



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"

CONSEJERO PONENTE: DR. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil diez (2010).

Radicación N° 25000 23 25 000 2005 00052 01 (0568-08)

Actor: JOSÉ LUIS MARTÍNEZ ARTEAGA.

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia proferida el 18 de octubre de 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda de la referencia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el Artículo 85 del C.C.A., JOSÉ LUIS MARTÍNEZ ARTEAGA

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho N°. Interno (0568-08)
Actor: José Luis Martínez Arteaga.
Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

solicitó a esta jurisdicción que se declare la nulidad de las Resoluciones números 19083 del 23 de septiembre de 2003, expedida por la Subdirección General de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social, por medio de la cual se reconoció parcialmente la reliquidación de pensión de jubilación solicitada, sin tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, según el régimen especial contemplado en el Decreto 1047 de 1978 y la Nro 6244 del 4 de agosto de 2004, expedida por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Caja Nacional de Previsión Social, por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación contra la Resolución N°. 19083 del 23 de septiembre de 2003, confirmándola en todas sus partes y quedando así agotada la vía gubernativa.

A título de restablecimiento del derecho pidió se condene a la Caja Nacional de Previsión Social – E.I.C.E., a dictar un nuevo acto administrativo por medio del cual se reconozca la reliquidación de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, esto es que además de la asignación básica y de la bonificación por servicios prestados, debe incluirse también la prima técnica, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación por recreación y prima de riesgo de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 1047 de 1978, por haber prestado sus servicios como detective profesional en el Departamento Administrativo de Seguridad "DAS", con efectos fiscales a partir del 11 de octubre de 2001, día siguiente a la fecha en la cual se retiró del servicio oficial, por tratarse de un Régimen Especial a quienes no se les puede desconocer el derecho a la igualdad con relación a otros Regímenes Especiales; a aplicar los reajustes sobre el valor real de su pensión de jubilación previstos en la Ley 100 de 1993; a pagar las mesadas atrasadas causadas entre la fecha del retiro del servicio oficial y la inclusión en nomina y cumplimiento de la sentencia que así lo ordene; a dar cumplimiento a la sentencia dentro del término señalado en el artículo 176 del C.C.A.; a reconocer los intereses de acuerdo a lo establecido en los artículos 177 y 178 ibidém y artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y a que se condene al pago de la indexación o corrección monetaria que existe por haber transcurrido un tiempo a través del cual el valor que debería haberse cancelado no tiene en el momento de

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho N°. Interno (0568-08)
Actor: José Luis Martínez Arteaga.
Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

su pago el mismo valor intrínseco que tenía cuando debía ser solucionado dicha obligación, es decir, se efectúen los ajustes de valor en los términos del artículo 178 del C.C.A.

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

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

El señor José Luis Martínez Arteaga, prestó sus servicios al Estado en forma continua e ininterrumpida al servicio del Departamento Administrativo de Seguridad – D.A.S., en calidad de Detective durante más de 20 años, siendo su último cargo el de Detective Profesional.

Que por haber consolidado el derecho a la pensión vitalicia de jubilación por tiempo de servicios, en un cargo de régimen especial, radicó ante CAJANAL, la correspondiente solicitud de reconocimiento, Entidad que mediante la Resolución N°. 11916 del 24 de mayo de 2002, reconoció tal beneficio pensional en cuantía de \$841.040.93, efectiva a partir del 1° de agosto de 2001, condicionada al retiro definitivo.

Que como quiera que se retiró del servicio el día 10 de octubre de 2001, procedió a solicitar la reliquidación de su pensión a partir del 3 de febrero de 2003, con el fin de que se incluyera la totalidad de la asignación básica y demás factores salariales devengados durante su último año de servicio oficial.

Que la Subdirección General de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social, profirió la Resolución N° 19083 del 23 de septiembre 2003, por medio de la cual reconoció parcialmente la reliquidación solicitada, en cuantía de \$860.634.92 efectiva a partir del 11 de octubre de 2001, tan solo teniendo en cuenta la asignación básica y la bonificación por servicios pero sin tener en cuenta la totalidad de los factores salariales según el Régimen Especial

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho N°. Interno (0568-08)
Actor: José Luis Martínez Arteaga.
Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

establecido para el personal operativo de Detectives del Departamento Administrativo de Seguridad – D.A.S.

Que el 8 de octubre de 2003, interpuso recurso de apelación contra la Resolución 19083 del 23 de septiembre de 2003, el cual fue resuelto mediante la Resolución 6244 del 4 de agosto de 2004, confirmando la anterior.

4. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Cito como normas infringidas los artículos 1°, 2°, 4°, 13, 23 25 48 inciso final y 53 de la Constitución Política; Decreto 3135 de 1968; artículo 45 del Decreto 1045 de 1978; Decreto 1047 de 1978; artículo 3° inciso 3° Ley 33 de 1985; artículo 1160 de 1989.

Señaló que en el presente caso se encuentra demostrado el régimen especial de reliquidación de la pensión de jubilación establecido a favor del actor y que en consecuencia la liquidación de la citada prestación por parte de esa entidad debe efectuarse teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante su último año anterior al retiro del servicio oficial, incluida la prima de riesgo que indudablemente es factor salarial y que incluso en virtud del Decreto 1835 de 1994, es susceptible de todos los descuentos por alto riesgo (8.5%) y por tanto el D.A.S. debió girar estos aportes especiales y en consecuencia CAJANAL también los recibió por ser un descuento ordenado por la propia ley que para todos los efectos determina su carácter de factor salarial.

Precisó que los actos acusados violan además por falta de aplicación el Decreto 1160 de 1947, artículo 6to como quiera que de su texto se desprende que la remuneración que recibe el trabajador no solo no esta constituida por el sueldo mensual, sino por todo aquello que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como prima, sobresueldo o bonificaciones.

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho N°. Interno (0568-08)
Actor: José Luis Martínez Arteaga.
Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

Afirmó que CAJANAL se negó a reliquidar la pensión del demandante al considerar que la pensión la obtuvo el actor en vigencia de las Leyes 33 y 62 de 1985, por lo que debieron acatarse esos preceptos. Lo anterior implica que el demandado desconoce abiertamente las normas especiales aplicables a la pensión de jubilación, en donde se señala que por ser una pensión especial no se liquida sobre aportes.

Que la cuantía establecida en la Ley 114 de 1913 vino a quedar por mandato de la Ley 4ta de 1966 en el 75% del promedio mensual obtenido en el año anterior a la adquisición del estatus jurídico del pensionado.

Que de conformidad con lo anterior no cabe duda que la cuantía de la pensión de jubilación a que tienen derecho algunos detectives especializados se liquida con base en el promedio del 75% de los salarios devengados en el año anterior a la adquisición del status jurídico de pensionado.

Que la regla sobre la cuantía y edad contenida en el inciso 1° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, no es el aplicable a la pensión de jubilación de un funcionario del D.A.S.

5. CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Caja Nacional de Previsión Social, contestó en la oportunidad procesal el libelo y se opuso a las pretensiones. Afirmó que de conformidad con los hechos de la demanda el actor se encuentra amparado por el régimen de transición, razón por la cual se pensionó con 20 años de servicio y el 75% como monto de la pensión y sin edad, tal como lo indican el Decreto 1933 de 1989 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero el periodo sobre el cual se liquida la pensión así como los factores salariales que debe tomarse, son los indicados en la Ley 100 de 1993 y su Decreto Reglamentario 1158 de 1994, que no contempla las primas de navidad, vacaciones riesgo, alimentación, servicios, etc. Como ítems que integran el ingreso base de cotización. Más aún cuando el actor cumplió el

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho N°. Interno (0568-08)
Actor: José Luis Martínez Arteaga.
Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

status jurídico el 30 de agosto de 1996. Es más, cualquier descuento que se hubiere efectuado sobre estos factores se consideraría ilegal, pues la norma en mención señala taxativamente sobre los factores que deben hacerse las correspondientes cotizaciones al sistema, no permitiendo salirse del marco establecido en la misma.

Precisó, respecto de la prima de riesgo, que también pretende el actor como factor a incluir en la liquidación, que este concepto no se contempla en norma alguna de orden general, sino sólo en normas de orden interno del DAS. Además debe haber efectuado al menos 1000 semanas de cotización especial de 8.5% y el peticionario solamente empezó a cotizar a partir de la vigencia del Decreto 1835 de 1994, es decir no reúne el requisito de las mil semanas cotizadas.

6. LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. Declaró la nulidad de los actos acusados y ordenó reconocer y pagar la pensión mensual de jubilación a favor del actor teniendo en cuenta los factores de salario acreditados a folios 15 a 16, incluyendo el 75% del promedio de las asignaciones devengadas por concepto de: asignación básica, bonificación por servicios, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, sueldo por vacaciones y bonificación por recreación.

Señaló que el propósito del legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, fue reconocer los derechos adquiridos y las expectativas de quienes se encuentran próximos a alcanzar las prestaciones establecidas en normas anteriores, siempre y cuando al momento de entrar en vigencia el nuevo orden jurídico, tuvieran 35 años de edad o más si son mujeres, 40 años o más de edad si son hombres y 15 años o más de servicios cotizados.

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho N°. Interno (0568-08)
 Actor: José Luis Martínez Arteaga.
 Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

Precisó que es evidente que el actor esta cobijado por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que para la entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social, tenía 42 años de edad y llevaba 18 años y 5 meses laborando en el servicio público como Detective, pues como fue acreditado en el proceso ingresó al servicio del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, el 1° de septiembre de 1976.

Afirmó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1047 de 1978, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 del Decreto 1933 de 1989, en cuanto previó que los empleados del DAS, cualquiera que sea su edad y que cumplan 20 años de servicio realizando funciones de Dactiloscopistas o que cumplan esas actividades en los cargos de detective agente, profesional o especializado y el personal de detectives en sus distintos grados y denominaciones, tendrán derecho a "una pensión ordinaria vitalicia de jubilación".

Indicó que al momento de dar aplicación al régimen de transición consignado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo relativo al ingreso base para liquidar la pensión no podrá tenerse en cuenta el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para adquirir el derecho, sino el porcentaje señalado en el régimen anterior al cual se hallaba afiliado el interesado.

Adujó que de conformidad con lo anterior, el régimen al cual estaba afiliado el demandante es el señalado por las Leyes 33 y 62 de 1985, 71 de 1988 y el Decreto Ley 1933 de 1989, de manera que el ingreso base para liquidar la pensión es el contemplado en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 y en cuanto a los factores el artículo 18 del Decreto 1933 de 1989.

Que de acuerdo con las normas referidas la entidad acusada en los actos tanto de reconocimiento como de confirmación omitió tener en cuenta la totalidad de los factores percibidos por el demandante como detective especializado código 207 grado 10, en el último año de servicios como son:

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho N°. Interno (0568-08)
Actor: José Luis Martínez Arteaga.
Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

asignación básica, sueldo por vacaciones, bonificación por servicios, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y bonificación por recreación.

Aclaró que los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989 no señalan que porcentaje del promedio mensual se debe tomar en cuenta para reliquidar el derecho pensional, ni sobre que período, en consecuencia para este caso se aplicará el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, el cual indica que la pensión se liquidara y pagará en un 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.

Respecto de la prima de riesgo equivalente al 30% de la asignación básica señaló que como quiera que el legislador expresamente la consideró constitutiva de factor salarial y la descarto de la enumeración realizada en el artículo 18 del Decreto 1933 de 1987, no se puede tener en cuenta al momento de realizar la reliquidación de la pensión de vejez al actor.

Concluyó que para reliquidar el derecho pensional del demandante es preciso tomar como base el resultado obtenido de la suma total de todos los factores devengados en forma proporcional, que se hubieren consolidado en el último año, cantidad que se dividirá por doce y por último, se le aplicara el 75%; salvo los emolumentos denominados prima de riesgo conforme a las previsiones anteriores y prima técnica, pues ésta última no se encuentra enlistada en el artículo 18 del Decreto 1933 de 1989.

7. LA APELACIÓN

La parte actora recurre oportunamente la providencia del a quo. Solicita que se revoque la sentencia y en su lugar se conceda la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año anterior al retiro definitivo de servicio, esto es, que además de la asignación básica, bonificación por servicios reconocidos por la entidad

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho N°. Interno (0568-08)
Actor: José Luis Martínez Arteaga.
Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

demandada prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, sueldo por vacaciones y bonificación por recreación ya reconocidas dentro de la sentencia apelada, se debe tener en cuenta también la prima de riesgo, por ser parte integral directa habitual y permanente de su salario por haber prestado sus servicios al Departamento Administrativo de Seguridad "DAS" por tratarse de un régimen especial.

Señala que como es sabido la jurisprudencia actualmente ha venido sosteniendo que todo lo que percibe el servidor público que implique retribución de servicio, es factor salarial para el cálculo de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para la adquisición del derecho pensional.

Por su parte, la Caja Nacional de Previsión Social apela la providencia del Tribunal y solicita su revocatoria. Afirma que de acuerdo con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el señor José Luis Martínez Arteaga se encuentra en el régimen de transición del estatuto general y en consecuencia por tener a la entrada en vigencia de la Ley 100 (1° de abril de 1994) más de 40 años de edad, la Caja Nacional de Previsión Social, da aplicación al régimen anterior en cuanto a 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.

Que como lo señala el último inciso del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, las demás condiciones y requisitos para acceder a la pensión se rigen por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

Que el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas que les faltare menos de diez años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les 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 expedida por el DANE.

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho N°. Interno (0568-08)
Actor: José Luis Martínez Arteaga.
Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

Que en aplicación del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, el cual respeta tres requisitos como son el tiempo de servicio, la edad y el monto del régimen anterior vigente, es por esa razón que al demandante se le aplicó el Decreto 1047 de 1978 y 1933 de 1988, para tales requisitos, más no los factores salariales, a los cuales les corresponde lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

Que por lo anterior es claro que la demandada al liquidar la pensión solo pudo tener en cuenta los factores salariales aplicables al Régimen General de Seguridad Social, señalados de manera taxativa en el artículo 1158 de 1994, de donde es claro que la bonificación por servicios, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, vacaciones remuneradas y bonificación por recreación no se encuentran en la anterior lista taxativa de factores salariales.

CONSIDERACIONES

Se demanda la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones números 19083 del 23 de septiembre de 2003, expedida por la Subdirección General de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social y 6244 del 4 de agosto de 2004, expedida por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Caja Nacional de Previsión Social por medio de las cuales se negó la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación del demandante.

Se encuentra probado en el presente caso que el actor era un empleado del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., a quien la Caja Nacional de Previsión Social mediante la Resolución 11916 de 24 de mayo de 2002, le reconoció una "pensión vitalicia por vejez" (sic), al haber laborado más de 20 años al servicio del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., como Detective desde el 1 de septiembre de 1976. (ver folio 90)

Que al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el actor contaba con más de 40 años de edad, como quiera que nació el 1° de junio

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho N°. Interno (0568-08)
Actor: José Luis Martínez Arteaga.
Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

de 1951 (folio 90) y llevaba 18 años, 5 meses laborando en el servicio como quiera que, se repite, ingreso al D.A.S., el 1° de septiembre de 1976. (folio 52)

La entidad afirma que el demandante no goza del régimen especial de jubilación que contempla Decreto 1933 de 1989, en cuanto al monto de la pensión se refiere y por tal razón niega la reliquidación pensional con inclusión de todos los factores que el artículo 18 del decreto en mención contempla.

Se trata entonces de dilucidar si el actor como servidor del Departamento Administrativo de Seguridad en su condición de Detective Especializado Código 207 grado 10, tenía derecho a que se le aplicara el régimen especial de pensiones consagrado para los Detectives del DAS y por ende a que se le reconozca su pensión de jubilación teniendo en cuenta la totalidad de los factores devengados y certificados en el último año de servicio por encontrarse amparado por el régimen de transición.

En primer lugar, es del caso precisar respecto del concepto de pensión de vejez y de jubilación que¹ la normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, tendía a reservar el término "pensión de vejez" a aquellas que fueran reconocidas por el Instituto de los Seguros Sociales a los trabajadores privados, mientras que solía hablar de "pensión de Jubilación" en el caso de los empleados públicos o de las pensiones reconocidas por la empresas o por la Cajas especiales, pero con la Ley 100 de 1993, señala que la contingencia de vejez sería cubierta con una pensión que en todos los casos se llamaría "de vejez", sin importar si se trata de trabajadores privados o de servidores públicos.

Ahora bien, respecto del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe señalarse que 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

¹ Ver sentencia C-1255 de 2001 Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Uprimny Yepes.

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho N°. Interno (0568-08)
Actor: José Luis Martínez Arteaga.
Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

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.

Conforme a lo expuesto el propósito del legislador fue reconocer los derechos adquiridos y las expectativas de quienes se encontraban próximos a alcanzar las prestaciones establecidas en normas anteriores, siempre y cuando al entrar en vigencia el nuevo ordenamiento jurídico, tuvieran 35 años de edad o más si son mujeres, 40 años o más de edad si son hombres y 15 años o más de servicios cotizados.

De conformidad con el acervo anteriormente relacionado es del caso precisar que el actor se encuentra cobijado por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que llevaba 18 años y cinco meses laborando en el servicio público como Detective al momento de entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social, pues como fue acreditado en el proceso ingresó al servicio del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS -, el día 1° de septiembre de 1976 como se advierte y ya quedó consignado en la certificación expedida por el Coordinador de Grupo de Administración de Personal.

De igual manera debe señalarse respecto del requisito de edad establecido en el régimen de transición que el demandante también cumplía con dicha exigencia, pues para el 1° de abril de 1994 contaba con 42 años de edad, como quiera que nació el 1° de junio de 1951.

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho N°. Interno (0568-08)
 Actor: José Luis Martínez Arteaga.
 Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

Lo anterior lleva al convencimiento incontrovertible para la Sala de que el reconocimiento de la pensión del señor José Luis Martínez Arteaga debía efectuarse teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez según el régimen anterior al cual se encontraba adscrito.

Al respecto el artículo 1º del Decreto 1933 de 1989 estipuló lo siguiente:

DECRETO 1933 DE 1989

"Por el cual se expide el régimen prestacional especial para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad"

ARTICULO 1º. NORMA GENERAL. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad tendrán derecho a las prestaciones sociales previstas para entidades de la Administración Pública del orden nacional en los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 451 de 1984, artículo 3º y en los que los adicionan, modifican, reforman o complementan y, además, a las que este decreto establece.

De la lectura de la norma anteriormente transcrita es claro que el demandante gozaba de este régimen especial de jubilación. Para llegar a esta conclusión se realiza el siguiente razonamiento:

Un régimen especial de jubilación define condiciones distintas a las que el régimen común u ordinario señala para acceder a la pensión de jubilación, en uno cualquiera de los tres aspectos que resultan relevantes al efecto: la edad para adquirir el derecho, el tiempo de servicios o de cotización al sistema y el monto o valor de la mesada pensional.

El claro tenor del artículo 1º del Decreto 1933 de 1989, asigna a los empleados del D.A.S, sin distinciones, la aplicación de las normas que en materia prestacional contiene.

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho N°. Interno (0568-08)
Actor: José Luis Martínez Arteaga.
Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

Respecto de la pensión de jubilación, el citado Decreto 1933 de 1989 contiene dos normas: el artículo 10 y el artículo 18. El primero, estipula lo siguiente:

"DECRETO 1944 DE 1989. ARTÍCULO 10°. PENSION DE JUBILACION. Las normas generales sobre pensión de jubilación previstas para los empleados de la administración pública del orden nacional se aplicarán a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad. Los empleados que cumplan funciones de dactiloscopistas en los cargos de detective agente, profesional o especializado, se regirán por lo establecido, en cuanto a régimen de pensión vitalicia de jubilación, por el Decreto Ley 1047 de 1978, cuyas normas serán igualmente aplicables al personal de detectives en sus distintos grados y denominaciones."

El Decreto 1047 de 1978, referido por la norma anterior, define especiales condiciones en cuanto a edad y tiempo de servicios para acceder a la jubilación.

Por su parte el artículo 18 del Decreto 1933 de 1989, estipula lo siguiente:

"Factores para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad se tendrán en cuenta para su liquidación, los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo.
- b) Los incrementos por antigüedad.
- c) Bonificación por servicios prestados.
- d) La prima de servicios.
- e) El subsidio de alimentación.
- f) El auxilio de transporte.
- g) La prima de navidad.
- h) Los gastos de representación.
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios en comisión.
- j) La prima de vacaciones.

De las normas anteriores se deduce sin ambages, que el Decreto 1933 de 1989 estipuló condiciones especiales en materia de pensión de jubilación,

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho N°. Interno (0568-08)
Actor: José Luis Martínez Arteaga.
Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

en los tres aspectos relevantes a la adquisición del derecho: La edad, el tiempo de servicios y el monto o valor de la mesada.

Respecto de la edad y el tiempo de servicios, el artículo 10°, aplica para los empleados que cumplan funciones de dactiloscopistas en los cargos de detective agente, profesional o especializado; y al personal de detectives en sus distintos grados y denominaciones, por remisión expresa el Decreto 1047 de 1978.

En cuanto al monto de la mesada pensional, específicamente de los factores que se deben imputar para liquidar el derecho, el artículo 18, que aplica para todos los empleados del D.A.S., define cuales conceptos deben ser incluidos en la base de liquidación del derecho. Por ello la entidad debió considerar los factores que el citado artículo 18 relaciona, y no son de recibo las razones esgrimidas, para negar la aplicación del régimen especial al demandante en materia del monto de la mesada pensional.

Se debe precisar que el régimen especial sobre factores de cotización que contiene el Decreto 1933 de 1989, fue dictado el 28 de agosto de 1989, fecha que resulta posterior a la de las Leyes 33 y 62 de 1985, cuya vigencia requiere el apelante. De ello concluye que cuando el actor adquirió el derecho a pensión de jubilación, para él no aplicaba en materia de factores, la Ley 33 de 1985, que modificó normas generales anteriores a su vigencia.

Ahora bien, debe advertirse que las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes, significa que aun cuando se trate de una pensión de régimen especial, el empleado está obligado a pagar los respectivos aportes sobre todos los factores que según el mismo régimen deben tenerse en cuenta para la determinación de la base, obligación que por lo demás, si no se cumple por cualquier motivo, no da lugar a que se niegue la inclusión de determinado factor, sino a que al momento del reconocimiento la entidad de previsión haga los descuentos correspondientes, como ya lo precisó esta

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho N°. Interno (0568-08)
Actor: José Luis Martínez Arteaga.
Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

Corporación, de tiempo atrás, en sentencia de octubre 28 de 1993, Ponente: Doctora Dolly Pedraza de Arenas.

Precisado lo anterior, es el caso analizar el argumento esbozado por el Tribunal sobre el hecho de que de conformidad con los Decretos 1137 de 2 de junio de 1994 y 2646 de 1994, *"el accionante tenía derecho a percibir la prima de riesgo equivalente al 30% de la asignación básica, como en efecto la reconoció la entidad (fls. 15 a 17). No obstante, el legislador expresamente la consideró constitutiva de factor salarial, y la descarto de la enumeración realizada en el artículo 18 del Decreto 1933 de 1987, de manera que, no se puede tener en cuenta al momento de realizar la reliquidación de la pensión de vejez del actor."* (sic) y para ello se realizaran las siguientes precisiones:

Respecto del sentido y alcance de las expresiones salario y factor salarial, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002², precisó:

"(...) El salario (...) aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador (...). En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) "constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones." En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que "además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios." (...)

Según el artículo 42 ibídem son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador : la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación,

² Magistrado Ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho N°. Interno (0568-08)
Actor: José Luis Martínez Arteaga.
Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.(...).”.

En igual sentido, la Sección Segunda del Consejo de Estado en anterior oportunidad respecto de la liquidación pensional señaló³ que 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.

Por su parte, la prima de Riesgo tuvo su origen en el Decreto 1933 de 23 de agosto de 1989, disposición general mediante la cual se reglamentó el régimen prestacional especial para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, la cual indicó que los empleados de la entidad en mención, pertenecientes a las áreas de dirección superior, operativa y los conductores del área administrativa adscritos a los servicios de escolta, a las unidades de operaciones especiales y a los grupos de antiexplosivos, *“tendrán derecho a percibir mensualmente una prima de riesgo equivalente al diez por ciento (10%) de su asignación básica”.*

Que posteriormente, el Decreto 132 de 17 de enero de 1994, otorgo a los servidores públicos que prestan servicios de conductor a los Ministros y Directores de Departamento Administrativo, una prima mensual de riesgo equivalente al 20% de su asignación básica mensual, *“la cual no tendrá carácter salarial”.*

Que el Decreto 1137 de 2 de junio de 1994, creo una prima especial de riesgo con carácter permanente para los empleados del DAS que desempeñen los cargos de detective especializado, profesional o agente, o criminalístico especializado, profesional o técnico que no estén asignados a tareas

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.

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho N°. Interno (0568-08)
Actor: José Luis Martínez Arteaga.
Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

administrativas y los conductores quienes "tendrán derecho a percibir mensualmente una prima especial de riesgo equivalente al 30% de su asignación básica mensual"

El inciso 2° del artículo 1° señaló:

"Esta prima no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con las primas de que tratan los artículos 2°, 3° y 4° del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994" (negrillas de la Sala)

Ahora, el Decreto 2646 de 29 de noviembre de 1994, por el cual se estableció la prima especial de riesgo para los empleados del DAS, en su artículo 1° preceptuó que los empleados que desempeñen cargos de detective especializado, profesional o agente, criminalístico especializado, profesional o técnico y los conductores *"tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una prima especial de riesgo equivalente al treinta y cinco (35%) de su asignación básica mensual."*

Así mismo, en el artículo 4to de la norma en mención se indicó:

"La Prima a que se refiere el presente Decreto no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con la prima de que trata los artículos 2° del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994" (negrilla fuera de texto)

De lo anterior se colige que si bien es cierto el actor tenía derecho a percibir la prima de riesgo equivalente al 30% de la asignación básica, como efectivamente lo vino reconociendo la entidad (ver folios 15 a 17), también lo es que el legislador expresamente consideró que ésta no era factor salarial.

Que a pesar de lo anterior, de la lectura del artículo 1° del Decreto 1933 de 23 de agosto de 1989, norma aplicable al caso sub lite, es claro que los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad tienen derecho a las

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho N°. Interno (0568-08)
Actor: José Luis Martínez Arteaga.
Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

prestaciones sociales previstas para entidades de la Administración Pública del Orden Nacional en los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 451 de 1984, artículo 3° y en los que los adicionan, modifican, reforman o complementan y, además, a las que este decreto establece.

Que el artículo 73 del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969 "*por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968*", expresamente establece:

"CUANTÍA DE LA PENSIÓN.

*El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco (75) por ciento del promedio de los salarios y **primas de toda especie percibidos** en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la Ley para tal fin."* (negrillas de la Sala)

(Lo subrayado fue declarado nulo, Sent. C de E. Junio de 1980)

De lo anterior es claro, que el argumento del Tribunal resulta insuficiente y ambiguo, pues si bien es cierto el Legislador señaló expresamente en los Decretos 1137 de 2 de junio de 1994 y 2646 de 29 de noviembre de 1994, que la prima de riesgo no constituía factor salarial, también lo es que dicha prima tiene proyección dentro del marco de la liquidación de la pensión, pues de conformidad con el artículo 73 del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969 la pensión vitalicia de jubilación debe liquidarse con el promedio de los salarios y primas de toda especie, razón por la cual el hecho de que la prima de riesgo no tuviera el carácter de factor salarial no la excluía de ser tenida en cuenta para efectos liquidar la pensión de jubilación del demandante.

En consecuencia, la Sala comparte la decisión de primera instancia en cuanto el Tribunal declaró la nulidad de los actos acusados y ordenó incluir en la nueva liquidación de la pensión de jubilación del actor la proporción correspondiente a los factores acreditados a folios 15 a 17 del expediente.

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho N°. Interno (0568-08)
Actor: José Luis Martínez Arteaga.
Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

No comparte la decisión en cuanto negó la inclusión de la proporción correspondiente a la prima de riesgo, puesto que si bien es cierto ella no está enlistada como uno de los factores sobre los cuales se establece la cuantía de la mesada pensional en el artículo 18 del Decreto 1933 de 1989, y que a la luz de los Decretos 2646 de 1994 y 1137 del mismo año, ella no constituye factor de salario por no tratarse en este caso particular de la Ley 100 de 1993 en cuanto en el artículo 36 inciso tercero dispone que quienes se encuentren en el régimen de transición, que le faltare menos de diez años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, se ordenará su inclusión.

En consecuencia se modificara la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar que en la nueva liquidación de la pensión de jubilación del actor se incluya la proporción correspondiente a la prima de riesgo.

En este orden de ideas, para la Sala resulta claro que el Tribunal de primera instancia, tuvo razón al declarar la nulidad de los actos acusados, por lo que se impone confirmar el fallo recurrido.

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.

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida el dieciocho (18) de octubre de dos mil siete (2007) por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso instaurado por el señor José Luis Martínez Arteaga contra la Caja Nacional de Previsión Social.

Modifícase la sentencia en cuanto denegó la inclusión en la nueva liquidación de la pensión del actor, la proporción correspondiente a la prima de

528

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho N°. Interno (0568-08)
Actor: José Luís Martínez Arteaga.
Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

riesgo. En su lugar, la entidad demandada procederá a incluirla en la nueva liquidación.

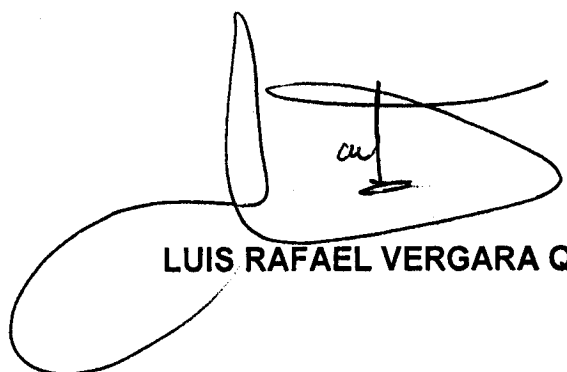
Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

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


GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN


ALFONSO VARGAS RINCÓN


LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO