis de constitucionalidad del numeral 3° del artículo 2° de la Ley 60 de 1990, mediante el cual el Legislativo le concedió facultades extraordinarias al Ejecutivo para fijar el procedimiento, requisitos y criterios para la asignación de la prima técnica, "sin que constituya factor salarial". Uno de los fundamentos de la demanda de inconstitucionalidad que se cita, refería que la norma demandada al no consagrar esa prima técnica como un factor salarial, transgredía los Convenios Internacionales ratificados por el Congreso, específicamente el Convenio 95 aprobado por la Ley 54 de 1962, en los que se define "salario" como toda la retribución que se recibe por el trabajo. La Corte Constitucional, trajo primero a colación lo dicho por la Corte Suprema de Justicia y sostuvo lo siguiente: (...). De acuerdo con lo expuesto por las dos altas Cortes, considera la Sala que no existe ningún precepto constitucional que impida al

Legislador disponer que determinada prestación social se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, es decir, sólo con algunos elementos salariales, o lo que es mejor, corresponde al Legislador definir los elementos salariales que constituirán factor de liquidación de una prestación determinada, facultad que le compete legítimamente en desarrollo de la Constitución. Así, la distinción entre elementos salariales y factores salariales implica, que la sumatoria de los primeros corresponde al salario y que los segundos concretan por disposición expresa del Legislador, los elementos salariales que deben tenerse en cuenta para calcular una determinada prestación social de conformidad con cada régimen prestacional aplicable.

FUENTE FORMAL: LEY 33 DE 1985 / LEY 100 DE 1993 - INCISO 3 / LEY 60 DE 1990 - ARTICULO 2 NUMERAL 3 / LEY 54 DE 1962

NOTA DE RELATORIA: Corte Constitucional, sentencia Exp. C-279 de 1996.

PENSION DE JUBILACION - Factores salariales para determinar el ingreso base de liquidación en aplicación integral del régimen de transición / REGIMEN DE TRANSICION - Factores salariales para determinar el ingreso base de liquidación en aplicación del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 / REGIMEN DE TRANSICION - Factores salariales que integran el ingreso base para liquidar la pensión de jubilación. Ley 62 de 1985 y Decreto 1158 de 1994

La Sala debe abordar el asunto central, respecto a cuáles serían los factores salariales que integrarían el ingreso base para liquidar la pensión de jubilación de los pensionados gobernados por el régimen ordinario y cobijados por la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En efecto, quienes bajo el presupuesto esencial de la aplicación integral del régimen de transición, resulten gobernados por el régimen general anterior a la Ley 100 de 1993, esto es, por el contenido del artículo 1° (inc. 1°) de la Ley 33 de 1985, se aplican en cuanto al ingreso base de liquidación de su derecho los factores salariales enlistados taxativamente en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33. Para la Sala es claro que si los factores que deben ser considerados para efectos pensionales son los expresamente definidos por el Legislador, sobre los cuales es imperativo el descuento de aportes, como quedó establecido, ningún factor diferente puede entonces válidamente ser incluido en la liquidación de la pensión, de manera que lo dispuesto en el inciso 3° de la Ley 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. Constituyen entonces factores de liquidación pensional en este caso la asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional, y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados, trabajo supletorio o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. Ahora, para quienes en aplicación del principio de favorabilidad deba liquidárseles su derecho pensional teniendo en cuenta el contenido del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, deberán observarse los factores salariales previstos en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994.

FUENTE FORMAL: LEY 33 DE 1985 - ARTICULO 1 INCISO 1 / LEY 62 DE 1985 - ARTICULO 1 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 36 INCISO 3 / DECRETO 1158 DE 1994 - ARTICULO 1

FACTORES SALARIALES EN EL REGIMEN DE TRANSICION - Alcance del término lo devengado. Será lo que las normas del régimen pensional defina en cada caso / LO DEVENGADO - Alcance para liquidar pensión en régimen de transición / FACTORES SALARIALES ACTUALES - Sistema general de pensiones

Si bien, la regla jurídica allí contenida no define expresamente los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para calcular el ingreso base de liquidación y efectuar el promedio señalado, tampoco es razonable afirmar que el término “lo devengado” remplace tal aspecto de la liquidación pensional, al punto de admitir que deba incluirse al respecto la totalidad de emolumentos devengados por el empleado en el periodo allí indicado. Una interpretación tan amplia al respecto, so pretexto de la imprecisión en que incurrió el Legislador, implicaría un beneficio adicional injustificado, que excede en todo caso la finalidad misma del régimen de transición, pues como ya se explicó, éste busca amparar en el marco de un cambio legislativo en materia pensional, las condiciones de jubilación de quienes se encuentran próximos a la consolidación de su derecho al abrigo de una norma preexistente, y no la creación de un tercer régimen o de privilegios intermedios entre una y otra norma pensional, como lo sería en este caso la inclusión indiscriminada de todo lo percibido por el pensionado en el ingreso base de liquidación pensional, sin importar su naturaleza, aspecto cuya definición corresponde en todo caso al Legislador como se expuso en párrafos precedentes y por delegación del mismo al Gobierno como sucede en cuanto a los factores salariales de los derechos pensionales derivados de la Ley 100 de 1993. En cuanto al alcance de la expresión devengar o “lo devengado” incorporada en un ordenamiento de contenido pensional, ésta Corporación ha concluido que si el término se utiliza como unidad de medida de un derecho, debe ser la misma Ley la que defina cuales de los ingresos percibidos o devengados por el empleado tienen que ser contabilizados en la liquidación del derecho, de manera que “(...) lo devengado para efectos del MONTO de la mesada pensional, será lo que las normas legales del régimen pensional aplicable definan en cada caso; en el entendido de que dichas normas pueden, como en efecto ocurre, excluir de la base de liquidación de la pensión de jubilación pagos que tienen NATURALEZA salarial y de igual forma pueden como en efecto ocurre, incluir en la base de dicha liquidación conceptos que no tienen NATURALEZA salarial (...)” Lo anterior implica en el presente caso, que si el inciso 3° del artículo 36 es impreciso frente a los factores que se deben tener en cuenta para calcular el ingreso base de liquidación pensional y además en el inciso anterior remite en los aspectos no regulados por el mismo a las demás disposiciones de la Ley 100 de 1993, deben observarse los factores de liquidación pensional propios de dicho ordenamiento, los cuales se definieron en principio en el artículo 6° del Decreto 691 de 1994, y posteriormente en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994 -reglamentario del artículo 18 de la Ley 100 de 1993-, que le modificó.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 18 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 36 INCISO 3 / DECRETO 691 DE 1994 - ARTICULO 6 / DECRETO 1158 DE 1994 - ARTICULO 1

PENSION EN REGIMEN DE TRANSICION - Empleados del distrito. Ley 33 de 1985 / REGIMEN DE TRANSICION - Factores de liquidación en el 75 por ciento del salario promedio durante el último año de servicio / FACTORES DE LIQUIDACION - Unicamente los legales. Ley 33 y 62 de 1985 / PENSION DE JUBILACION - El subsidio de transporte, la prima de servicio, la prima de

vacaciones y de navidad, no son factores salariales para determinar el ingreso base de liquidación

Habiéndose desempeñado el actor como empleado público del nivel distrital, el régimen pensional que regía su derecho jubilatorio con anterioridad a la expedición del Sistema General de Pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, era el contenido en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, sin que operara en su caso particular alguna de las excepciones a su aplicación contenidas en dicho ordenamiento (régimen especial o más de 15 años de servicios al momento de entrar en vigencia), por lo que su derecho pensional se concretaría bajo la regla general allí contenida, esto es, al cumplir 55 años de edad y 20 años de servicios, como en efecto sucedió, pero en cuantía del 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, es decir, el cursado entre el 19 de mayo de 1997 y el 19 de mayo de 1998. En cuanto a la liquidación en concreto del derecho pensional, es decir, en cuanto a los factores que deben tenerse en cuenta para el cálculo de la base de liquidación de dicha prestación, debe observarse el contenido expreso del artículo 1° de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985. En consecuencia, serán los factores salariales enlistados en la Ley 62 de 1985 los que se utilizarán para promediar la base y aplicar el porcentaje establecido, es decir, la asignación básica, los gastos de representación, las primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y festivos, hora extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio, que haya devengado el actor en el último año de servicios. Como puede verse, allí no están incluidos el subsidio de transporte, la prima de servicio, la prima de vacaciones y de navidad, devengadas por la parte actora durante el último año de servicios y reconocidos en el fallo de primera instancia, por lo que no es viable computarlos en la cuantía de la pensión de jubilación del actor pues como ya se explicó, la definición de los mismos corresponde exclusivamente al Legislador. 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. Si bien la liquidación efectuada por la Entidad en el acto de reconocimiento es incorrecta, por cuanto desconoce el derecho del actor al régimen de transición que implica la aplicación integral del régimen anterior salvo los casos en los que resulta aplicable el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 bajo el principio de favorabilidad, lo que impone en este caso la reliquidación pensional a la luz de las Leyes 33 y 62 de 1985 tal como lo afirmó el a quo, la reliquidación ordenada sólo debe adelantarse con base en los factores salariales allí especificados, sin que resulte válido incorporar a la liquidación respectiva factores prestacionales como los indicados por el a quo, razón por la que el fallo apelado deberá modificarse en tal sentido, pues la inclusión de tales factores es válida únicamente en los regímenes especiales o en los casos en los que el Legislador lo habilite expresamente.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 36 INCISO 3 / LEY 33 DE 1985 - ARTICULO 1 / LEY 62 DE 1985 - ARTICULO 1 / LEY 33 DE 1985 - ARTICULO 3

ACTUALIZACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL - Procedencia ante hecho notorio de la devaluación en aplicación del principio de equidad. Indexación / INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL - Pensión

de jubilación. Fórmula. Determinación del ingreso base de liquidación / INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL - Procedencia aun cuando no hubiera sido objeto de recurso de apelación

Observa la Sala que la pensión del actor fue reconocida con posterioridad a su retiro del servicio sin que en la liquidación respectiva se efectuara la actualización de la primera mesada pensional, aun cuando medió entre los dos eventos más de un año y medio de diferencia, situación que afecta negativamente la cuantía pensional en detrimento del derecho del actor y de los postulados constitucionales contenidos en el artículo 53 y 48 de la Carta de 1991, que preconizan tanto la definición legal de los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante, como el deber del Estado de garantizar no sólo el pago oportuno de la pensiones legales sino su reajuste periódico. En efecto, la cuantía de la pensión de jubilación del actor, efectiva a partir del 19 de febrero de 2000, se reconoció y pagó con valores deteriorados, puesto que ellos datan de casi dos años atrás. Su reconocimiento en tales términos resulta inequitativo pues es indiscutible que no tiene el mismo poder adquisitivo el promedio de lo devengado en el período comprendido entre los meses de mayo de 1997 y 1998, que el promedio que debía corresponder a 19 de febrero del 2000, fecha a partir de la cual se reconoció la pensión habiendo cobrado efectos ya el impacto inflacionario sobre las sumas percibidas en dicho lapso, estableciéndose por tanto la liquidación de la pensión con valores empobrecidos. Si bien, el régimen anterior aplicado por virtud de la transición no contempla la actualización de la base salarial para el reconocimiento y pago de pensiones en circunstancias como las del demandante, es innegable que en economías inestables como la nuestra, el mecanismo de la revalorización de las obligaciones dinerarias se convierte en un factor de equidad y de justicia, que permite el pago del valor real de las acreencias. Como lo ha sostenido la Sala, el ajuste de valor obedece al hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda de nuestro país, que disminuye en forma continua el poder adquisitivo del ingreso, por lo que disponer la indexación de la base salarial de liquidación pensional en casos como éste, aun cuando dicho aspecto no hubiese sido objeto del recurso de apelación constituye un punto íntimamente relacionado con el mismo, además una decisión ajustada a la Ley y un acto de equidad, cuya aplicación por parte del Juez encuentra sustento en nuestro máximo ordenamiento jurídico como expresamente lo consagra el artículo 230 de la Carta, razón por lo que se adicionará el fallo del a quo en sentido de ordenar la actualización del promedio devengado en el último año de servicios hasta la fecha en que se hizo efectiva la pensión.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 53 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 48 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 230

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010).

Radicación número: 25000-23-25-000-2004-04269-01(1020-08)

Actor: ALVARO LIBARDO RAMIREZ SANCHEZ

Demandado: ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA, D.C. - SECRETARIA DE HACIENDA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 20 de septiembre de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la que se accedió a las súplicas de la demanda interpuesta por el señor Álvaro Libardo Ramírez Sánchez contra la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.-Secretaría de Hacienda, en procura de la reliquidación de su pensión de jubilación.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

El actor, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, presentó demanda a fin de que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 1745 del 29 de agosto de 2003 y No. 155 del 4 de febrero de 2004, por medio de las cuales la Secretaría de Hacienda del Distrito Capital negó la reliquidación de su pensión de jubilación.

A título de restablecimiento del derecho solicitó ordenar a la demandada, la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida inicialmente mediante Resolución No. 763 del 16 de junio de 2002, en cuantía de \$1.102.940.28 a partir del 19 de febrero de 2000, en aplicación del régimen de transición que le cobija contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; asimismo, pide que se ordene el pago de las diferencias que se causen entre el valor pagado y el que disponga la sentencia, con los reajustes de Ley. Por último, demanda el cumplimiento del fallo en los términos de los artículos 177 y 178 del C.C.A.

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los hechos que sustentan las anteriores pretensiones en forma resumida, son los siguientes:

El demandante laboró al servicio del Distrito Capital interrumpidamente desde el 9 de julio de 1968 hasta el 20 de mayo de 1998, fecha en la que se retiró del servicio por haber reunido más de 20 años de labores, con la expectativa de cumplir la edad necesaria para consolidar su status pensional.

Al reunir la totalidad de requisitos para acceder a la pensión de jubilación de conformidad con el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, la Secretaría de Hacienda Distrital mediante Resolución No. 763 del 16 de junio de 2002, reconoció su derecho jubilatorio a partir del 19 de febrero de 2000, fecha en la que cumplió los 55 años de edad que exigía la normatividad que le cobijaba, esto es, la Ley 33 de 1985. Sin embargo, al liquidar el monto pensional la Entidad dio aplicación a lo preceptuado en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en cuanto al cálculo del ingreso base de liquidación, promediando los factores salariales devengados por el actor durante el tiempo que le hacía falta para acceder al derecho pensional a partir de la entrada en vigencia de dicha normatividad, pero de manera retroactiva por razón de su retiro anticipado del servicio.

Por lo anterior, el actor elevó solicitud ante la entidad demandada el 13 de junio de 2003, a fin de que se corrigiera la liquidación de su derecho pensional por cuanto no debió contabilizarse, y menos retroactivamente, el periodo posterior a su retiro del servicio hasta el cumplimiento de la edad requerida para hacer exigible su derecho pensional, pues dicho cómputo afectó el quantum pensional que en realidad le correspondía, razón por la que reclamó la correcta aplicación del régimen de transición que le cobijaba.

La solicitud de reliquidación fue resuelta negativamente mediante los actos ahora demandados -Resoluciones No. 1745 del 29 de agosto de 2003 y No.

155 del 4 de febrero de 2004-, a través de los cuales, la Secretaría de Hacienda confirmó en todas sus partes la legalidad de la decisión inicial de reconocimiento, en tanto la norma que regía el derecho del actor en cuanto al IBL pensional es la contenida en el inciso 3° del artículo 36 ibidem, que obliga a tomar como base para el cálculo respectivo, los salarios devengados durante el tiempo que restara para acceder a la pensión de jubilación, razón por la que fueron promediados los salarios devengados desde el 30 de septiembre de 1993 hasta el 19 de mayo de 1998, periodo que corresponde al número de días que le hacían falta al actor para cumplir los 55 años de edad que permitían hacer efectivo su derecho, computados retroactivamente a partir de su retiro del servicio.

Dentro del libelo demandatorio, el actor invocó como disposiciones violadas con la decisión anterior, los artículos 2°, 25, 46 y 53 de la Constitución Política, 36 de la Ley 100 de 1993 y 4° del Decreto Reglamentario 691 de 1994.

Con apoyo en diferentes decisiones judiciales de ésta Corporación, consideró que la demandada debió calcular el IBL pensional aplicando en su totalidad el régimen anterior al que tenía derecho por virtud de la aludida transición, contenido en la Ley 33 de 1985, o en su defecto, promediando los factores salariales devengados en el tiempo que hacía falta para consolidar el derecho de conformidad con el inciso 3° de la Ley 100 de 1993 pero únicamente hasta la fecha de su retiro del servicio y no como efectivamente lo hizo, al contabilizar la totalidad de días hasta el momento en que se consolidó el derecho pensional, esto es, al cumplimiento de los 55 años de edad, lo que estima como una aplicación indebida de la norma en comento, con consecuencias lesivas sobre la cuantía de su pensión.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Debidamente notificada (fl. 41), la parte accionada contestó oportunamente la demanda y propuso como excepciones la existencia de cosa juzgada frente a las pretensiones reclamadas, la falta de competencia, el pago de la obligación y la firmeza del acto administrativo acusado, sustentadas brevemente dentro del escrito de oposición (fl. 143 C-3).

Insistió en la legalidad de los actos demandados, señalando que el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se aplica únicamente en cuanto a la edad, tiempo de servicios y monto pensional, tal como se efectuó en el caso del demandante, a quien de conformidad con el régimen anterior que le amparaba -Ley 33 de 1985-, le fue reconocido el derecho jubilatorio con 55 años de edad y 20 de servicios, en un porcentaje del 75% del ingreso base de liquidación, base que debe calcularse en todo caso conforme lo establece el mismo artículo 36 (inc. 3°) para quienes les hiciera falta menos de 10 años para adquirir el derecho, esto es, con el promedio de lo devengado durante el tiempo que les hiciera falta para acceder a la pensión, tomando para ello los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de 1994.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA

Agotado el trámite procesal pertinente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 20 de septiembre de 2007, analizó las excepciones propuestas y desestimó los argumentos en que se sustentaban (fl. 286). Se inhibió de pronunciamiento alguno respecto de la Resolución No. 1745 del 29 de agosto de 2003, por cuanto dicho acto fue revocado por la Resolución No. 0155 del 4 de febrero de 2004, lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 138 del C.C.A. reorienta el examen de legalidad únicamente sobre el acto de revocatoria.

Al analizar el fondo del asunto, concluyó la procedencia de las súplicas de la demanda, por cuanto el actor se encuentra inmerso en el régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, por lo que resultan aplicables para definir su derecho pensional las disposiciones contenidas en la Ley 33 y 62 de 1985, no sólo en cuanto a edad y tiempo de servicios sino en cuanto al monto y liquidación del derecho, razón por la que debió calcularse con base en el promedio de los salarios devengados por el demandante durante el último año de servicios y no con el promedio salarial ordenado en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Asimismo, en aplicación del principio de favorabilidad, precisó que en el sub examine debían incluirse no sólo los factores salariales expresamente señalados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, sino todas aquellas sumas

percibidas por el empleado público como retribución por sus servicios, es decir que debía incluirse en la liquidación pensional respectiva además de la asignación básica computada, el subsidio de transporte, la prima de antigüedad, la prima de navidad, la prima de vacaciones y la prima de servicios, devengadas por el actor durante el último año de labores comprendido entre el 19 de mayo de 1997 y el 20 de mayo de 1998, de conformidad con las certificaciones aportadas a folios 17 y 18 del expediente, por lo que declaró la nulidad del acto acusado y ordenó el restablecimiento deprecado, con la actualización de las sumas que resultaren de la reliquidación respectiva.

III. LA APELACIÓN

La parte demandada oportunamente apeló la providencia del a quo (fl. 308 y 325), reiterando los razonamientos de defensa expresados en la contestación de la demanda, que se concretan en la ineludible aplicación de lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en cuanto al cálculo del ingreso base de liquidación pensional, con observancia de los factores salariales indicados en el Decreto 1158 de 1994.

Mediante providencia del 30 de mayo de 2008, fue admitido el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fl. 334). Posteriormente, por auto del 29 de agosto del mismo año, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión (fl. 336), etapa procesal de la que hicieron uso oportunamente las partes para reiterar los argumentos que sustentan su interés jurídico dentro del proceso. El Ministerio Público, guardó silencio.

Agotado el trámite procesal y al no observarse causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

IV. CONSIDERACIONES

1. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala en esta oportunidad revisar la legalidad de la Resolución No. 0155 del 4 de febrero de 2004 que negó la reliquidación de la pensión del demandante, en orden a determinar la correcta liquidación del derecho jubilatorio reconocido concretamente frente a la normatividad aplicable para tal efecto y los factores que al respecto deben observarse, teniendo en cuenta que éste se encuentra amparado por el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Para dilucidar el presente asunto, se impone para la Sala la delimitación del marco normativo y jurisprudencial aplicable al sub examine.

2. Marco Jurídico y Jurisprudencial del caso.

En síntesis, observa la Sala que el asunto en discusión se reduce a definir la forma de liquidación del derecho pensional de los empleados públicos inmersos dentro del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tema que hasta el momento no ha encontrado una posición uniforme en cuanto a la interpretación de las reglas contenidas en el mencionado artículo, en principio por la ambigüedad y desafortunada redacción del mismo (que literalmente implica para los beneficiarios del régimen de transición la aplicación del régimen pensional anterior únicamente en cuanto a la edad, el tiempo y el monto de la pensión, y un cálculo del Ingreso Base Liquidación de acuerdo a las reglas contenidas en el inciso 3° de dicho artículo), y además, por la incomprensión del alcance del derecho allí contenido.

En efecto, del examen de los diversos pronunciamientos judiciales que al respecto ha proferido esta Corporación, se advierten diferentes criterios de interpretación que, partiendo de la finalidad del régimen de transición en algunos casos y regresando al extremo de la literalidad en otros, han intentado establecer los factores base y la forma de liquidación del derecho pensional de los beneficiarios del régimen de transición, sin que exista uniformidad en cuanto al alcance de la norma al respecto.

Por ejemplo, en sentencia **CE 2729-99 del 8 de junio del 2000**,¹ proferida en procura de definir los factores de liquidación pensional de un empleado de la Rama Judicial inmerso en el mencionado régimen de transición, esta Corporación precisó que son de la esencia de dicho régimen todos los elementos que componen el derecho pensional, entre ellos la forma de liquidarlo, por lo que debía reconocerse la pensión del actor observando en sentido amplio el régimen especial anterior que le amparaba por virtud de la transición, afirmando además que la aplicación del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no sólo desnaturalizaba en esencia el régimen de transición sino que -en tal caso- afectaba negativamente el monto pensional.

Luego, en sentencia **CE-470 del 8 de septiembre del mismo año**, con ponencia del Consejero Nicolás Pájaro Peñaranda, en el marco de la definición del derecho a la reliquidación pensional de un empleado de la Contraloría General de la Nación inmerso en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se definió el alcance del inciso 2° del artículo 36 ibidem, precisando que el régimen de transición allí expresado en principio implicaba la aplicación integral del régimen anterior que cobijaba al actor -en dicho caso un régimen especial-, incluso en cuanto a la liquidación del derecho, por cuanto la palabra “monto” allí contenida, no sólo indicaba el porcentaje de una determinada cifra sino la liquidación aritmética total del derecho. Dicho lo anterior, advirtió la redacción contradictoria de la norma al habilitar en principio para los sujetos de la misma la aplicación del régimen anterior y posteriormente remitir en otros aspectos al régimen general, señalando además unas reglas propias para la liquidación y cálculo del Ingreso Base de Liquidación pensional, de donde concluyó que tal situación de ambigüedad y duda en la interpretación de la norma imponía disolver el asunto utilizando el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta, lo que condujo en tal caso a la aplicación integral del régimen anterior para efectos de la liquidación del derecho pensional. En igual sentido, se proyectaron las sentencias del 16 de febrero de 2006 y del 7 de junio de 2007, bajo los Radicados Nos. 1579-04 y 5852-05 respectivamente.²

Ahora, dentro del examen de legalidad de los Decretos Nos. 691 y 1158 de 1994 -reglamentarios de la Ley 100 de 1993-, en cuanto a la aptitud de los factores salariales allí enlistados para la liquidación pensional de los

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

² Consejo de Estado. Sección segunda. Subsección B. C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado:

empleados inmersos en el régimen de transición, esta Sección mediante **providencia del 14 de noviembre de 2002**,³ avaló la posición anterior al concluir que los factores salariales enlistados en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994 no resultaban aplicables a las pensiones cobijadas por el régimen de transición, salvo que los mismos constituyan una condición más beneficiosa para el pensionado, en aplicación de lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto el régimen de transición implica la observancia del régimen anterior aun en cuanto a los factores de liquidación pensional, por ser ésta su naturaleza.

Posteriormente, tanto en **sentencia del 4 de septiembre de 2003 como en la proferida el 15 de febrero de 2007 bajo los Radicados Nos. 3636-02 y 3110-05** respectivamente, se estableció como regla aplicable para liquidar el derecho pensional de unos empleados cobijados por el régimen de transición, la contenida en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por considerarla más favorable en función de los factores que integrarían el cálculo pensional, pues de la lectura literal de la norma se concluyó que el promedio allí ordenado bajo el término “*lo devengado*” involucraba no sólo los factores salariales definidos por el Legislador o el Gobierno sino todas las demás sumas percibidas por el empleado desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 hasta la consolidación de su status pensional, como las primas de navidad, de servicios, de vacaciones y el auxilio de transporte, entre otros.

Por último, recientes providencias proferidas en la Sección bajo los **Radicados Nos. 0525-08 y 2303-08**,⁴ definieron la liquidación del derecho pensional consolidado a la luz del régimen de transición bajo el criterio inicialmente expuesto en la sentencia CE- 2729 de 1999, es decir, asumiendo de manera integral e ineludible el régimen anterior, pero adicionando que al liquidar el derecho pensional de los beneficiarios del régimen de transición debían observarse no sólo los factores salariales contenidos en la Ley respectiva -los que se estimaron meramente enunciativos- sino los demás conceptos percibidos periódicamente por el empleado como retribución por sus servicios.

Del anterior examen jurisprudencial, se observa la complejidad que

³ Consejo de Estado. Rad. 3534-00. C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

⁴ Sentencias del 21 de mayo y 3 de diciembre de 2009.

ha suscitado la aplicación del régimen de transición contenido en la Ley 100 de 1993, en cuanto a su alcance, las reglas aplicables a la liquidación de los derechos amparados por el mismo y los factores salariales que para tal efecto deben tenerse en cuenta en cada caso, lo que impone para la Sala la definición y unificación de algunos criterios generales que permitan de manera consecuente definir los asuntos que al respecto se presentan en sede judicial, sin desconocer desde luego los límites fácticos, formales y probatorios que eventualmente pueden presentarse en cada caso. Para tal efecto se abordará en primer lugar la comprensión del contenido y alcance del régimen de transición en comento y posteriormente se precisarán los diferentes eventos o hipótesis que éste admite, como también los factores salariales de liquidación que corresponde observar en cada uno de ellos.

2.1 Contenido y Alcance del Régimen de Transición.

El régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, constituye un mecanismo de protección establecido por el Legislador para regular el impacto del tránsito legislativo en materia pensional, de manera que el mismo no afecte desmesuradamente a quienes si bien no han consolidado el derecho a la pensión por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa válida de obtenerlo conforme al régimen que les venía cobijando por estar próximos a su consumación.

La previsión legal de un régimen de transición en el marco de un nuevo sistema pensional, implica para quienes a la entrada en vigencia del mismo reúnen los supuestos de hecho allí establecidos (edad o tiempo servido), el reconocimiento de su derecho pensional con fundamento en el régimen anterior al que se encontraban afiliados, es decir, el mantenimiento de las condiciones bajo las que aspiraban a concretar su derecho pensional, pues ello hace razonable su configuración legal.

Debe precisar la Sala respecto al régimen de transición analizado que, por la naturaleza constitucional de los derechos que ampara y por la finalidad inmersa en su previsión legal, quienes configuraron a la entrada en vigencia de la

Ley 100 de 1993 los supuestos de hecho establecidos por el Legislador para acceder al mismo **gozan de un derecho oponible** pues al consolidar la situación jurídica prevista en la Ley se activa a su favor el dispositivo de amparo que ésta consagró y habilitó legítimamente para tal efecto, que corresponde a la protección del sistema pensional que les cobijaba con anterioridad al nuevo sistema.

De lo anterior se infiere **el contenido jurídico vinculante de los sistemas de transición -particularmente el previsto en la Ley 100 de 1993- y la protección que asiste a las personas inmersas dentro de los mismos**, pues la transición se erige entonces como un derecho cierto y no como una simple expectativa modificable por el Legislador, derecho que implica para éstas la habilitación del ordenamiento que cobijaba su derecho pensional antes del cambio Legislativo, en aras de la consolidación y reconocimiento del mismo bajo las reglas allí contenidas en cuanto a la totalidad de elementos que lo componen, es decir, respecto de la edad, el tiempo de servicios, las cotizaciones, el porcentaje y monto pensional, entre otros.

No cabe duda alguna para concluir entonces, que todas aquellas personas cobijadas por los sistemas de transición en seguridad social, por encontrarse dentro de los supuestos establecidos por el Legislador para tal efecto, pese a no disfrutar del derecho pleno de pensión, poseen derechos ciertos a que el decreto de su pensión y el tratamiento de los demás elementos que se desligan de ésta, respeten la oponibilidad de una situación jurídica consolidada al abrigo del ordenamiento anterior que por tal virtud se les ampara.

Bajo ésta perspectiva se analizará el contenido del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

El inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció:

“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco o más años de edad si son mujeres o cuarenta o más años de edad si son hombres, o quince o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren

afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

De acuerdo con lo anterior, se encuentran cobijados por el régimen de transición en comento, los trabajadores que a la entrada en vigencia de la mencionada Ley (1° de abril de 1994 para empleados del orden nacional y 30 de junio 1995 para empleados territoriales de conformidad con el artículo 151 ibidem) contaran con 35 años de edad o más si son mujeres o con 40 años de edad o más si son hombres, o con 15 o más años de servicios cotizados, para quienes las condiciones de acceso al derecho pensional como la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, se regirían por la normatividad establecida en el régimen anterior al que se encontraran afiliados.

Para la Sala es claro -como se expuso en párrafos precedentes-, que **el alcance del régimen de transición respecto de estas personas es integral e implica que los diferentes elementos que definen el reconocimiento y pago del derecho pensional sean gobernados sin discriminación alguna por la normatividad anterior**, posición que ha constituido una constante en el tratamiento jurisprudencial del tema y que se adopta una vez más por la Sala, de manera pues que se descarta en principio o al menos en cuanto al contenido y alcance del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 una escisión en cuanto al manejo normativo y aplicación de los elementos que componen y determinan el derecho pensional de los beneficiarios de dicho régimen.

Ahora, si bien en la práctica, la Administración ha reducido el alcance del régimen de transición únicamente a la aplicación de la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, entendiendo éste último como el porcentaje de una suma promediada, lo cierto es que la expresión “monto” en criterio de la Sala comprende los diversos elementos que pueden involucrarse en el cálculo del quantum pensional, es decir, en la liquidación aritmética del derecho.

En efecto, si el régimen de transición constituye para el empleado inmerso en su delimitación legal, el derecho al amparo de las condiciones de

acceso al derecho pensional vigentes a su favor al momento de operar un cambio legislativo, lo que implica la regulación total de su pensión bajo las mismas, no puede desconocerse dicho beneficio y desmembrarse el derecho so pretexto de la interpretación de la terminología utilizada por el Legislador y menos aun en detrimento del quantum pensional a que aspiraba el empleado, lo que permite concluir que el derecho al régimen de transición comprende el beneficio normativo del régimen anterior respecto de la totalidad de aspectos con capacidad de afectar el derecho pensional del empleado.

De acuerdo con lo anterior se tiene, que el contenido real del régimen de transición se encuentra expresado en el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues allí se describe con suficiencia la naturaleza misma de dicho beneficio.

Sin embargo, luego de la prescripción del régimen de transición, el Legislador dispuso en el inciso 3° del artículo en mención, que:

*El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE (...)*⁵

Lo dispuesto en el aparte transcrito, en criterio de la Sala desnaturaliza la esencia y finalidad del régimen de transición previsto en el inciso 2° ibidem, al consagrar una liquidación y cálculo del Ingreso Base de Liquidación por fuera del régimen que ampara en cada caso el sistema de transición, lo que en muchos casos milita en detrimento del derecho pensional de sus beneficiarios concretamente en cuanto al monto pensional.

No obstante, en sede judicial, la disyuntiva creada con la desafortunada redacción de dicho artículo ha permitido en casos particulares la

⁵ El párrafo siguiente de este inciso -que contemplaba la regulación en caso de que el tiempo faltante para la pensión fuera igual o inferior a dos años y determinaba liquidación diferencial para los trabajadores del sector privado y servidores públicos- fue **declarado inexecutable** en Sentencia C-168 de 1995 por la Corte Constitucional.

aplicación de la liquidación pensional contenida en el inciso 3° pero **únicamente en función del principio de favorabilidad**, de manera que la situación de contradicción se resuelva siempre en beneficio del pensionado según el caso, pues de conformidad con este principio consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera entonces en casos como éste, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones.⁶

Si bien la aplicación de la favorabilidad implica la adopción integral de la norma escogida por virtud del principio de inescindibilidad de la Ley que le es inherente, debe anotarse que el régimen de transición se constituye en la excepción a dicha regla hermenéutica, pues la redacción misma del precepto legal habilita la aplicación simultánea de los dos ordenamientos (el amparado por el régimen de transición y en cuanto a la liquidación del derecho el contenido en el inciso 3°), y en éste caso la conclusión obligada es la escindibilidad de la norma en función de la favorabilidad.

Así, la liquidación del derecho pensional de los empleados cobijados por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo expuesto admite tres eventos:

1) La aplicación integral de la normatividad anterior en todos los aspectos que conforman el derecho pensional, que como se mencionó al principio corresponde a la esencia misma del sistema de transición.

2) La aplicación del régimen anterior salvo en el cálculo del **Ingreso Base de Liquidación**, el cual se establecería por favorabilidad de conformidad con la primera regla del inciso 3° ibidem, esto es, **con el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hiciere falta al empleado para acceder a**

⁶ C-168 de 1995. Corte Constitucional.

la pensión a partir de la vigencia de la Ley 100, cuando éste fuere inferior a 10 años; y

3) La aplicación del régimen anterior estableciendo el **ingreso base de liquidación** de conformidad con la segunda regla contenida en el inciso 3° en mención, es decir, **con el promedio de lo cotizado durante todo el tiempo**, cuando el que faltare para acceder a la pensión fuera superior a 10 años.

Al respecto debe entenderse que **por ser de la esencia del régimen de transición la aplicación integral del régimen anterior, el primer supuesto opera de pleno derecho para quienes se encuentran inmersos en el mismo y consolidan su status pensional**, así para efectos del cálculo del quantum pensional y la determinación del ingreso base de liquidación se observarán igualmente las normas que gobernaron la concesión del derecho; no sucede así para quienes consideran les beneficia la liquidación establecida en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues si bien corresponde al Juez aplicar el principio de favorabilidad, incumbe en estos casos a la parte interesada no sólo alegarla sino probar y aportar los elementos que permitan establecerla, pues bajo los tres supuestos anteriormente enlistados **la favorabilidad de la norma sólo puede determinarse luego de la liquidación aritmética del derecho**, por lo que se torna necesario para quien pretende la aplicación del inciso 3° en mención, probar que en efecto le beneficia y en tal sentido aportar los certificados salariales que respalden su pretensión.

De acuerdo con lo anterior se tiene, que la liquidación del derecho pensional de los beneficiarios del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, no impone una regla jurídica homogénea en la resolución judicial de los conflictos que al respecto se presentan, sino que admite tres hipótesis que dependerán básicamente en cada caso del contenido del petitum y del acervo probatorio que lo respalde, pues si bien en la mayoría de casos resulta benéfica la aplicación integral del contenido del régimen de transición -tratándose de regímenes generales la liquidación aritmética ordenada en las Leyes 33 y 62 de 1985-, en otros resulta favorable el cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas contenidas en el inciso 3° del artículo 36 ibidem, como en aquellos casos en los que el empleado obtuvo mayores ingresos salariales precisamente en los

años que precedieron el último año de servicios, situación que teniendo en cuenta el régimen general anterior referido arrojaría un Ingreso Base de liquidación pensional inferior al que podría obtener el pensionado aplicando el inciso 3° en mención, que ordena su cálculo con el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hiciera falta al empleado para acceder a la pensión con la actualización año tras año conforme al IPC, caso en el que corresponde al interesado alegar y probar la favorabilidad de dicha norma, por lo expuesto en el párrafo anterior.

Definidas las tres reglas admisibles para la liquidación de los pensionados del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, resulta necesario además establecer con claridad los factores salariales aplicables a cada una de ellas.

2.2 De los Factores Salariales aplicables en la liquidación de pensiones amparadas por el Régimen de Transición.

Precisa la Sala en principio, que para definir objetivamente la favorabilidad en cada caso es menester preestablecer los factores que se implican en cada método de liquidación, inherentes a los dos sistemas generales, es decir, tanto los que se aplican de conformidad con la Ley 33 de 1985 como los que deben observarse frente a las dos reglas de liquidación contenidas en el inciso 3° de la Ley 100 de 1993.

Del análisis jurisprudencial se observa al respecto, que para efectuar la liquidación pensional de los beneficiarios del régimen de transición bajo las reglas anteriormente mencionadas, se han tenido en cuenta constantemente la totalidad de sumas percibidas por el empleado como retribución por sus servicios, incluyendo dentro de dicho concepto prestaciones como la prima de navidad, la prima de vacaciones y de servicios, tesis que en el sub examine acogió el a quo al ordenar la liquidación pensional sobre todas las sumas devengadas por el actor en el último años de servicios.

Lo primero que advierte al respecto la Sala es que por expresa disposición legal componen la base de liquidación pensional los **factores salariales** definidos en la Ley, lo que descarta en principio la inclusión de conceptos prestacionales salvo aquellos casos en los que el mismo Legislador lo ha habilitado, como se evidencia en algunos regímenes especiales en los que se incluyen en la liquidación pensional la totalidad de sumas percibidas por el empleado en el último año de servicios.

Lo anterior, impone además distinguir el concepto de “factor salarial” del concepto amplio y general de “elemento salarial”. Para tal efecto, se observará el planteamiento expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-279 de 1996, bajo el análisis de constitucionalidad del numeral 3º del artículo 2º de la Ley 60 de 1990, mediante el cual el Legislativo le concedió facultades extraordinarias al Ejecutivo para fijar el procedimiento, requisitos y criterios para la asignación de la prima técnica, “sin que constituya factor salarial”.

Uno de los fundamentos de la demanda de inconstitucionalidad que se cita, refería que la norma demandada al no consagrar esa prima técnica como un factor salarial, transgredía los Convenios Internacionales ratificados por el Congreso, específicamente el Convenio 95 aprobado por la Ley 54 de 1962, en los que se define "salario" como toda la retribución que se recibe por el trabajo.

La Corte Constitucional, trajo primero a colación lo dicho por la Corte Suprema de Justicia y sostuvo lo siguiente:

La Corte Suprema de Justicia, en uno de sus recientes fallos sobre las modificaciones que en materia salarial en el sector privado introdujo la Ley 50 de 1990, y en relación con la naturaleza jurídica de las primas, afirmó que:

"En efecto, ni siquiera al legislador le está permitido contrariar la naturaleza de las cosas, y por lo mismo no podría disponer que un pago que retribuye la actividad del trabajador ya no sea salario. Lo que verdaderamente quiere decir la última parte del artículo 15 de la Ley 50 de 1990, aunque debe reconocerse que su redacción no es la más afortunada, es que a partir de su vigencia pagos que son "salario" pueden no obstante

excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales (prestaciones sociales, indemnizaciones, etc.).

Este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer, ya que aún cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador, no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter.

Igualmente, la Corte Constitucional, ha sostenido que "el legislador conserva una cierta libertad para establecer, que componentes constituyen, o no salario, así como la de definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución.

Las definiciones de convenios internacionales que transcribe la actora no significan que el legislador nacional haya perdido la facultad de tomar o no en cuenta una parte de la remuneración que perciben los trabajadores para definir las bases sobre las cuales han de hacerse otros pagos.

Así pues, el considerar que los pagos por primas técnicas y especiales no sean factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado Colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo, ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido ante la comunidad internacional. (Subraya la Corte)

De acuerdo con lo expuesto por las dos altas Cortes, considera la Sala que no existe ningún precepto constitucional que impida al Legislador disponer que determinada prestación social se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, es decir, sólo con algunos elementos salariales, o lo que es mejor, corresponde al Legislador definir los elementos salariales que constituirán factor de liquidación de una prestación determinada, facultad que le compete legítimamente en desarrollo de la Constitución.

Así, la distinción entre elementos salariales y factores salariales implica, que la sumatoria de los primeros corresponde al salario y que los segundos concretan por disposición expresa del Legislador, los elementos salariales que deben tenerse en cuenta para calcular una determinada prestación social de conformidad con cada régimen prestacional aplicable.

Precisado lo anterior, la Sala debe abordar el asunto central, respecto a cuáles serían los factores salariales que integrarían el ingreso base para liquidar la pensión de jubilación de los pensionados gobernados por el régimen ordinario y cobijados por la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, quienes bajo el presupuesto esencial de la aplicación integral del régimen de transición, resulten gobernados por el régimen general anterior a la Ley 100 de 1993, esto es, por el contenido del artículo 1° (inc. 1°) de la Ley 33 de 1985,⁷ se aplican en cuanto al ingreso base de liquidación de su derecho los factores salariales enlistados taxativamente en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33, que establece que:

“Artículo 1. Todos los empleados oficiales de una Entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional, y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; trabajo supletorio o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos

⁷ **ARTÍCULO 1o.** El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

factores que hayan servido de base para liquidar los aportes.”

Para la Sala es claro que si los factores que deben ser considerados para efectos pensionales son los expresamente definidos por el Legislador, sobre los cuales es imperativo el descuento de aportes, como quedó establecido, ningún factor diferente puede entonces válidamente ser incluido en la liquidación de la pensión, de manera que lo dispuesto en el inciso 3° de la Ley 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.⁸

Constituyen entonces factores de liquidación pensional en este caso la asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional, y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados, trabajo supletorio o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Ahora, para quienes en aplicación del principio de favorabilidad deba liquidárseles su derecho pensional teniendo en cuenta el contenido del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993,⁹ deberán observarse los factores salariales previstos en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994.

Si bien, la regla jurídica allí contenida no define expresamente los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para calcular el ingreso base de liquidación y efectuar el promedio señalado, tampoco es razonable afirmar que el término “*lo devengado*” remplace tal aspecto de la liquidación pensional, al punto de admitir que deba incluirse al respecto la totalidad de emolumentos devengados por el empleado en el periodo allí indicado. Una interpretación tan amplia al respecto, so pretexto de la imprecisión en que incurrió el Legislador, implicaría un beneficio adicional injustificado, que excede en todo caso la finalidad misma del régimen de transición, pues como ya se explicó, éste busca amparar en el marco de un cambio legislativo en materia pensional, las condiciones de jubilación de quienes se encuentran próximos a la consolidación de su derecho al

⁸ Sentencia del 7 de junio de 2007. Rad. No. 5852-05. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. CP. Alejandro Ordóñez Maldonado

⁹ “ (...) El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. (...)” (Se resalta)

abrigo de una norma preexistente, y no la creación de un tercer régimen o de privilegios intermedios entre una y otra norma pensional, como lo sería en este caso la inclusión indiscriminada de todo lo percibido por el pensionado en el ingreso base de liquidación pensional, sin importar su naturaleza, aspecto cuya definición corresponde en todo caso al Legislador como se expuso en párrafos precedentes y por delegación del mismo al Gobierno como sucede en cuanto a los factores salariales de los derechos pensionales derivados de la Ley 100 de 1993.

En cuanto al alcance de la expresión devengar o “*lo devengado*” incorporada en un ordenamiento de contenido pensional, ésta Corporación ha concluido que si el término se utiliza como unidad de medida de un derecho, debe ser la misma Ley la que defina cuales de los ingresos percibidos o devengados por el empleado tienen que ser contabilizados en la liquidación del derecho, de manera que “*(...) lo devengado para efectos del MONTO de la mesada pensional, será lo que las normas legales del régimen pensional aplicable definan en cada caso; en el entendido de que dichas normas pueden, como en efecto ocurre, excluir de la base de liquidación de la pensión de jubilación pagos que tienen NATURALEZA salarial y de igual forma pueden como en efecto ocurre, incluir en la base de dicha liquidación conceptos que no tienen NATURALEZA salarial (...)*”

10

Lo anterior implica en el presente caso, que si el inciso 3° del artículo 36 es impreciso frente a los factores que se deben tener en cuenta para calcular el ingreso base de liquidación pensional y además en el inciso anterior remite en los aspectos no regulados por el mismo a las demás disposiciones de la Ley 100 de 1993, deben observarse los factores de liquidación pensional propios de dicho ordenamiento, los cuales se definieron en principio en el artículo 6° del Decreto 691 de 1994, y posteriormente en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994 -reglamentario del artículo 18 de la Ley 100 de 1993-, que le modificó y dispuso al respecto:

ARTÍCULO 1o. *El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización".*

¹⁰ Expediente Rad. No. 4738-02. Actor: Alfonso Sánchez Barreto.

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados;*

Aclarados los extremos normativos que implica la liquidación del derecho pensional de quienes se encuentran amparados por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se procede a resolver el asunto propuesto de conformidad con el problema jurídico planteado por la Entidad demandada en el recurso de apelación.

3. Caso concreto.

En el sub examine, se observa que el demandante nació el 19 de febrero de 1945 y laboró interrumpidamente en la Secretaría de Hacienda Distrital desde el 9 de julio de 1968 hasta el 19 de mayo de 1998, momento a partir del cual se retiró del servicio, según se desprende de los documentos allegados a folios 175 y 179 del expediente.

Se encuentra probada entonces su incursión en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, por cuanto para la fecha de entrada en vigencia de dicho sistema pensional en el nivel distrital -30 de junio de 1995-, éste contaba con más de 40 años de edad y además, más de 15 años de servicios, lo que habilita para éste el amparo del régimen anterior al que venía afiliado **en todos los aspectos que rigen su derecho pensional**, de conformidad con lo expuesto en el acápite anterior de ésta providencia, por lo que se descartan los fundamentos del recurso interpuesto por la Entidad accionada y el contenido en éste sentido del acto administrativo demandado, en cuanto liquidó el derecho pensional del actor de conformidad con la primera regla contenida en el inciso 3°

del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hacia falta al actor para consolidar su derecho, desconociendo el alcance y contenido real del régimen de transición consagrado en el inciso 2° del artículo citado.

La conclusión anterior no encuentra límite alguno en función de la regla de favorabilidad explicada en párrafos precedentes, pues si bien el demandante alegó su aplicación, no concretó dentro del petitum una pretensión en tal sentido definiendo con claridad la norma que le favorecía, y tampoco probó o aportó la totalidad de certificados salariales que permitieran establecer una hipótesis diferente a la anteriormente establecida en función del mencionado principio constitucional, tan sólo se limitó con bastante vaguedad a reclamar la correcta liquidación de su derecho pensional, aludiendo en algunas ocasiones a la debida aplicación de la regla inmersa en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en otras, a la inherente al régimen contenido en la Ley 33 de 1985.

Así, habiéndose desempeñado el actor como empleado público del nivel distrital, el régimen pensional que regía su derecho jubilatorio con anterioridad a la expedición del Sistema General de Pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, era el contenido en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, sin que operara en su caso particular alguna de las excepciones a su aplicación contenidas en dicho ordenamiento (régimen especial o más de 15 años de servicios al momento de entrar en vigencia), por lo que su derecho pensional se concretaría bajo la regla general allí contenida, esto es, al cumplir 55 años de edad y 20 años de servicios, como en efecto sucedió, pero **en cuantía del 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios**, es decir, el cursado entre el 19 de mayo de 1997 y el 19 de mayo de 1998.

En cuanto a la liquidación en concreto del derecho pensional, es decir, en cuanto a los factores que deben tenerse en cuenta para el cálculo de la base de liquidación de dicha prestación, debe observarse el contenido expreso del artículo 1° de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985. En consecuencia, serán los factores salariales enlistados en la Ley 62 de 1985 los que se utilizarán para promediar la base y aplicar el porcentaje establecido, es

decir, la asignación básica, los gastos de representación, las primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y festivos, hora extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio, que haya devengado el actor en el último año de servicios.

Como puede verse, allí no están incluidos el subsidio de transporte, la prima de servicio, la prima de vacaciones y de navidad, devengadas por la parte actora durante el último año de servicios y reconocidos en el fallo de primera instancia, por lo que no es viable computarlos en la cuantía de la pensión de jubilación del actor pues como ya se explicó, la definición de los mismos corresponde exclusivamente al Legislador.

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. Si bien la liquidación efectuada por la Entidad en el acto de reconocimiento es incorrecta, por cuanto desconoce el derecho del actor al régimen de transición que implica la aplicación integral del régimen anterior salvo los casos en los que resulta aplicable el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 bajo el principio de favorabilidad, lo que impone en este caso la reliquidación pensional a la luz de las Leyes 33 y 62 de 1985 tal como lo afirmó el a quo, la reliquidación ordenada sólo debe adelantarse con base en los factores salariales allí especificados, sin que resulte válido incorporar a la liquidación respectiva factores prestacionales como los indicados por el a-quo, razón por la que el fallo apelado deberá modificarse en tal sentido, pues la inclusión de tales factores es válida únicamente en los regímenes especiales o en los casos en los que el Legislador lo habilite expresamente.

Por último, observa la Sala que la pensión del actor fue reconocida con posterioridad a su retiro del servicio sin que en la liquidación respectiva se efectuara la actualización de la primera mesada pensional, aun cuando medió entre los dos eventos más de un año y medio de diferencia, situación que afecta negativamente la cuantía pensional en detrimento del derecho del actor y de los

postulados constitucionales contenidos en el artículo 53 y 48 de la Carta de 1991, que preconizan tanto la definición legal de los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante, como el deber del Estado de garantizar no sólo el pago oportuno de la pensiones legales sino su reajuste periódico.

En efecto, la cuantía de la pensión de jubilación del actor, efectiva a partir del 19 de febrero de 2000, se reconoció y pagó con valores deteriorados, puesto que ellos datan de casi dos años atrás. Su reconocimiento en tales términos resulta inequitativo pues es indiscutible que no tiene el mismo poder adquisitivo el promedio de lo devengado en el período comprendido entre los meses de mayo de 1997 y 1998, que el promedio que debía corresponder a 19 de febrero del 2000, fecha a partir de la cual se reconoció la pensión habiendo cobrado efectos ya el impacto inflacionario sobre las sumas percibidas en dicho lapso, estableciéndose por tanto la liquidación de la pensión con valores empobrecidos.

Si bien, el régimen anterior aplicado por virtud de la transición no contempla la actualización de la base salarial para el reconocimiento y pago de pensiones en circunstancias como las del demandante, es innegable que en economías inestables como la nuestra, el mecanismo de la revalorización de las obligaciones dinerarias se convierte en un factor de equidad y de justicia, que permite el pago del valor real de las acreencias.

Como lo ha sostenido la Sala, el ajuste de valor obedece al hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda de nuestro país, que disminuye en forma continua el poder adquisitivo del ingreso, por lo que disponer la indexación de la base salarial de liquidación pensional en casos como éste, aun cuando dicho aspecto no hubiese sido objeto del recurso de apelación constituye un punto íntimamente relacionado con el mismo, además una decisión ajustada a la Ley y un acto de equidad, cuya aplicación por parte del Juez encuentra sustento en nuestro máximo ordenamiento jurídico como expresamente lo consagra el artículo 230 de la Carta, razón por lo que se adicionará el fallo del a

quo en sentido de ordenar la actualización del *promedio devengado en el último año de servicios* hasta la fecha en que se hizo efectiva la pensión.

Por lo anterior, adicional a la modificación del fallo que contrae los factores salariales a los expresamente señalados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, se ordenará actualizar la base de liquidación de la pensión de jubilación del señor Álvaro Libardo Ramírez Sánchez con base a la fórmula que a continuación se indica:

$$R = R_h \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Donde el valor presente (R) es decir, el IBL o valor actualizado se determina multiplicando el valor histórico, que es el promedio de lo devengado por el demandante en el último año de servicios (19 de mayo de 1997 a 19 de mayo de 1998) por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha a partir de la cual se reconoció la pensión de jubilación, esto es, a partir del 19 de febrero de 2000, por el índice inicial de precios al consumidor vigente en la fecha de retiro o desvinculación del actor, en este caso, el vigente a 19 de mayo de 1998.

Actualizada en esos términos la base de liquidación de la pensión de jubilación del señor Álvaro Libardo Ramírez Sánchez, la Entidad demandada pagará la diferencia que resulte entre lo que pagó como consecuencia de la expedición de los actos cuya anulación declaró el a quo y lo que debió pagar.

Las sumas que resulten a favor del demandante por concepto de la diferencia entre lo pagado por la pensión reconocida y la que se reconozca una vez se valore la base de liquidación, igualmente se ajustaran e indexarán en los términos señalados por el a quo en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección “A” administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

MODIFÍCASE el numeral 4° de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 20 de septiembre de 2007, dentro del proceso instaurado por Álvaro Libardo Ramírez Sánchez contra la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.-Secretaría de Hacienda Distrital, en cuanto a los factores salariales a observar para el cálculo del ingreso base de liquidación, los que se reducen a los expresamente señalados en la Ley 62 de 1985, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

ADICIÓNASE el mismo numeral 4° en sentido de **ORDENAR** a la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.-Secretaría de Hacienda Distrital la actualización de la base de liquidación de la pensión de jubilación del actor y la reliquidación respectiva, en la forma y términos señalados en la parte considerativa de esta providencia.

En lo demás, **CONFÍRMASE** la decisión del a quo.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO