

VIA GUBERNATIVA - Concepto. Agotamiento / DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL - Tratamiento y protección especial

El análisis constitucional de la preceptiva legal que establece la vía gubernativa como requisito de procedibilidad, evidencia una doble finalidad en su configuración normativa, dirigida en primer lugar, a favor del administrado dentro del marco jurídico-político del Estado Social de Derecho al constituir una forma de control jurídico a la actuación de la Administración, y en este sentido, la primera oportunidad para que, quien afectado por una decisión que considera vulneratoria de sus derechos, busque el restablecimiento rápido y oportuno de los mismos sin tener que acudir a la vía judicial; de otra parte, es la oportunidad para que la Administración revise sus propios actos dentro del ámbito de la pretensión particular que posteriormente sería ventilada ante el Juez Administrativo, de manera, que ésta pueda en el evento en que sea procedente, modificar, aclarar o revocar el pronunciamiento inicial en aras de rectificar sus errores, de salvaguardar el principio de legalidad en el ejercicio de la función administrativa y en este sentido, contribuir con el cumplimiento de los fines esenciales del Estado frente a los cuales se encuentra directamente comprometida. Lo anterior constituye una justificación objetiva y razonable frente a la exigencia legal de la vía gubernativa, igualmente concebida en los sistemas jurídicos de linaje continental como la autotutela con la que la Administración además de exteriorizar la soberanía inherente al Estado, garantiza la vigencia de la Ley en sentido positivo, en cuanto coadyuva al sometimiento del acto administrativo a la voluntad del Legislador y resguarda el derecho de los ciudadanos en el entendido de que éstos resulten amparados bajo la misma. En efecto, en el ordenamiento constitucional el derecho a la seguridad social goza de un especial tratamiento y protección en virtud de la entidad jurídica que representa. El artículo 48 de la Carta Política, consagra particularmente la seguridad social como un derecho inalienable e irrenunciable de las personas, cuya garantía y eficacia compromete directamente al Estado, en tanto permite el desarrollo de conceptos que constituyen pilares esenciales del Estado Social de Derecho como lo son el respeto a la dignidad humana y la protección de los derechos fundamentales del individuo como expresión obligatoria de la trascendencia de dicho concepto dentro del ordenamiento jurídico.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 48

RELIQUIDACION PENSIONAL - Valores devengados con anterioridad al retiro / VALORES CANCELADOS POSTERIOR AL RETIRO - Deben ser incluidos en la liquidación de la pensión / LIQUIDACION PENSIONAL - Incluir valores pagados con posterioridad a su retiro puesto que tuvieron origen durante la vigencia de la relación laboral / FACTORES SALARIALES QUE DEBEN CONSTITUIR INGRESO A LA BASE DE LIQUIDACION PENSIONAL - Enunciativos

Dado que una cosa es adquirir el derecho a una determinada remuneración y otra percibirla o recibirla, debe precisarse que lo pedido en el sub lite por el recurrente tiene vocación de prosperidad, pues como quedó demostrado en el plenario los valores que solicita el actor para que sean incluidos en su reliquidación pensional fueron causados o se originaron con anterioridad al retiro, cosa muy diferente es que se hayan pagado con posterioridad a saber, en los meses de diciembre de 2000 y diciembre de 2001 (retroactivo), pues es claro que a pesar de ser valores cancelados después del retiro, tienen incidencia en el monto de la reliquidación pensional, como quiera que si bien es cierto fueron pagados con posterioridad a la

fecha de su retiro, también los es, que tuvieron su origen durante la vigencia de la relación laboral. Que respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional esta Corporación en Sentencia de Unificación, en un caso muy similar al que ahora es objeto de estudio, precisó que la Ley 33 de 1985 no establece en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. Que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

FUENTE FORMAL: LEY 33 DE 1985 / LEY 7 DE 1961 - ARTICULO 2 / DECRETO 1372 DE 1966 - ARTICULO 3 / DECRETO 1372 DE 1966 - ARTICULO 6

NOTA DE RELATORIA: Sobre factores salariales que deben constituir ingreso base de liquidación pensional, revise sentencia de 4 de agosto de 2010. Sección Segunda. Exp. 0112-09 M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil diez (2010).

Radicación número: 73001-23-31-000-2007-00146-01(0465-09)

Actor: HELIODORO ARGUELLES OCHOA

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL – CAJANAL

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2008, por el Tribunal Administrativo del Tolima, dentro del proceso instaurado por el señor HELIODORO

2. PRETENSIONES

El actor, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda para que el Tribunal realice las siguientes declaraciones.

“1. ... la nulidad en lo pertinente de la Resolución N°. 5443 de Abril 04 de 2002, por medio de la cual se liquida la pensión al actor sin tener en cuenta el régimen especial del cual tiene derecho.

2. ... la nulidad de la Resolución N°.6702 de noviembre 13 de 2003, por medio del cual se resuelve un recurso de apelación, declara agotada la vía gubernativa y no se accede a tener en cuenta para el caudo del monto pensional la totalidad de factores de salarios devengados y certificados en el último año de servicio.

3. Que se declare constituido el Silencio Administrativo Negativo en los términos del artículo 40 del C.C.A., respecto del derecho de petición radicado en Cajanal el 16 de noviembre de 2006 por medio del cual se solicitaba la revisión de una pensión especial a un funcionario de la Aeronáutica Civil.

4. Que se declare la nulidad del acto ficto producto del silencio administrativo negativo en que incurrió CAJANAL, respecto del derecho de petición radicado en esa entidad el 16 de noviembre de 2006.”

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que la Caja Nacional de Previsión Social E. I. C. E., le reconozca y ordene calcular el valor de la pensión mensual teniendo en cuenta todos los factores de salario devengados y certificados en el último año de servicio (diciembre 01/99 a noviembre 30/2000), tal como la asignación básica, incremento de antigüedad, dominicales y festivos, totalidad de las horas extras, bonificación por servicios prestados, bonificación semestral, prima de productividad, primas de: vacaciones, navidad y cualquier otro valor que demuestre haber recibido como contraprestación de su relación laboral, pensión que habrá de pagarse en cuantía no inferior a \$2.235.483.58 efectiva a partir del 1° de diciembre de 2000, ordenando aplicar los reajustes de Ley 100/93, sobre la cuantía de \$2'235.483.58.; que se ordene liquidar y cancelar las diferencias entre lo que se ha venido cancelando por concepto de la Resolución

Nº. 5443 del 4 de abril de 2002 y lo que se determine en la sentencia que ordene el cálculo de la pensión en los términos de la pretensión anterior (sic), diferencias efectivas a partir del 1º de diciembre de 2000, calculadas sobre la base de una cuantía inicial pretendida de \$2.235.483.58; a que sobre las diferencias adeudadas le pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, tal como lo autoriza el artículo 178 del C.C.A.; a que de cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 176 del C.C.A. y si no a que pague intereses comerciales durante los seis (6) primeros meses contados a partir de la ejecutoria del fallo, e intereses moratorios después de este término conforme lo ordena el artículo 177 del C.C.A.

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Como hechos de la demanda el señor Heliodoro Arguelles Ochoa, trae a colación, entre otros, los siguientes:

Prestó sus servicios en el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil por un periodo superior a 20 años (folio 7), habiendo cumplido el status jurídico de pensionado el 4 de octubre de 1997 y retirado en forma definitiva del servicio el 1º de diciembre de 2000.

La Subdirección General de Prestaciones Económicas de CAJANAL, a través de la Resolución Nº. 20823 del 20 de septiembre de 2000, reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación dando aplicación parcial al régimen de transición contenido en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y contenido de la Ley 33 de 1985. (ver folios 57 a 60)

Posteriormente, mediante la Resolución Nº 5443 del 4 de abril de 2002, el Subdirector General de Prestaciones Económicas, reliquidó la pensión dando aplicación al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y parcial a la Ley 33 de 1985, pues el operador jurídico no estimó en forma total los factores devengados y certificados especialmente lo relacionado con la base salarial del último año de servicio y el rubro correspondiente a horas extras y demás primas y bonificaciones. (folios 75 a 79)

Que contra tal acto, interpuso recurso de apelación el cual fue resuelto por la Caja, mediante la Resolución Nº 6702 del 13 de noviembre de

2003, confirmando en cada una de sus partes la Resolución 5443 del 4 de abril de 2002. (folios 98 a 102)

Que el día 16 de noviembre de 2006, mediante derecho de petición, dado que aún se encontraba inconforme con la liquidación de su pensión, solicitó que le fuera incluido en esta, la totalidad de lo devengado por todo concepto en el último año de servicios, es decir, del 1° de diciembre de 1999 al 30 de noviembre de 2000, a saber: primas, bonificaciones, dominicales, festivos, horas extras y otros. (folios 2 y 3)

4. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Citó como normas infringidas los artículos 2°, 6°, 25 y 58 de la Constitución Política, 10 del Código Civil, 5° de la Ley 57 de 1887, 21 del Decreto 1237 de 1946, 2° de la Ley 7ª de 1961, 1° de la Ley 33 de 1985, 1° de la Ley 62 de 1985, 21 y 127 del Código Sustantivo del Trabajo, 40 y 60 del C.C.A y Decreto 1372 de 1966.

En sentir de la parte actora, la Caja Nacional de Previsión Social en los actos de reconocimiento y cálculo del monto pensional, se resiste a tener en cuenta la totalidad de los factores de salario devengados y certificados en el último año de servicio, alegando que las primas no son factor salarial, pues el decreto 1158 de 1994, no las contempló y que la base para liquidar no es el último año de servicio, sino el promedio desde el 1° de abril de 1994 a la fecha de su retiro definitivo del servicio, sin embargo, dice que el actor es beneficiario del régimen de transición a que hace referencia el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Que la discrepancia con los actos administrativos demandados, radica en la base salarial estimada por Cajanal para el cálculo del monto pensional (promedio base desde el 1° de abril de 1994 a la fecha de retiro y no del último año de servicio) y los factores tenidos en cuenta para el efecto, dado que no se estimaron la totalidad de las horas extras y las demás primas y bonificaciones.

Que el actor cumple con las exigencias establecidas para ser beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto para la fecha en que entró a regir dicha norma en materia

pensional, contaba con más de 40 años de edad y había cotizado más de 15 años, por lo que se le deben aplicar las disposiciones contenidas en las Leyes 4ª de 1966, 33 y 62 de 1985 y los Decretos 81 de 1976, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada omitió pronunciarse respecto del libelo.

6. LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo del Tolima, mediante proveído del 5 de diciembre de 2008, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda. Señaló que dado que la Caja Nacional de Previsión Social no efectuó ningún pronunciamiento respecto del derecho de petición elevado el 16 de noviembre de 2006, pues no obra en el plenario documento que lo acredite, operó el silencio administrativo negativo frente a las pretensiones allí formuladas, por lo tanto, se configuró el acto presunto que se entiende negativo a la petición de reliquidación de la pensión.

Manifestó, que como el demandante nació el 4 de octubre de 1942, contaba con 49 años de edad para el 1º de abril de 1994, época de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y había laborado por más de 15 años con la Aeronáutica Civil, toda vez que inició sus labores el día 28 de abril de 1971, lo que significa que al tenor del inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que se encontraba en régimen de transición, lo que permitía la aplicación de las disposiciones previas a la Ley 100 de 1993.

Que si bien es cierto, el actor solicitó se tuviera en cuenta para la liquidación de su pensión las normas que regulan las pensiones especiales de los empleados de la Aeronáutica Civil, también lo es, que revisado el artículo 2º de la Ley 7º de 1961 y los artículos 1º al 6º del Decreto 1372 de 1966, sobre el régimen especial de pensiones aplicable a los servidores de aquella entidad, el cargo que desempeñaba al momento de su retiro, auxiliar V grado 13 de plantas eléctricas, no se encuentra enlistado dentro de aquellos a los cuales debe aplicársele el régimen pensional especial.

Que al no existir una norma específica para el caso concreto, deberá aplicarse la Ley 33 de 1985 y la 62 de 1985, normas generales que rigen a los empleados públicos del orden nacional y que resultan más favorables para el actor.

Que una vez realizada la comparación entre los factores que establece el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, como base para la liquidación de la pensión, los devengados por el peticionario y los que le fueron tenidos en cuenta al reconocer y reliquidar la prestación, es pertinente la reliquidación de la pensión solicitada, pues esta no se debió realizar con el promedio de los factores que indicaba el Decreto 1198 de 1994, como se indica en la Resolución N°. 20823 del 20 de septiembre de 2000, sino con el 75% del salario que sirvió de base para los aportes de la Caja de Previsión Social en el último año de servicio.

Que como quiera que no se incluyeron todos los factores salariales que correspondían para liquidar la pensión, el acto demandado se torna violatorio de la norma legal que cobija al demandante.

Que en ese orden de ideas, la reliquidación deberá hacerse teniendo en cuenta además de los factores salariales ya reconocidos, la prima de antigüedad e igualmente, liquidarse con el 75% de la totalidad de dichos factores salariales desde el 1° de diciembre de 1999 hasta el 30 de noviembre de 2000, a partir de que se hizo efectiva, es decir 1° de diciembre de 2000.

LA APELACIÓN

La parte actora, solicita se modifique la sentencia impugnada en el sentido de ordenar que se tengan en cuenta para la reliquidación de la pensión, los factores certificados con posterioridad al retiro del servicio oficial por haber sido causados y no pagados en ese año; así como que se incluyan, en el calculo del monto pensional, la totalidad de los factores devengados y certificados en el último año de servicios o pagados con posterioridad a su retiro, tal como primas y bonificaciones solicitadas en el acápite de declaraciones y condenas.

Manifestó, que en las pretensiones de la demanda solicitó como restablecimiento del derecho que se incluyera en el calculo de la misma, los

factores de salario no estimados en el reconocimiento inicial tal como las primas de alimentación, navidad, semestral, productividad, vacaciones, horas extras, dominicales y festivos, bonificación por servicios certificados en el periodo comprendido entre el 1° de diciembre de 1999 y el 30 de noviembre de 2000.

Que en lo ordenado por el Tribunal se puede advertir que no se incluyeron los factores de salarios certificados en el mes de diciembre de 2000 y el mes de diciembre de 2001, salarios que habían sido causados antes del retiro, pero que fueron pagados con posterioridad y que finalmente tienen incidencia en el cálculo del monto pensional.

Que en la reliquidación de la pensión ordenada por el a quo se deben incluir factores tales como primas de navidad, vacaciones, semestral, productividad y otros, pues se encuentra inmerso en el régimen de transición y por ende, debe aplicarse de manera completa la normatividad anterior que regía su relación laboral.

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA

EL PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala establecer si es viable tener en cuenta para la reliquidación de la pensión del actor, la totalidad de los factores causados en el último año de servicio y pagados con posterioridad a su retiro.

El Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, al ordenar el restablecimiento del derecho señaló que debían incluirse aquellos factores sobre los cuales se habían practicado los aportes a seguridad social, en consecuencia ordenó la reliquidación de la pensión con el promedio del 75% de los salarios calculados con la inclusión de la asignación básica, prima de antigüedad, horas extras, dominicales, festivos y bonificaciones certificadas en el periodo comprendido entre el 1° de diciembre de 1999 al 30 de noviembre de 1999.

El recurrente por su parte, se encuentra inconforme con la decisión tomada por el a quo, pues en su parecer se debieron estimar los factores de salario certificados en el mes de diciembre de 2000 y el mes de diciembre de 2001, salarios que habían sido causados antes del retiro, pero que fueron pagados con posterioridad y que finalmente tienen incidencia en el cálculo del monto pensional.

En este marco, la Sala observa que tanto en el escrito contentivo del derecho de petición (ver folio 3) elevado el 16 de noviembre de 2006, ante la Caja Nacional de Previsión como en la demanda (ver folio 138) el actor solicitó la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta lo devengado por todo concepto en el último año de servicio, en sus palabras durante el lapso transcurrido entre del 1° de diciembre de 1999 al 30 de noviembre de 2000, incluyendo primas, bonificaciones, dominicales, festivos, horas extras y otros, periodo que es aparentemente distinto al que ahora pretende hacer valer en el recurso de apelación.

Si bien es cierto, en diversas ocasiones esta Corporación ha sostenido que no es posible agregar nuevas pretensiones o adicionar nuevos argumentos en el recurso de apelación, es del caso precisar de antemano, que este no es uno de esos eventos, por las razones que a continuación entraran a exponerse.

Examinado el sub lite y previo a abordar el asunto propuesto por el demandante en esta instancia, observa la Sala, que si bien es cierto en el caso objeto de estudio no se encuentra expresamente consignado ni en el derecho de petición ni en la demanda, la solicitud de que se tuvieran en cuenta para el cálculo del monto pensional, los emolumentos pagados en los meses de diciembre de 2000 y diciembre de 2001, también lo es, que el actor en dichos escritos, hizo la precisión de que su pensión debía calcularse teniendo en cuenta lo devengado durante su último año de servicio, afirmación que al ser genérica tiene inmersa la posibilidad de que se tengan en cuenta los emolumentos pagados con posterioridad a su retiro, pues tales emolumentos se causaron con anterioridad, razón por la cual, se entiende agotada la vía gubernativa y habilitada esta Corporación para adentrarse en el estudio de la controversia planteada.

Aunado a lo anterior, debe precisarse que esta Corporación en anteriores oportunidades¹ ha señalado que cuando se encuentra de por medio la reliquidación de un derecho pensional como el que aquí se discute, resulta necesario revisar el tema a la luz del ordenamiento constitucional en aras de examinar en estos casos, la imperatividad de dicho presupuesto procesal.

La vía gubernativa como presupuesto procesal en el juicio contencioso.

Sabido es, que la vía gubernativa es el procedimiento que se sigue ante la administración con el fin de controvertir sus propias decisiones. Es decir, que cuando una persona no está de acuerdo con un acto de la administración, tiene la oportunidad de manifestar a la administración las razones de su desacuerdo, y que la administración tenga a su vez, la oportunidad de enmendar sus propios errores. Este mecanismo es, por consiguiente, un control de legalidad ejercido ante la administración para que ella misma se autocontrole.

El análisis constitucional de la preceptiva legal que establece la vía gubernativa como requisito de procedibilidad, evidencia una doble finalidad en su configuración normativa, dirigida en primer lugar, a favor del administrado dentro del marco jurídico-político del Estado Social de Derecho al constituir una forma de control jurídico a la actuación de la Administración, y en este sentido, la primera oportunidad para que, quien afectado por una decisión que considera vulneratoria de sus derechos, busque el restablecimiento rápido y oportuno de los mismos sin tener que acudir a la vía judicial; de otra parte, es la oportunidad para que la Administración revise sus propios actos dentro del ámbito de la pretensión particular que posteriormente sería ventilada ante el Juez Administrativo, de manera, que ésta pueda en el evento en que sea procedente, modificar, aclarar o revocar el pronunciamiento inicial en aras de rectificar sus errores, de salvaguardar el principio de legalidad en el ejercicio de la función administrativa y en este sentido, contribuir con el cumplimiento de los fines esenciales del Estado frente a los cuales se encuentra directamente comprometida. Lo anterior constituye una justificación objetiva y razonable frente a la exigencia legal de la vía gubernativa, igualmente concebida en los sistemas jurídicos de linaje continental como la autotutela con la que la Administración además de exteriorizar la soberanía inherente al Estado, garantiza la vigencia de la Ley en sentido positivo,

¹ Exp. 25000 23 25 000 2002 04715 01 (2599-07) Sección Segunda - Subsección "A", 2 de octubre de 2008. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

en cuanto coadyuva al sometimiento del acto administrativo a la voluntad del Legislador y resguarda el derecho de los ciudadanos en el entendido de que éstos resulten amparados bajo la misma.

Lo anterior, amerita una reflexión que facilite la concordancia entre la obediencia al presupuesto gubernativo y el funcionamiento y plena vigencia de los principios y derechos constitucionales, pues como se señaló inicialmente, en la práctica contencioso administrativa, la inobservancia del ejercicio obligatorio del agotamiento de la vía gubernativa, declina procesalmente la aspiración del administrado de ventilar el asunto en sede judicial de manera exitosa, bien por el rechazo inicial de la demanda que acaece en ausencia del mismo o bien por la resolución inhibitoria de la controversia, situación que choca frente a la realidad jurídica de derechos como la seguridad social de prevalente amparo constitucional como el discutido en el sub examine, en donde la pretensión se encuentra dirigida a la obtención de la reliquidación del derecho jubilatorio del actor, en tanto la exigencia de dicho presupuesto obstruye la vigencia del mismo en contravía de claros preceptos supralegales que imponen al Estado su garantía.

En efecto, en el ordenamiento constitucional el derecho a la seguridad social goza de un especial tratamiento y protección en virtud de la entidad jurídica que representa. El artículo 48 de la Carta Política, consagra particularmente la seguridad social como un derecho inalienable e irrenunciable de las personas, cuya garantía y eficacia compromete directamente al Estado, en tanto permite el desarrollo de conceptos que constituyen pilares esenciales del Estado Social de Derecho como lo son el respeto a la dignidad humana y la protección de los derechos fundamentales del individuo como expresión obligatoria de la trascendencia de dicho concepto dentro del ordenamiento jurídico.²

Bajo la motivación anteriormente expuesta, se disuelve entonces la inconsistencia inicialmente advertida, lo que avala la decisión adoptada por el a quo y habilita el análisis de fondo frente al derecho prestacional en discusión, en los términos del recurso propuesto ante la Sala.

² Corte Constitucional. T-528-07, T-558-97, T-299 de 1997, T-305-98, T-169-98, T-137-00, T-190-00, T-1154-00, C-130-04, C-425-05.

2. CASO CONCRETO

Ahora bien, precisado lo anterior, procede esta Corporación a analizar los motivos de inconformidad planteados por el actor, señor Heliodoro Arguelles Ochoa, en su recurso de apelación.

En primer lugar, respecto del hecho de que el Tribunal debió tener en cuenta para el cálculo del monto pensional, además de los factores indicados en la sentencia, los que se causaron pero se pagaron con posterioridad al retiro definitivo del servicio en los meses de diciembre de 2000 y 2001, conforme a lo certificado por la Aeronáutica civil, se harán las siguientes precisiones:

Se observa a folio 64 del expediente, la certificación proferida por el Jefe de Grupo de Situaciones Administrativas de la División de Personal y Carrera de la Aeronáutica Civil, en la que consta que el señor Heliodoro Arguelles Ochoa, estuvo vinculado a esa entidad desde el 28 de abril de 1971 hasta el 30 de noviembre de 2000.

Obran a folios 121 y 122, los certificados de haberes expedidos por la Dirección de Talento Humano de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, en donde constan los factores devengados en el año 2000 y diciembre de 2001; en dichos certificados se hacen las siguientes precisiones:

En el correspondiente al año 2000 (ver folio 121), se explica que los dominicales, festivos, horas extras, corresponden a la liquidación del mes en que se efectuó el pago y se observa una nota en la que consta ***“que los valores cancelados posteriormente a la fecha de retiro corresponden a la liquidación final causada y pendiente de cancelar a esta fecha; que tales conceptos fueron autorizados, trabajados y cancelados y que el mayor valor liquidado en diciembre de 2000, agosto y diciembre de 2001, corresponden a la retroactividad por los diferentes conceptos relacionados y ordenados por Decreto del Gobierno Nacional.”*** (Negrillas de la Sala)

Y en el del año 2001, (ver folio 122) se señala que los dominicales, festivos y horas extras corresponden a la liquidación del mes en que se efectuó el

pago y se observa una nota en donde se aclara que ***“los valores cancelados posteriormente a la fecha de retiro, corresponden a la liquidación final causada y pendiente de cancelar a esta fecha; que los conceptos anteriores fueron autorizados, trabajados y cancelados; y que el mayor valor liquidado en diciembre de 2000, agosto y diciembre de 2001, corresponden a la retroactividad por los diferentes conceptos relacionados y ordenados por Decreto del Gobierno Nacional.”*** (Negrillas de la Sala)

El termino “causado” hace relación al origen de algo, mientras que el de “devengar”, debe entenderse como la posibilidad de obtener alguna percepción o retribución por razón de trabajo, servicio u otro título.

Así “devengar” según el diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas de Torres es: *“Adquirir derecho a alguna percepción o retribución por razón de trabajo, servicio u otro título. Devengar salarios, costas, intereses..”*. DEVENGAR es entonces un verbo transitivo, que implica el adquirir derecho a una percepción o a un ingreso.

Por su parte, el concepto de “pago”, tiene relación con la acción de entregar un dinero o especie que se debe para satisfacer una obligación, de conformidad con el artículo 1626 del Código Civil, el pago debe entenderse como la prestación de lo que se debe.

Así, dado que una cosa es adquirir el derecho a una determinada remuneración y otra percibirla o recibirla, debe precisarse que lo pedido en el sub lite por el recurrente tiene vocación de prosperidad, pues como quedó demostrado en el plenario (ver folios 121 y 122) los valores que solicita el actor para que sean incluidos en su reliquidación pensional fueron causados o se originaron con anterioridad al retiro, cosa muy diferente es que se hayan pagado con posterioridad a saber, en los meses de diciembre de 2000 y diciembre de 2001 (retroactivo), pues es claro que a pesar de ser valores cancelados después del retiro, tienen incidencia en el monto de la reliquidación pensional, como quiera que si bien es cierto fueron pagados con posterioridad a la fecha de su retiro, también los es, que tuvieron su origen durante la vigencia de la relación laboral.

En este orden de ideas, se modificará la providencia proferida por el *a quo*, en el sentido de ordenar tener en cuenta para el cálculo del monto pensional, los valores que se pagaron con posterioridad al retiro definitivo del servicio en los meses de diciembre de 2000 y diciembre de 2001.

Aclarado lo anterior, debe verificarse cuales son los factores percibidos por el actor en el último año de servicios, tales como primas de navidad, vacaciones, semestral, productividad y otras, pues en sentir del peticionario, al estar inmerso en el régimen de transición era acreedor a todos ellos.

Quedo demostrado en el plenario que el actor tenía 49 años de edad, para la época de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues nació el día 4 de octubre de 1942 (ver folio 6); que de conformidad con la certificación expedida por la Aeronáutica Civil laboró por más de 15 años en dicha institución como quiera que su vinculación inicial se produjo el día 28 de abril de 1971.

Que si bien es cierto, el actor solicita que se tengan en cuenta para la liquidación de su pensión las normas que regulan las pensiones especiales de los empleados de la Aeronáutica Civil, también lo es, que revisado el artículo 2° de la Ley 7ª de 1961 y los artículos 3° y 6° del Decreto 1372 de 1966, sobre el régimen especial de pensiones aplicable a los servidores de aquella entidad, es claro que el personal de dicha institución que desarrollara funciones con fines exclusivamente aeronáuticos se pensionaba con el régimen especial previsto en la Ley 7ª de 1961 y en el Decreto 1372 de 1966.

El artículo 2° de la Ley 7ª de del 10 de marzo de 1961, “*Sobre pensiones de jubilación de Radioperadores, Técnicos de Radio y Electricidad y Oficiales de Meteorología al servicio de la Empresa Colombiana de Aeródromos*”, dispone:

“Para los efectos indicados se aplicará a los mencionados trabajadores lo dispuesto por el artículo 21 del Decreto 1237 de 1946 y tendrán derecho a la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, cualquiera que fuere su edad.

Parágrafo. Es bien entendido que para poder gozar de la pensión de jubilación en los términos anteriores, los trabajadores señalados deberán reintegrar o compensar a la Caja nacional de Previsión Social las sumas que por concepto de auxilio de cesantías hubieren recibido de Aerovías Nacionales de Colombia, S.A. (Avianca)”.

Por su parte, el Decreto 1372 de 1966, reglamentario de la Ley 7ª de 1961 sobre pensiones de jubilación de radioperadores, técnicos de radio, de electricidad y oficiales de meteorología, en su artículo 3º, señala:

“Son técnicos de radio y de electricidad, los funcionarios que desarrollen las actividades propias de su profesión con fines exclusivamente aeronáuticos, sea cual fuere la denominación de la planta de cargos o nomenclatura dentro de la organización del organismo aeronáutico al cual pertenecen o del Departamento Administrativo del Servicio Civil”.

A su vez, el artículo 6º ibídem, establece:

“De acuerdo con los artículos 2º de la Ley 7ª de 1961 y 21 del Decreto 1237 de 1946, el personal de que trata el presente Decreto tendrá derecho a la pensión vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual de las asignaciones que hubiere devengado durante el último año de servicios”.

Que como el cargo que ocupaba al momento del retiro el actor era el de Auxiliar V Grado 13 de Plantas Eléctricas, no es beneficiario del citado régimen especial, pues no se desempeñó en cargos pertenecientes al sector de los servicios técnicos aeronáuticos, sino como auxiliar, sin acreditar que en ellos desempeñara funciones consideradas como de excepción.

Que de conformidad con el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se encuentra inmerso en el régimen de transición, lo que permite que se le apliquen las disposiciones previas a la Ley 100 de 1993.

Que respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional esta Corporación en Sentencia de Unificación³, en un caso muy similar al que ahora es objeto de estudio, precisó que la Ley 33 de 1985 no establece en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados

³ Exp. 25000 23 25 000 2006 07509 01 (0112-09) Sección Segunda, 4 de agosto de 2010, Consejero Ponente Dr Víctor Hernando Alvarado Ardila.

por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

Que con dicha posición, no se desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiado su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

Respecto de la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, además de aquellos, que reciba el empleado de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentado.

Ahora bien, es del caso aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías como

expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

A pesar de lo anterior, no desconoce la Sala que el mencionado Decreto no es aplicable al caso sub examine, por cuanto el presente asunto se rige por las Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional.⁴

Con fundamento en lo anterior, el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que el Tribunal no tuvo en cuenta al momento de ordenar la reliquidación de la pensión solicitada por el demandante.

En efecto, durante el último año de servicio, comprendido entre el 1° de diciembre de 1999 al 30 de noviembre de 2000, certificado por la Aeronáutica Civil, incluyendo los factores correspondientes a los meses de diciembre de 2000 y diciembre de 2001, (ver folios 121 y 122 del expediente) el actor devengó los siguientes conceptos: alimentación, asignación básica, bonificación por recreación, semestral y por servicios, dominicales y festivos, horas extras, incremento de antigüedad, indemnización por vacaciones, prima de productividad, prima de navidad y prima de vacaciones.

El Tribunal al liquidar la pensión ordenó tener en cuenta la asignación básica, la bonificación por servicios, los dominicales y festivos, las horas extras y el incremento de antigüedad.

En consecuencia, debe reliquidarse la pensión de jubilación del actor, en el sentido de incluir además de los reconocidos por el *a quo*, los factores salariales correspondientes a alimentación, bonificación semestral, prima de productividad, prima de navidad y prima de vacaciones.

No es posible incluir la indemnización de vacaciones, como quiera que las vacaciones no son salario ni prestación, sino que corresponden a un

⁴ Concepto N° 1393 del 18 de julio de 2002, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce

descanso remunerado para el trabajador, por lo que no es viable computarlas para fines pensionales. En efecto, esta Corporación ha precisado que la compensación monetaria, que se otorga al trabajador cuando no disfruta de sus vacaciones, no puede servir de base salarial para liquidar la pensión de jubilación. Por estas razones se comparte la decisión de primera instancia, en la medida que no ordenó la inclusión de este factor dentro del salario base de liquidación pensional.

Tampoco es posible tener en cuenta la bonificación por recreación por las siguientes razones:

Los Decretos 2710 de 2001 y 660 de 2002, expedidos en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, en su artículo 1º establecieron que su ámbito de aplicación se extendía a los siguientes servidores públicos⁵:

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

Por su parte, el artículo 15 del Decreto 2710 de 2001, reguló la bonificación por recreación en los siguientes términos⁶:

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

Esta bonificación no constituirá factor de salario para ningún efecto

⁵ El Decreto 451 de 1984 creó la bonificación especial de recreación. Por su parte, el Gobierno Nacional cada año expide un Decreto con el fin de fijar las escalas salariales de los servidores públicos y entre su articulado incluye este concepto. En el *Sub júdice* se tienen en cuenta los Decretos expedidos para los años 2001 y 2002 puesto que el año anterior al retiro definitivo del servicio está comprendido entre el 31 de octubre de 2001 y el 31 de octubre de 2002, y es precisamente este período el pertinente para efectos de determinar los factores salariales devengados por el demandante y que, a su vez, constituirán la base de liquidación de la pensión de jubilación previamente reconocida.

⁶ El artículo 14 del Decreto 660 de 2002, desarrolla la bonificación por recreación en similares términos.

legal y se pagará por lo menos con cinco (5) días hábiles de antelación a la fecha de inicio en el evento que se disfrute del descanso remunerado.”.

Así las cosas, el ordenamiento jurídico prescribe que la bonificación por recreación no constituye factor salarial para efectos prestacionales, por lo cual no puede accederse en este aspecto a la petición del demandante, más aún cuando el objeto de dicho reconocimiento no es remunerar directamente la prestación del servicio del empleado, sino, por el contrario, contribuir en el adecuado desarrollo de uno de los aspectos de la vida del mismo, como lo es la recreación; razón por la cual, es válido afirmar que esta es una prestación social y, en consecuencia, no puede ser incluida como factor para la liquidación de la pensión, máxime si, como se anotó anteriormente, el legislador así lo estableció expresamente.

Finalmente, esta Sala como consecuencia del reconocimiento precedente, ordenará el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se accede y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, pues tal omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional.

En consecuencia se dispone modificar el numeral 3° de la providencia proferida por el a quo, para en su lugar, ordenar incluir los factores relacionados, en la parte motiva de esta providencia, teniendo en cuenta los salarios certificados en el mes de diciembre de 2000 y diciembre de 2001.

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

1. MODIFÍCASE el numeral tercero de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 5 de diciembre de 2008, en el sentido de ordenar la reliquidación del valor de la mesada pensional de jubilación del señor

Heliodoro Arguelles Ochoa, con base en el 75% del salario base para los aportes durante el último año de servicio, teniendo en cuenta como factores salariales la alimentación, la asignación básica, la bonificación semestral y por servicios, los dominicales y festivos, las horas extras, el incremento de antigüedad, la prima de productividad, la prima de navidad y la prima de vacaciones, durante el último año previo a la causación del derecho pensional teniendo en cuenta los factores devengados de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

2. ORDENÁSE el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se accede y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, pues tal 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.

3. CONFÍRMASE en lo demás.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE 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