

RETROSPECTIVIDAD DE NORMA PENSIONAL - Afecta situaciones que se han originado en el pasado / PRIMA ESPECIAL SIN CARÁCTER SALARIAL - Retrospectividad de la Ley 332 de 1996 para liquidar pensión en la rama judicial / PENSION EN LA RAMA JUDICIAL - Retrospectividad de la Ley 332 de 1996

El efecto temporal de una norma jurídica en materia pensional, por regla general, es inmediato y hacia futuro, pero con retrospectividad, porque la norma pensional posterior sí puede mejorar las condiciones económicas del pensionado, a no ser que la misma proposición jurídica hubiere asignado un efecto temporal distinto a los que consiente la regla general. Debe entenderse como retrospectividad, en este caso de la Ley, cuando apunta a afectar situaciones que se han originado en el pasado, es decir, estados jurídicos en curso al momento de su vigencia, como es el caso pensional. La directriz trazada en el artículo 1º de la Ley 332 de 1996, se dirigió a producir efectos concretos en la liquidación de la pensión de jubilación de aquellos empleados enlistados en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, asignándole a la prima especial carácter salarial, únicamente para efectos pensionales. Sin embargo, el mismo legislador de la Ley 332 de 1996 reguló sus efectos en relación con algunos pensionados (retrospectividad), excluyendo de la prima de servicios, devengada por ellos, el carácter salarial para efectos pensionales, cercenándoles la posibilidad de obtener liquidaciones pensionales.

FUENTE FORMAL: LEY 332 DE 1996 - ARTICULO 1 / LEY 4 DE 1992 - ARTICULO 14

PENSION EN RAMA JUDICIAL - Prima especial como factor pensional a partir de la Ley 332 de 1996. Interpretaciones / PRIMA ESPECIAL COMO FACTOR SALARIAL - Retrospectividad de la Ley 332 de 1996 con vigencia al 28 de diciembre de 1995

Entendió la Corte Constitucional, que con la entrada en vigencia de la Ley 332 de 1996, se concibió un nuevo régimen pensional, en este caso, más favorable al anterior, en el cual la prima especial no podía ser tenida en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión, por expresa disposición legal. Bajo este contexto, sentenció la Corte: “es claro que los pensionados y quienes aún no han obtenido la pensión, no se encuentran en la misma situación.” Si bien no hay discusión en esta Sala, en cuanto a la existencia de dos regímenes distintos, en su criterio, la norma no indica claramente en que momento la prima especial cobra naturaleza salarial para efectos pensionales, tan sólo expresa quienes pueden exigirla. Recordemos lo que dice la norma: la prima especial hará parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación para quienes se jubilen en el futuro, o que teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio. Sin advertir el contenido de la disposición y sólo por los efectos hacia futuro de las normas, la primera interpretación sería que la prima especial adquiere naturaleza salarial para efectos pensionales a partir de la entrada en vigencia de la Ley 332 de 1996. En oposición a la anterior interpretación restringida, atendiendo la literalidad de la norma, en armonía con el decreto 546 de 1971 y por los mismos efectos hacia futuro de las normas, se consideraría que, si los próximos pensionados o quienes teniendo reconocida la pensión de jubilación pero vinculados al servicio, tienen, a partir de la vigencia de la Ley 332 de 1996, esto es, desde el 28 de diciembre de 1996, el derecho a exigir la prima especial para efectos pensionales, el nuevo régimen con la prima especial como factor salarial cobra vigencia desde el 28 de diciembre de 1995, un año antes, toda vez que quien reclama en aquella fecha, conforme al régimen especial que lo rige, su pensión se calcula no sólo con la asignación más elevada

devengada durante el último año de servicio (artículo 6 del Decreto 546 de 1971), sino con todas las sumas que habitual y periódicamente recibió durante el mismo lapso de tiempo, como retribución de sus servicios.

FUENTE FORMAL: LEY 332 DE 1996 / DECRETO 546 DE 1971

PENSION EN LA RAMA JUDICIAL - Interpretación más ventajosa o benéfica. Retrospectividad / PRIMA ESPECIAL COMO FACTOR PENSIONAL - Interpretación más favorable. Retrospectividad Ley 332 de 1996 / PENSION EN RAMA JUDICIAL - Inclusión de prima especial por retrospectividad de la Ley 332 de 1996 al 28 de diciembre de 1995 / RETROSPECTIVIDAD DE LA LEY 332 DE 1996 - Inclusión de la prima especial como factor pensional / PRINCIPIOS DE FAVORABILIDAD E IGUALDAD - Inclusión de la prima especial como factor salarial en la rama judicial introducido por la Ley 332 de 1996

El principio de favorabilidad opera no sólo cuando existe conflicto entre dos normas, sino también cuando una sola norma admite varias interpretaciones, y consiste en elegir la interpretación más ventajosa o benéfica para el trabajador. Dando aplicación a este principio, acogiendo la interpretación más benéfica para el trabajador, la Sala considera que el nuevo régimen, aludido por la Corte Constitucional, que concibe la prima especial como factor salarial para efectos pensionales, cobra vigencia desde el 28 de diciembre de 1995, de acuerdo con las razones atrás expuestas. Lo anterior significa, que no a todos los pensionados con anterioridad a la Ley 332 de 1996, los cobijó el anterior régimen. Dos pueden ser los supuestos en los cuales a los pensionados con anterioridad a la Ley 332 de 1996, los pudo gobernar el nuevo régimen: El primero de ellos lo avizó el legislador al conceder expresamente el derecho de incluir la prima especial como factor salarial a quien “teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio...”. El segundo supuesto no considerado en la norma, corresponde a quien recibió la prima especial desde el 28 de diciembre de 1995, fecha en la que cobró naturaleza salarial para efectos pensionales, pero al 28 de diciembre de 1996, cuando entró en vigencia la Ley 332 de 1996, se encontraba retirado del servicio. Esta última situación fáctica no fue advertida por la Corte Constitucional en el estudio de constitucionalidad de la norma, realizado bajo la perspectiva del derecho a la igualdad; pese a ello, considera la Sala desproporcionado e injustificado que quien causó legalmente el derecho, no pueda exigirlo por un hecho ajeno no connatural al derecho mismo. Tal suposición rompe de manera grosera el principio de igualdad en perjuicio de los pensionados, que aunque ya retirados del servicio, también alcanzaron a estar cobijados por el nuevo régimen. Todo lo anterior, lleva a la Sala a concluir que, interpretando la misma Ley 332 de 1996, en armonía con los Decretos 546 de 1971 y 767 de 1978, y por el principio de favorabilidad y el derecho de igualdad, quien devengó la prima especial desde el 28 de diciembre de 1995, puede solicitar su inclusión, sin importar su situación laboral a la vigencia de la citada Ley 332.

FUENTE FORMAL: LEY 332 DE 1996 / DECRETO 546 DE 1971 / DECRETO 767 DE 1978

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-25-000-2005-07053-01(1886-07)

Actor: EMILIA DEL NIÑO JESUS MESA SANCHEZ

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 3 de mayo de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las súplicas de la demanda y revocó un fallo de tutela, ordenando en su lugar una nueva liquidación de la pensión de la actora.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contemplada en el artículo 85 del C.C.A., la señora EMILIA DEL NIÑO JESÚS MESA SÁNCHEZ instauró demanda contra la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL – para que se declarara la nulidad de la Resolución No. 9552 de 4 de marzo de 2005, por medio de la cual la Asesora de la Gerencia de la Caja Nacional de Previsión Social negó una solicitud de revisión de la pensión de vejez para que se le incluyera en la liquidación la prima especial de que trata la Ley 332 de 1996, modificatoria del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992; y la nulidad de la Resolución No. 1506 de 31 de marzo de 2005, proferida por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad demandada, a través de la cual resolvió el recurso de reposición que confirmó la decisión anterior.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó la reliquidación de la pensión con la inclusión de la prima especial como

factor salarial, con los reajustes legales para las anualidades posteriores; y que se reconocieran y pagaran las diferencias indexadas, a partir del 1º de julio de 1996.

Por último, pidió la actualización de la condena en los términos del artículo 178 del C.C.A.; el reconocimiento de los intereses moratorios de conformidad con el artículo 177 del C.C.A.; y el cumplimiento de la sentencia de acuerdo a lo previsto en el artículo 176 del C.C.A.

Como **hechos** se sintetizan los siguientes:

Manifestó que mediante Resolución No. 040094 de 5 de noviembre de 1993, suscrita por el Subdirector de Prestaciones Económicas de Cajanal, se le reconoció una pensión vitalicia de jubilación por la suma de \$1.045.673.07, efectiva a partir del 1º de junio de 1993. Por medio de diferentes resoluciones proferidas por la Subdirección General de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social, se le reliquidó la pensión de jubilación por allegar nuevos tiempos de servicios de la siguiente manera: 1) por Resolución No. 010130 de 27 de agosto de 1996 la pensión se elevó a \$1.716.964.50, a partir del 1º de marzo de 1996; 2) con Resolución No. 006873 de 26 de marzo de 2001, a \$1.768.473.45, por la inclusión de la prima especial devengada en 1996, efectiva a partir del 1º de marzo de 1996; 3) mediante Resolución No. 32925 de 5 de diciembre de 2002, a \$1.807.584.50, a pesar de que se dedujo la prima especial, ya que según la Caja, no era factor salarial; y 4) por Resolución No. 0022710 de 25 de noviembre de 2003, expedida en cumplimiento de un fallo de tutela donde se ordenó incluir los factores salariales de acuerdo a los certificados de sueldos de los años de 1995 y 1996, como la prima de navidad, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, de vacaciones y prima especial, para un total de \$2.584.658.51, efectiva a partir del 1º de julio de 1996 y hasta tanto “la Justicia

contencioso – administrativa y/o ordinaria laboral decida definitivamente el asunto”.

Expresó que después del fallo de tutela, exactamente el 8 de junio de 2004, solicitó la reliquidación de la pensión para que se le incluyera como factor salarial la prima especial, la cual fue negada mediante la Resolución acusada No. 9552 de 4 de marzo de 2004, ante la cual interpuso recurso de reposición, resuelto por medio de la Resolución acusada No. 1506 de 31 de marzo de 2005, que confirmó la decisión anterior.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Consideró transgredidas las siguientes normas: artículos 1, 2, 3, 4, 6, 25, 53, 58, 83, 90, 122, 123, 124 y 125 de la Constitución Política; 1º de la Ley 4 de 1992 modificada por la Ley 332 de 1996; 1º de la Ley 57 de 1887; 88 de la Ley 100 de 1993; 12 del Decreto 717 modificado por el artículo 4 del Decreto 911 de 1978; 1º de la Ley 332 de 1996; el Decreto 546 de 1971 y la Ley 33 de 1985.

Sostuvo que con fundamento en el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, tiene un derecho consolidado a la luz de la Ley 33 de 1985 y el Decreto 546 de 1971. Igualmente afirmó que la prima especial de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, modificado por la Ley 332 de 1996, debió ser incluida como ingreso base de liquidación.

Adujo que cuando una situación jurídica se encuentra regulada por dos normas de distinta fuente formal o de idéntica fuente, debe aplicarse el principio de favorabilidad, caso en el cual la aplicación o interpretación debe hacerse con la disposición que resulte más beneficiosa para el trabajador. Que de acuerdo con

este principio y lo previsto en el artículo 5, numeral 1º de la Ley 57 de 1887, según el cual la disposición especial es preferente a la de carácter general, el reconocimiento pensional debía hacerse íntegramente con fundamento en el artículo 6 del Decreto 546 de 1971¹, que considera factor salarial todo lo que percibe el servidor público como retribución de sus servicios. Por lo menos así lo ha reconocido la jurisprudencia².

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado del ente demandado contestó la demanda dentro del término legal, oponiéndose a sus pretensiones.

Dijo que en cumplimiento de un fallo de tutela proferido por el Juzgado 36 Penal Municipal, se expidió la Resolución No. 22710 de 25 de noviembre de 2003, en la cual se liquidó la pensión de la actora con la asignación básica, la prima de navidad, la bonificación por servicios prestados, las primas de servicios y vacaciones y la pretendida prima especial, razón de sobra para no acceder a incluir esta última nuevamente tal y como pretende la demandante.

Advirtió que el Decreto 546 de 1971, no es claro en cuanto a los factores que constituyen ingreso base de liquidación pensional, y en razón a ello la entidad descuenta el porcentaje que prevé la ley para la cotización en pensiones sobre la asignación básica, la bonificación por servicios y la prima de nivelación en algunos casos.

¹ Régimen especial para los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público

² Sentencia del Consejo de Estado de Sala de Consulta y Servicio Civil de 31 de julio de 1997, M.P. Augusto Trejos Jaramillo; Sentencia de Consejo de estado, Sección Segunda de 2 de noviembre de 1977, expediente No. 0281; Sección Segunda, de 28 de octubre de 1993, expediente No. 5244; Sección Segunda, de 14 de noviembre de 1996, expediente No. 12.242; Sala de Consulta y Servicio Civil de 31 de julio de 1997, expediente No. 992.

Señaló que cumplió con lo previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985, en lo que tiene que ver con el cómputo de las pensiones, esto es, con fundamento en los aportes o cotizaciones hechas a la entidad de previsión. Recordó que las normas pensionales siempre han estipulado que sobre lo que se aporta se tiene derecho a reclamar, y la entidad no hizo otra cosa que dar aplicación a este criterio legal.

Por último solicitó, que en el evento en que se acceda a las pretensiones de la demanda se declare la prescripción de las mesadas o diferencias de las mensualidades.

LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de 3 de mayo de 2007, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda y revocó el fallo de tutela proferido de manera transitoria, para que en su lugar se efectuara una nueva liquidación sin la prima especial, pues no es factor salarial.

Advirtió que el Gobierno Nacional con la expedición de las normas de carácter salarial y prestacional para los Servidores Públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, siempre ha expresado que la prima especial no constituye factor salarial por disposición expresa del inciso primero del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 332 de 1996, mediante la cual se modificó el citado artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, la prima sí hace parte del ingreso base para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, por disposición expresa de la ley, pero únicamente para quienes se pensionen a partir de la vigencia de la misma o para quienes teniendo reconocida la pensión de jubilación se encuentren vinculados al servicio.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal concluyó que la actora no tenía derecho a que se le incluyera en la pensión la prima especial, pues a la vigencia de la Ley 332 de 1996 (19 de diciembre de 1996) (sic) se encontraba retirada del servicio, disfrutando de su pensión.

Por último, expresa que al ser reliquidada la pensión con fundamento en un fallo de tutela que amparó el derecho al debido proceso de manera transitoria, era procedente ordenar su revocatoria y realizar una nueva liquidación sin dicha prima.

EL RECURSO

El apoderado de la parte demandante presenta recurso de apelación y lo fundamenta así:

Expresa que la entidad demanda en los actos acusados hace una interpretación muy restringida para no conceder el derecho deprecado, desconociendo lo consagrado en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, que permite la aplicación de normas favorables ante la comparación hecha con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia.

Dice que por el principio de favorabilidad a la actora se le debe reconocer la prima especial como factor salarial, tal y como lo dispuso la Ley 332 de 1996³. Recalca que no importa el hecho de que al momento de su expedición ella se encontrara retirada del servicio, pues no se puede menospreciar que en todo caso alcanzó a laborar durante la vigencia del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, que creó inicialmente la prima especial.

³ Que "Modifica la Ley 4ª de 1992 y se dictan otras disposiciones"

Pide que se tengan en cuenta los propósitos de la Ley 332 de 1996, y no la expresión “que se jubilen en el futuro”, de su artículo 1º, porque trajo consigo un condicionamiento que no quería el legislador.

Por último solicita, que al momento de decidir sea tomada en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴ relacionada con los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

De la parte demandada:

Expresa que la norma aplicable para el presente caso en cuanto al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación es la Ley 100 de 1993. Que la actora se encuentra dentro del régimen de transición de esta ley, y por tanto le es aplicable el régimen anterior en cuanto a la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio y el monto de la pensión. En las demás condiciones y requisitos se aplica la Ley 100 y sus decretos reglamentarios, entre ellos el Decreto 1158 de 1994, que consagra los factores salariales, dentro los cuales no está la prima especial.

De la parte actora:

Ratifica los argumentos expuestos en la demanda y solicita la revocatoria de la sentencia apelada.

Se procede a decidir, previas las siguientes,

⁴ T-169 de 2003 y T-631 de 2002.

CONSIDERACIONES

El asunto a resolver consiste en determinar, si a la actora se le debe incluir o no en su pensión de jubilación, la prima especial devengada durante el año 1996, como Magistrada de Tribunal Superior, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, modificado por la Ley 332 de 1996.

Los Actos Administrativos demandados son la Resolución No. 9552 de 4 de marzo de 2005, por medio de la cual la Asesora de la Gerencia de la Caja Nacional de Previsión Social negó una solicitud de revisión de la pensión de vejez para que se le incluyera en su liquidación la prima especial; y la Resolución No. 1506 de 31 de marzo de 2005, proferida por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad demandada, por la cual se resolvió el recurso de reposición que confirmó la decisión anterior.

De lo probado en el proceso:

La Caja Nacional de Previsión Social reconoció una pensión de vejez a favor de la actora, mediante Resolución No. 40094 del 5 de noviembre de 1993, en cuantía de \$1.045.673.07, efectiva a partir del 1º de junio de 1993, condicionada a demostrar el retiro definitivo del servicio oficial.

Posteriormente, la misma entidad reliquidó la pensión, mediante Resolución No. 10130 del 27 de agosto de 1996, en cuantía de \$1.716.964.50, efectiva a partir del 1º de marzo de 1996, igualmente condicionada al retiro definitivo del servicio oficial.

En el mismo sentido, la entidad volvió a reliquidar la pensión por nuevos factores de salario, mediante Resolución No. 6873 del 26 de marzo de 2001, en cuantía de \$1.768.473.45, efectiva a partir del 1° de marzo de 1996, pero con efectos fiscales a partir del 7 de junio de 1997 por prescripción trienal, condicionada al retiro del servicio.

Nuevamente la entidad reliquidó la pensión, mediante la Resolución No. 32925 del 5 de diciembre de 2002, en cuantía de \$1.807.564.50, efectiva a partir del 1° de julio de 1996, (fecha en la cual se retiró del servicio) pero con efectos fiscales a partir del 7 de junio de 1997, por prescripción trienal.

Por un fallo de tutela proferido por el Juzgado Treinta y Seis Penal del Circuito de Bogotá D.C., mediante la Resolución No. 22710 del 25 de noviembre de 2003, reliquidó de manera transitoria la pensión en cuantía de \$2.584.685.51, efectiva a partir del 1° de julio de 1996.

La actora solicitó la revisión de la Resolución No. 32925 de 5 de diciembre de 2002, para que se incluyera la prima especial de servicios, solicitud que fue negada mediante la Resolución acusada No. 9522 de 4 de marzo de 2005 y confirmada con la Resolución acusada No. 1506 de 31 de marzo de 2005, proferida por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad demandada.

Según constancia de la Dirección Ejecutiva Seccional de la Administración Judicial (fl. 33), la actora devengó la prima especial del 1° de enero al 1° de julio de 1996, como Magistrada del Tribunal Superior de Bogotá.

La actora alcanzó el status pensional el 7 de mayo de 1992, y el reconocimiento pensional se hizo el 5 de noviembre de 1993, antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, es decir, bajo la Ley 33 de 1985.

La demandante presentó renuncia el 3 de junio de 1996 (fl. 63 cdno No. 2) al cargo de Magistrada de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá D.C., la cual fue aceptada por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia el 2 de julio del mismo año (fl. 64 cdno No. 2).

Del régimen de los servidores de la Rama Judicial

Por mandato expreso de la Ley 33 de 1.985, los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional tienen derecho a una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, a menos que por un lapso de 10 años hubieren laborado en la Rama Jurisdiccional pues, teniendo estos un régimen especial, continúan con el derecho a disfrutar de una pensión igual al 75% de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicios, según el Decreto 546 de 1971.

Como la actora prestó sus servicios por más de 10 años a la Rama Judicial está excluida de la aplicación de la regla general para la liquidación de pensiones contenida en las Leyes 33 y 62 de 1985, por lo que tiene derecho a que la prestación sea reliquidada conforme a lo dispuesto en el Decreto 717 de 1978, que fija la escala de remuneración de los empleados de la Rama Jurisdiccional.

El artículo 12 del Decreto 717 de 1978 establece que, además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, con el siguiente tenor literal:

"Además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución por sus servicios. Son factores de salario:

- a) Los gastos de representación;
- b) La prima de antigüedad;
- c) El auxilio de transporte,
- d) La prima de capacitación;
- e) La prima ascensional;
- f) La prima semestral ;
- g) Los viáticos percibidos por los funcionarios y empleados en comisión en desarrollo de comisiones de servicio."

En este orden de ideas, para efectos de determinar la base de la pensión de jubilación en el régimen salarial de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional se debe tener en cuenta la asignación más elevada devengada durante el último año de servicio (artículo 6 del Decreto 546 de 1971) incluyendo la asignación básica mensual fijada por la ley para el empleo **y todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley**⁵.

Sobre la Prima Especial.

Ha de precisarse que la Ley 4^a de 1992 en su artículo 14 consagró una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, **sin carácter salarial** para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, entre otros funcionarios. Esta norma fue avalada por la Corte Constitucional, mediante sentencia C- 129 de 1998.

Posteriormente fue expedida la Ley 332 de 1996, que en su artículo

1^o dispuso:

⁵ Sentencia del 28 de octubre de 1993, Rad. 5244, M.P. Dolly Pedraza de Arenas

“La prima especial prevista en el primer inciso del artículo 14 de la ley 4ª de 1992, para los funcionarios allí mencionados y para los Fiscales de la Fiscalía General de la Nación, con la excepción allí consagrada, **que se jubilen en el futuro, o que teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio** hará parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecidas por la ley.
(...)”

Es pertinente aclarar que la Corte Constitucional en fallo C- 444 de 1997, declaró constitucional el aparte subrayado al considerar que no desconocía derecho alguno excluir la prima especial como factor salarial para quienes ya disfrutaban de la pensión, pues es claro que los pensionados y quienes aún no han obtenido su derecho pensional, no se encuentran en la misma situación...”, en tanto los primeros “...consolidaron su derecho pensional **bajo la vigencia de un régimen diverso**, en el cual la prima especial no podía ser tomada en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión”.

El Juez A-quo, estimó que el derecho a que la prima especial se valore para efectos de pensión, es exigible sólo a partir de la vigencia de esta ley (28 de diciembre de 1996) aplicable para quienes se jubilen con posterioridad a esta fecha, o que teniendo reconocida la pensión se encuentren aún en servicio activo.

Considera la Sala que para definir la cuestión litigiosa en esta instancia, es pertinente examinar más detenidamente los efectos de la adición del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, introducida por la Ley 332 de 1996, para luego entrar a juzgar el caso que ocupa a la Sala, atendiendo lo dicho por la Corte Constitucional en el fallo que declaró su constitucionalidad.

El efecto temporal de una norma jurídica en materia pensional, por regla general, es inmediato y hacia futuro, pero con retrospectividad, porque la

norma pensional posterior sí puede mejorar las condiciones económicas del pensionado, a no ser que la misma proposición jurídica hubiere asignado un efecto temporal distinto a los que consiente la regla general. Debe entenderse como retrospectividad, en este caso de la Ley, cuando apunta a afectar situaciones que se han originado en el pasado, es decir, estados jurídicos en curso al momento de su vigencia, como es el caso pensional.

La directriz trazada en el artículo 1º de la Ley 332 de 1996, se dirigió a producir efectos concretos en la liquidación de la pensión de jubilación de aquellos empleados enlistados en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, asignándole a la prima especial carácter salarial, únicamente para efectos pensionales. Sin embargo, el mismo legislador de la Ley 332 de 1996 reguló sus efectos en relación con algunos pensionados (retrospectividad), excluyendo de la prima de servicios, devengada por ellos, el carácter salarial para efectos pensionales, cercenándoles la posibilidad de obtener liquidaciones pensionales.

La Corte Constitucional en la referida sentencia de constitucionalidad, al responder el interrogante de si se violaba el principio de igualdad en perjuicio de los pensionados, en relación con los servidores públicos jubilados y retirados con posterioridad a la expedición de la Ley 332 de 1996, asumió que con la entrada en vigencia de ésta, se creó un nuevo régimen distinto al consagrado originalmente por la Ley 4ª de 1992. Veamos:

“(…)

Es cierto que la ley 332, al otorgar carácter salarial a la prima especial de que trata el artículo 14 de la ley 4a. de 1992, otorgó un beneficio para los futuros pensionados, beneficio que se traduce en un mayor valor de la asignación pensional, en relación con la que reciben quienes se pensionaron con anterioridad a su vigencia. **Este hecho, sin embargo, no les desconoce derecho alguno, pues éstos consolidaron su derecho pensional bajo la vigencia de un régimen**

diverso, en el cual la prima especial no podía ser tomada en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión, y por ello recibieron su asignación en el monto señalado en la ley.

(...)"

Entendió entonces la Corte Constitucional, que con la entrada en vigencia de la Ley 332 de 1996, se concibió un nuevo régimen pensional, en este caso, más favorable al anterior, en el cual la prima especial no podía ser tomada en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión, por expresa disposición legal. Bajo este contexto, sentenció la Corte: "es claro que los pensionados y quienes aún no han obtenido la pensión, no se encuentran en la misma situación."

Si bien no hay discusión en esta Sala, en cuanto a la existencia de dos regímenes distintos, en su criterio, la norma no indica claramente en que momento la prima especial cobra naturaleza salarial para efectos pensionales, tan sólo expresa quienes pueden exigirla. Recordemos lo que dice la norma: la prima especial hará parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación para quienes se jubilen en el futuro, o que teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio.

Sin advertir el contenido de la disposición y sólo por los efectos hacia futuro de las normas, la primera interpretación sería que la prima especial adquiere naturaleza salarial para efectos pensionales a partir de la entrada en vigencia de la Ley 332 de 1996.

En oposición a la anterior interpretación restringida, atendiendo la literalidad de la norma, en armonía con el decreto 546 de 1971 y por los mismos efectos hacia futuro de las normas, se consideraría que, si los próximos pensionados o quienes teniendo reconocida la pensión de jubilación pero

vinculados al servicio, tienen, a partir de la vigencia de la Ley 332 de 1996, esto es, desde el 28 de diciembre de 1996, el derecho a exigir la prima especial para efectos pensionales, el nuevo régimen con la prima especial como factor salarial cobra vigencia desde el 28 de diciembre de 1995, un año antes, toda vez que quien reclama en aquella fecha, conforme al régimen especial que lo rige, su pensión se calcula no sólo con la asignación más elevada devengada **durante el último año de servicio** (artículo 6 del Decreto 546 de 1971), sino con todas las sumas que habitual y periódicamente recibió **durante el mismo lapso de tiempo**, como retribución de sus servicios.

Como se sabe, el principio de favorabilidad opera no sólo cuando existe conflicto entre dos normas, sino también cuando una sola norma admite varias interpretaciones, y consiste en elegir la interpretación más ventajosa o benéfica para el trabajador. Dando aplicación a este principio, acogiendo la interpretación más benéfica para el trabajador, la Sala considera que el nuevo régimen, aludido por la Corte Constitucional, que concibe la prima especial como factor salarial para efectos pensionales, cobra vigencia desde el 28 de diciembre de 1995, de acuerdo con las razones atrás expuestas.

Lo anterior significa, que no a todos los pensionados con anterioridad a la Ley 332 de 1996, los cobijó el anterior régimen. Dos pueden ser los supuestos en los cuales a los pensionados con anterioridad a la Ley 332 de 1996, los pudo gobernar el nuevo régimen: El primero de ellos lo avizoró el legislador al conceder expresamente el derecho de incluir la prima especial como factor salarial a quien “teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio...”. El segundo supuesto no considerado en la norma, corresponde a quien recibió la prima especial desde el 28 de diciembre de 1995, fecha en la que cobró naturaleza salarial para efectos pensionales, pero al 28 de diciembre de

1996, cuando entró en vigencia la Ley 332 de 1996, se encontraba retirado del servicio.

Esta última situación fáctica no fue advertida por la Corte Constitucional en el estudio de constitucionalidad de la norma, realizado bajo la perspectiva del derecho a la igualdad; pese a ello, considera la Sala desproporcionado e injustificado que quien causó legalmente el derecho, no pueda exigirlo por un hecho ajeno no connatural al derecho mismo. Tal suposición rompe de manera grosera el principio de igualdad en perjuicio de los pensionados, que aunque ya retirados del servicio, también alcanzaron a estar cobijados por el nuevo régimen.

Todo lo anterior, lleva a la Sala a concluir que, interpretando la misma Ley 332 de 1996, en armonía con los Decretos 546 de 1971 y 767 de 1978, y por el principio de favorabilidad y el derecho de igualdad, quien devengó la prima especial desde el 28 de diciembre de 1995, puede solicitar su inclusión, sin importar su situación laboral a la vigencia de la citada Ley 332.

Caso concreto

La actora alcanzó el status pensional el 7 de mayo de 1992, y el reconocimiento pensional se hizo el 5 de noviembre de 1993. No se discute la aplicación de los Decretos 546 de 1971 y 717 de 1978, pues consta en el proceso que ella laboró desde el 30 de agosto de 1975 hasta el 1° de julio de 1996.

Según constancia de la Dirección Ejecutiva Seccional de la Administración Judicial (fl. 33), la actora devengó la prima especial a partir del primero (1°) de enero de 1996, como Magistrada del Tribunal Superior de Bogotá, hasta cuando se retiró del servicio el 1° de julio del mismo año.

Lo anterior permite inferir que la actora se encuentra bajo el nuevo régimen que considera la prima especial como factor salarial para efectos pensionales, y así se deberá declarar, ordenando al tiempo la reliquidación de su pensión y el pago del mayor valor causado frente a las mesadas ya canceladas.

Por lo expuesto se revocará la sentencia apelada por medio de la cual el Tribunal denegó las súplicas de la demanda y en su lugar se accederá a las peticiones de la misma.

Es preciso recordar que en casos similares al presente, se ha indicado que procede el descuento de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal. Esta tesis ha sido sostenida en otras oportunidades por esta Corporación, indicando que la referida omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional.

Encuentra la Sala que la prima especial devengada por la actora en el año de 1996, había sido incluida en una liquidación pensional a través de la Resolución No. 006873 de 26 de marzo de 2001, liquidación que fue modificada después por la Resolución No. 32925 de 5 de diciembre de 2002, mediante la cual se ordenó la exclusión de la citada prima. Esta situación llevó a la demandante a presentar derecho de petición el 8 de junio de 2004, petición que fue resuelta finalmente con la Resolución No. 9522 de 2005, acusada en el presente proceso al negar la inclusión de dicho factor.

Esta situación debe ser tenida en cuenta por la demandada al momento de liquidar la condena, pues por un lado, en favor de la parte actora no

habrá que declararse ninguna prescripción de las mesadas pensionales y la reliquidación y pago de las diferencias causadas se ordenará a partir del 1° de julio de 1996, y por otro lado, en favor de la demandada, ésta deberá descontar del total de la condena las sumas canceladas por el mismo concepto como consecuencia de la Resolución No. 006873 de 26 de marzo de 2001, pues se configuraría un doble pago.

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

REVÓCASE la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, proferida el 3 de mayo de 2007, que negó las pretensiones de la demanda promovida por Emilia Del Niño Jesús Mesa Sánchez contra la Caja Nacional de Previsión Social.

En su lugar se dispone:

1. DECLÁRASE la nulidad de la Resolución No. 9522 de 4 de marzo de 2005, expedida por la Asesora de la Gerencia General de la Caja Nacional de Previsión Social, "por la cual se niega una solicitud de revisión de pensión de vejez por nuevo factor salarial" en cuanto no incluyó la prima especial en la pensión de la actora.

2. DECLÁRASE la nulidad de la Resolución No. 1506 de 31 de marzo de 2005, expedida por el Jefe de la Oficina Jurídica de la misma entidad, que confirmó la Resolución citada en el punto anterior.

3. ORDÉNASE a la Caja Nacional de Previsión Social, – en liquidación – o a la entidad de previsión social que la sustituya, reliquidar la pensión de jubilación de la señora Emilia Del Niño Jesús Mesa Sánchez, con inclusión de la prima especial devengada en el año de 1996, a partir del 1 de julio del mismo año. La entidad accionada podrá efectuar los descuentos por aportes correspondientes a los factores sobre los cuales no se haya realizado la deducción legal, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

4. ORDÉNASE el pago del mayor valor o la diferencia resultante de la nueva liquidación de las mesadas pensionales ya pagadas a partir del 1° de julio de 1996, descontando lo cancelado por la Resolución No. No. 006873 de 26 de marzo de 2001, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. La liquidación de lo adeudado se hará conforme a la siguiente formula:

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la diferencia resultante, por el guarismo que resulte 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 a la fecha en que debió realizarse el pago-. Además, por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada pensional, comenzando desde la fecha de su causación y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

5. Se dará cumplimiento a esta sentencia en los términos y condiciones establecidas en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

6. **RECONÓCESE** personería al abogado RAFAEL ERNESTO JIMÉNEZ RODRÍGUEZ para actuar dentro del presente proceso en representación de la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL-en liquidación-, en los términos y para los efectos del poder otorgado a folio 112.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

El anterior proyecto fue leído y aprobado por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN