

OBLIGATORIEDAD DE COTIZACION AL REGIMEN DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES – Excepción / PENSION DE JUBILACION – Ingreso base de liquidación cuando no se cotiza durante el último año de servicios

Si los afiliados al sistema deben aportar para poder percibir los distintos beneficios y además para preservar el sistema en su conjunto, es razonable concluir que si el afiliado cesa en su obligación de cotizar, como lo autoriza el artículo 4 de la Ley 797 de 1993 porque ha cumplido los requisitos para obtener su pensión, a pesar de continuar laborando, el cálculo del ingreso base de liquidación encuentra como límite el último periodo cotizado, pues en adelante, la no cotización impedirá que aumente el número de semanas cotizadas y de esta forma, la cuantía de la mesada pensional dependerá de los aportes efectuados. En este orden de ideas, puede afirmarse que la obligatoriedad de las cotizaciones durante la vigencia de la relación laboral tiene como excepción el momento en que el afiliado deja de cotizar por haber reunido los requisitos para acceder a la pensión, caso en el cual, la regla que consagra el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 para determinar la base de liquidación pensional “equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”, debe interpretarse en armonía con el criterio de proporcionalidad entre cotización y pensión que la norma prohíja al disponer que el ingreso base de liquidación se determina por el salario promedio que sirvió de base para efectuar aportes al sistema. Así las cosas, si el afiliado, en virtud de la autorización legal (art. 4 L.797), voluntariamente cesó en su obligación de cotizar al sistema durante el último año de servicios, el ingreso base para liquidar su pensión con fundamento en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 será el salario promedio que sirvió de base para los aportes efectuados durante el año anterior a la fecha en que dejó de cotizar, y no el salario promedio del último año de servicios porque en dicho periodo el afiliado dejó de aportar.

FUENTE FORMAL: LEY 797 DE 1993 – ARTICULO 4 / LEY 33 DE 1985 – ARTICULO 1

PENSION DE JUBILACION – Factores de liquidación / BONIFICACION POR RECREACION – No es factor de liquidación pensional

Como se expuso anteriormente, la Sala Plena de la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, señaló que en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades, progresividad y favorabilidad en materia laboral, debía incluirse en la base de liquidación de la pensión, la totalidad de lo devengado por el empleado por concepto de salario. No es posible incluir la “**Bonificación por Recreación**” en la base de liquidación, toda vez que el artículo 15 del Decreto 40 de 1998, expedido en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, estableció que la misma “no constituirá factor de salario para ningún efecto legal”, además, dada su naturaleza prestacional, pues dicha bonificación está dirigida a contribuir en el adecuado desarrollo de la vida del empleado, como lo es el ámbito de la Recreación, por lo tanto, no tiene carácter salarial.

FUENTE FORMAL: DECRETO 40 DE 1998 – ARTICULO 15 / LEY 4 DE 1992

NOTA DE RELATORIA: Sobre los factores de liquidación de la pensión de jubilación, consejo de Estado, Sala Plena, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, 2006-07509(0112-09), M.P., Víctor Hernando Alvarado

PENSION DE JUBILACION - Reconocimiento desde el retiro del servicio y no a partir del momento en que se dejó de cotizar al Sistema de Seguridad General de Pensiones. Doble asignación del tesoro público

No resulta acertada la tesis de la actora en cuanto plantea la retroactividad del pago de su pensión a partir del momento en que dejó de cotizar al sistema (30 de mayo de 2004), toda vez que el pago de la pensión debe hacerse efectivo a partir del 29 de noviembre de 2005, fecha del retiro efectivo de la demandante, como lo ordenó la entidad demandada. Permitir el pago de la pensión con retroactividad desde la fecha en que la actora dejó de cotizar al sistema, implicaría que la misma hubiera devengado simultáneamente el salario como empleada pública, y la pensión, lo cual no es permitido al tenor del artículo 128 de la C.N., que prohíbe devengar doble asignación del tesoro público, (salvo las precisas excepciones previstas por ley),

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLÍTICA- ARTÍCULO 128

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil catorce (2014).-

Radicación número: 25000-23-25-000-2006-08455-01(1420-11)

Actor: RUTH AMAYA DE PRIETO

Demandado: INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL.

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de 31 de marzo de 2011 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “A”, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada por Ruth Amaya de Prieto contra el INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL.

ANTECEDENTES

La señora Ruth Amaya de Prieto, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de los siguientes actos (i) **Resolución 018457 de 21 de junio de 2005**, proferida por el Instituto de Seguro Social –ISS-, mediante el cual se le reconoció pensión de vejez, (ii) **Resolución 040907 de 9 de diciembre de 2005**, por la cual se resolvió un recurso de reposición, y (iii) **Resolución 000684 de 12 de mayo de 2006**, por medio de la cual se confirmó el reconocimiento pensional a favor de la actora, a partir del retiro del servicio público.

Como consecuencia de tal declaración, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la entidad demandada, reliquidar la pensión de jubilación reconocida incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados, con retroactividad a partir del 01 de marzo de 2004, fecha en que dejó de cotizar al Sistema General de Pensiones; a pagar la actualización de la condena de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A, los reajustes sobre el valor real de su pensión previstos en la Ley 4 de 1976, Decreto reglamentario 1743 de 1966, Ley 71 de 1988 y Decreto reglamentario 1160 de 1989; los intereses de mora previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A, así como la condena al pago de las costas procesales.

Basó su **petitum** en los siguientes hechos:

La señora Ruth Amaya de Prieto laboró en el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA -EN LIQUIDACION- del 16 de enero de 1980 al 29 de noviembre de 2005.

Al cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicios para obtener el reconocimiento de su pensión de jubilación solicitó al INCORA la suspensión del descuento por cotización para pensión al ISS, a partir del 01 de marzo de 2004, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley 797 de 2003.

El 07 de junio de 2004 solicitó al Instituto del Seguro Social el reconocimiento de su pensión de jubilación con fundamento en la Ley 33 de 1985 y Ley 100 de 1993, anexando la certificación de factores salariales percibidos entre el 1 de enero de 1990 al 31 de diciembre de 2003.

Mediante Resolución No. 018457 de 21 de junio de 2005 el Instituto del Seguro Social le reconoció una pensión de vejez y no de jubilación, omitiendo la inclusión de todos los factores salariales devengados, como son: la bonificación por servicios, la prima de junio, la prima de diciembre, la prima de vacaciones, la antigüedad y el quinquenio, y la retroactividad al momento en que se retiró del Sistema General de Pensiones.

Contra el acto de reconocimiento pensional, la actora interpuso los recursos de reposición y apelación, concretando sus argumentos a los siguientes motivos de inconformidad:

- a) Cambio de régimen pensional, al aplicar el régimen general de prima media con prestación definida, contemplado en la Ley 100 de 1993, y el régimen de transición, previsto en el artículo 36 ibídem.

- b) No inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados, teniendo en cuenta el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
- c) Inobservancia del artículo 4 de la Ley 797 de 2003, al desconocer la retroactividad de la pensión.

Al resolver los recursos interpuestos, el ISS confirmó la decisión en punto al régimen pensional aplicado, el monto y la base de liquidación de la pensión.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

De la Constitución Política: artículos 1, 2, 3, 6, 25, 29, 40 y 125.

De orden legal: Ley 33 de 1985, Ley 4 de 1986, Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003.

Al explicar el concepto de violación, sostiene la demandante que se transgredieron las normas invocadas porque no se otorgó la protección de su derecho fundamental a la seguridad social. Asegura que la administración desconoció el régimen de transición que la cobijaba y no respetó derechos adquiridos en materia pensional, por lo que su reconocimiento pensional debe sujetarse al régimen anterior al cual se encontraba afiliada, esto es, el establecido por la Ley 33 de 1985.

De otra parte, sostiene que el reconocimiento de su pensión debió realizarse a partir del cumplimiento de los requisitos legales, esto es, al cumplir 55 años de edad y 20 de servicios, lo que ocurrió el 24 de febrero de 2004, momento a partir del cual cesó la obligación de cotizar al Sistema General de Pensiones, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la Ley 797 de 2003, y no a partir del retiro del servicio (29 de noviembre de 2005), como lo efectuó el ISS en los actos acusados.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Instituto del Seguro Social no compareció a contestar la demanda.

LA SENTENCIA CONSULTADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “A”, en sentencia de 31 de marzo de 2011 accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda con los siguientes argumentos (fls. 302 a 315):

En primer lugar, sostuvo que la actora se encontraba cobijada por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 porque contaba con más de 35 años de edad al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones. En lo atinente a la reliquidación del monto pensional, sostuvo que de acuerdo con el precedente jurisprudencial fijado por la Sección Segunda de esta Corporación en la sentencia de 4 de agosto de 2010, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, debían tenerse en cuenta todos los factores salariales devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, debiendo la respectiva Caja de Previsión, efectuar los descuentos por aportes sobre los factores que no hayan sido objeto de la deducción legal.

Indicó que el INCORA, atendiendo la solicitud presentada por la actora, suspendió los descuentos por cotización al Sistema General de Pensiones a partir del 1 de marzo de 2004, por lo que no tiene derecho a que se tome como Ingreso base de liquidación (IBL), el salario del último año de servicios prestados, toda vez que no cotizó sobre éste.

Concluyó el A quo, que la actora tiene derecho a que su pensión sea reliquidada en cuantía equivalente al 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios prestados sobre el cual cotizó, esto es, desde el 1 de marzo de 2003 a febrero último de 2004, incluyendo como factores salariales, el sueldo, la bonificación por servicios prestados, la prima de junio, la prima de vacaciones y la prima de diciembre, y ordenó descontar de la liquidación final el valor correspondiente a los aportes, de conformidad con el artículo 99 del Decreto 1848 de 1969, con la correspondiente indexación y negó las demás pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Remitido el expediente al Consejo de Estado para surtir la consulta, por auto del 16 de mayo de 2011 se dispuso correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos por escrito, en los términos del artículo 184 del C.C.A. (fls. 325).

La parte actora reiteró los planteamientos expuestos en la demanda en cuanto al régimen pensional que resultaba aplicable, en tal sentido, indicó que deben atenderse los factores salariales establecidos en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, pero dándole el alcance fijado por esta Corporación en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, proferida dentro del expediente radicado con el número interno 0112-09 (fls. 326 a 332).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público en su escrito de intervención solicitó que se confirme la sentencia consultada; al respecto, considera que el régimen aplicable a la actora es el régimen pensional previsto en la Ley 33 de 1985 porque se encontraba cobijada por la transición prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (334 a 338).

CONSIDERACIONES

1. Cuestión Previa

El artículo 184 del C.C.A., modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, dispone que serán consultables, entre otras, “las sentencias dictadas en primera instancia que impongan condena a cargo de la entidad pública, cuando de la respectiva actuación se deduzca que la demandada no ejerció defensa alguna de sus intereses”.

Al entrar a desatar el grado de consulta en el asunto de autos, la Sala debe verificar previamente el cumplimiento de las formalidades plenas del proceso, especialmente, en este caso, la notificación de la demanda al INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL -EN LIQUIDACION-, dada su absoluta inactividad procesal.

A folio 120 del expediente se encuentra la notificación mediante “aviso de notificación” del auto admisorio, efectuada el día 23 de abril de 2007 por conducto de la Oficial Mayor del Tribunal, actuación que se realizó conforme a lo previsto en el inciso 1º del artículo 150 del C.C.A.

Sobre el punto y como no existe documento alguno distinto a la práctica de la diligencia de notificación, que se resalta fue efectuada en debida forma con el funcionario que dispuso el auto admisorio, no puede deducirse una indebida notificación que haga nula la actuación, de suerte que procede la Sala a emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

2. Problema Jurídico

De acuerdo con los planteamientos expuestos en la sentencia objeto de consulta, son tres los interrogantes que la Sala debe resolver (i) cuál es el régimen jurídico que gobierna la situación pensional de la demandante? (ii) Cómo se determina el ingreso base de liquidación pensional de la actora, teniendo en cuenta que dejó de cotizar al sistema durante el último año de servicios, en virtud de la autorización prevista en el artículo 4 de la Ley 793 de 2003?, y (iii) La actora tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados

3. Marco conceptual, normativo y Jurisprudencial

3.1.- El régimen de transición pensional. El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra el régimen de transición aplicable a aquellas personas que al entrar en vigencia el sistema tenían 35 o más años, tratándose de mujeres, o 40 o más, en el caso de los hombres, o 15 o más años de servicios cotizados; consiste en el derecho a acceder a la pensión de vejez o de jubilación, con el cumplimiento de los requisitos relativos a edad, tiempo de servicio o semanas de cotización y monto pensional que se exigían en el régimen al que estuvieran afiliados en el momento de entrar a regir la ley en pensiones. Por lo tanto, a la personas cobijadas por la transición les asiste el derecho a que su situación pensional se rijan por las disposiciones que regulaban el derecho pensional al cual se encontraban afiliadas, si era del orden nacional al 1º de abril de 1994, y del orden territorial a más tardar al 30 de junio de 1995 (art. 151 L.100/93).

Este régimen anterior, para quienes como en el caso de autos cumplieron todo su tiempo laboral en el sector público y con la entrada en vigencia del sistema general de pensiones efectuaron cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales no es otro que el previsto en la Ley 33 de 1985¹, de acuerdo con la cual, el empleado oficial tendrá derecho al pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio base para los aportes durante el último año de servicio, siempre que preste o haya prestado 20 años continuos o discontinuos de servicios y tenga 55 años de edad (art. 1º).

¹ Lo anterior porque si bien el servidor público en la situación aludida podría ser sujeto potencial de dos regímenes de transición: el del sector público y el del Seguro Social, se considera que en virtud del principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, se le debe aplicar el régimen de transición del sector público por resultar más favorable en cuanto a los requisitos exigidos para obtener el derecho pensional.

3.2.- Factores salariales de la transición. El artículo 3 de la Ley 33 de 1985 se encargó de determinar los factores salariales que deben servir para determinar la base de liquidación de los aportes, disposición que fue modificada por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, consagrando los siguientes: asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Sobre este tema, la Sala inicialmente consideró que no era posible la inclusión de factores salariales diferentes a los dispuestos en las citadas leyes por expresa definición del legislador². No obstante, en sentencia de unificación, la Sala Plena de la Sección Segunda de esta Corporación, señaló que en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades, progresividad y favorabilidad en materia laboral, debía incluirse en la base de liquidación de la pensión, la totalidad de lo devengado por el empleado por concepto de salario. De este modo, se tiene que para efectos de determinar el ingreso base de liquidación de las pensiones cobijadas por el régimen de transición, deben incluirse todos los factores efectivamente devengados por el trabajador, realizando los aportes que correspondan³.

3.3.- La cesación de la obligación de cotizar. Uno de los puntos de controversia en este proceso es la forma como debe determinarse el ingreso base de liquidación pensional teniendo en cuenta que la actora dejó de efectuar cotizaciones al sistema durante el último año de servicios; en consecuencia, corresponde a la Sala analizar los efectos que genera el cese de la obligación de cotizar, con miras a resolver lo pertinente.

Hay que empezar por recordar que en un sistema de seguridad social contributivo como es el sistema de pensiones en Colombia, las cotizaciones constituyen la fuente de financiamiento de los beneficios pensionales. La cotización es, en consecuencia, el pago mensual que debe efectuarse a lo largo de la vida laboral, como un porcentaje de los ingresos respectivos⁴. En ese contexto, la entidad para la cual labora el afiliado se encuentra en la obligación de realizar el descuento sobre la base de cotización del mismo, que es el ingreso mensual.

Sobre la cesación de la obligación de cotizar, el artículo 4 de la Ley 797 de 2003, dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 4o. El artículo 17 de la Ley 100 de 1993 quedará así:
Artículo 17. Obligtoriedad de las Cotizaciones. Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B, 6 de agosto de 2008 Expediente No 25000-23-25-000- 2002-12846-01 (0640-08) Actor: Emilio Páez Cristancho. Demandado. Caja Nacional de Previsión Social. C.P. Doctor Gerardo Arenas Monsalve.

³ Sentencia de 4 de agosto de 2010. Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). C.P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila. En dicha providencia salvó voto el Consejero que actúa como ponente en el caso de autos, considerando, en síntesis, que la aplicación taxativa del listado que el legislador previó el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 (modificatorio del art. 3 de la Ley 33 del mismo año) no vulnera ninguno de los principios a que hace mención el fallo y que igualmente desde tiempo atrás la jurisprudencia de la Sección se ha pronunciado a favor de la taxatividad de las normas que prevén los factores para efectos pensionales.

⁴En tal sentido se pronunció la Sala en la sentencia de 31 de enero de 2013. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Expediente: 68001233100020080051601. Referencia: 0343-2012.

La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes”.

Esta norma establece el principio general de obligatoriedad de las cotizaciones durante la vigencia de la relación laboral, no obstante el inciso 2 establece una excepción para los afiliados que cumplen los requisitos para acceder a la pensión. De esta manera, los afiliados que voluntariamente decidan no continuar aportando al sistema porque ya reúnen los requisitos para acceder a la pensión dejan de aumentar el tiempo de cotización.

Sobre la constitucionalidad de dicha norma, la Corte Constitucional en sentencia C-529/10, Magistrado Mauricio González Cuervo, estableció que esta regla no vulnera el principio constitucional de solidaridad porque presupone que la persona ha hecho sus cotizaciones durante el término previsto en la ley, y por tanto, ha cumplido con los deberes solidarios que el sistema, en desarrollo de la Constitución, le impone, así pues, el afiliado pasa de aportante al sistema a beneficiario del mismo.⁵

La cesación de la obligación de cotizar al sistema prevista en el artículo 4 de la Ley 797 de 2003, no implica la desafiliación del régimen, ya que la calidad de afiliado no se pierde por dejar de cotizar, como claramente se desprende del artículo 13 del Decreto 692 de 1994⁶.

Ciertamente, la afiliación al Sistema General de Pensiones, genera, entre otras consecuencias, el deber de realizar las cotizaciones en desarrollo de los principios de solidaridad⁷ y sostenibilidad⁸, sin embargo, cuando el empleado ha completado el tiempo mínimo de cotización, la ley lo autoriza a dejar de cotizar, independientemente de que continúe el vínculo laboral, hecho que constituye un corte de cuentas para el cálculo de la base de liquidación pensional.

Lo anterior, toda vez que si los afiliados al sistema deben aportar para poder percibir los distintos beneficios y además para preservar el sistema en su conjunto, es razonable concluir que si el afiliado cesa en su obligación de cotizar, como lo autoriza el artículo 4 de la Ley 797 de 1993 porque ha cumplido los requisitos para

⁵ Aclaró la Corte en el mismo pronunciamiento, que “la cesación de la obligación de cotizar al ocurrir el supuesto establecido en la norma acusada –que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez-, no se extiende a las obligaciones derivadas del sistema de seguridad social en salud o del sistema general de riesgos profesionales. Las causales de extinción de la obligación de cotizar a estos sistemas se rigen por reglas distintas, y la cesación de la obligación de cotizar de que trata la norma demandada, sólo se circunscribe al sistema pensional.”

⁶ “La afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios periodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones”.

⁷ En la sentencia C-739/02, la Corte Constitucional reiteró que el principio de solidaridad “implica que todos los que participan en el sistema tienen el deber de contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban, en general, cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino para preservar el sistema en su conjunto”.

⁸ El reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en el régimen pensional de prima media con prestación definida, se basa en la suma de las semanas cotizadas.

obtener su pensión, a pesar de continuar laborando, el cálculo del ingreso base de liquidación encuentra como límite el último periodo cotizado, pues en adelante, la no cotización impedirá que aumente el número de semanas cotizadas y de esta forma, la cuantía de la mesada pensional dependerá de los aportes efectuados.

En este orden de ideas, puede afirmarse que la obligatoriedad de las cotizaciones durante la vigencia de la relación laboral tiene como excepción el momento en que el afiliado deja de cotizar por haber reunido los requisitos para acceder a la pensión, caso en el cual, la regla que consagra el artículo 1° de la Ley 33 de 1985⁹ para determinar la base de liquidación pensional **“equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”**, debe interpretarse en armonía con el criterio de proporcionalidad entre cotización y pensión que la norma prohíba al disponer que el ingreso base de liquidación se determina por el **salario promedio que sirvió de base para efectuar aportes al sistema**.

Así las cosas, si el afiliado, en virtud de la autorización legal (art. 4 L.797), voluntariamente cesó en su obligación de cotizar al sistema durante el último año de servicios, el ingreso base para liquidar su pensión con fundamento en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 será el salario promedio que sirvió de base para los aportes efectuados durante el año anterior a la fecha en que dejó de cotizar, y no el salario promedio del último año de servicios porque en dicho periodo el afiliado dejó de aportar.

Destaca la Sala que la regla de la proporcionalidad entre aportes y beneficio pensional que emana del art. 1° de la Ley 33 de 1985, fue retomada por el legislador en la ley 100 de 1993, al disponer en el artículo 21, que el ingreso base para liquidar las pensiones será **el promedio de los salarios sobre los cuales ha cotizado el afiliado** durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, pretendiendo con ello, contribuir a la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Delimitado como se encuentra el marco normativo, en punto a la pensión de jubilación y a los factores salariales a tener en cuenta en el quantum pensional, corresponde a la Sala examinar el acervo probatorio a fin de determinar si en el caso concreto de la parte actora hay lugar a la reliquidación que solicita.

4. Hechos Probados

.- Tiempo de servicios laborados al Estado. La señora Ruth Amaya de Prieto, laboró en el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA desde el **16 de enero de 1980 hasta el 25 de noviembre de 2005**, desempeñando el cargo de Profesional Especializado -17, conforme se desprende de la certificación de tiempo de servicios expedida por la Gerente Liquidadora del INCORA a folios 276 a 280, y la Resolución 01594 de 01 de septiembre de 2005, por la cual el gerente Liquidador de la entidad demandada, aceptó la renuncia presentada por la actora (fl. 159).

.- Cotizaciones realizadas al ISS: Como se desprende de la Certificación Laboral para Bono Pensional, visible a folios 274 a 275 expedida por el Gerente Liquidador del INCORA, la actora realizó aportes para pensión con destino al Instituto del Seguro Social, **del 01 de abril de 1994 al 30 de mayo de 2004**.

⁹ Aplicable en virtud de la transición.

Con respecto al periodo comprendido entre el 16 de enero de 1980 y el 31 de marzo de 1994 correspondiente a 5024 días laborados al servicio del INCORA, la empleadora no afilió, ni la actora efectuó aportes a ninguna entidad de previsión. No obstante, este tiempo de servicios es útil para el reconocimiento pensional (L.100, art. 33 Par.1° literal b).

De otra parte, del certificado de conteo de tiempos visible al folio 240, es posible establecer que la actora cotizó un total de **1341 semanas** al Sistema General de Pensiones, discriminadas así:

	Días	
Tiempo laborado entidades que no cotizan antes Ley 100/93	5024	
Cotización ISS antes de Ley 100/93	1141	
Cotización ISS Sector Público	3180	
Total Sector Público	9345	
Privado Tradicionales		45
Total cotizaciones		
9390		

.-Edad. La actora nació el 24 de febrero de 1949, como se advierte del Certificado de Registro Civil de Nacimiento No. 1320157 obrante al folio 284, cumpliendo la edad de 55 años el **día 24 de febrero de 2004**.

.- Factores Salariales Devengados: Como consta en la certificación de factores devengados, expedida por la Gerente Liquidadora del INCORA (fls. 82 a 88), la actora devengó los factores que a continuación se relacionan, durante el último año de cotizaciones efectuadas al Sistema General de Pensiones (marzo de 2003 a marzo de 2004):

Año 2003

Sueldo	\$ 1.750.026
Bonificación por Servicios Prestados	\$ 612.509
Bonificación Especial por Recreación	\$ 111.018
Prima Semestral Junio	\$ 1.801.068
Prima de Navidad Diciembre	\$ 2.032.456
Prima de Vacaciones	\$ 975.579

Año 2004

Sueldo	\$ 1'833.853
Bonificación por Servicios Prestados	641.849

.- Cesación de las cotizaciones: Como se desprende de la constancia expedida por el INCORA (fl. 89), la actora solicitó la suspensión del descuento por cotización para pensión al Instituto del Seguro Social a partir del mes de **marzo de 2004**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2002, procediendo dicha entidad a suspender los descuentos a partir de la fecha solicitada.

.- El Reconocimiento Pensional.

El 18 de junio de 2004, la actora presentó solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación (fl. 2 y 224).

A través de la **Resolución 018457 de 21 de junio de 2005** el ISS le reconoció la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida en cuantía de \$ 1.517.239 para el año 2005 (fls. 225 a 227).

Contra el acto anterior, la actora interpuso¹⁰ recurso de reposición y en subsidio de apelación aduciendo como motivos de inconformidad: a) El cambio del régimen pensional, b) El desconocimiento de los factores salariales y c) La retroactividad en la fecha de reconocimiento de la pensión de jubilación, a partir del retiro del Sistema General de Pensiones y no del retiro del servicio. (fls. 49 a 57).

A través de la **Resolución No. 040907 de 9 de diciembre de 2005**, el ISS resolvió el recurso de reposición presentado, ordenando el reconocimiento de la pensión de jubilación a partir del 29 de noviembre de 2005, confirmando el monto y el ingreso base de liquidación (fl. 58 a 62).

Por su parte, el recurso de apelación fue resuelto mediante la **Resolución No. 000684 de 12 de mayo de 2006**, confirmando la Resolución No. 018457 de 21 de junio de 2005, acto con el cual se agotó la vía gubernativa (fls. 78 a 81).

Para el reconocimiento pensional, el Instituto del Seguro Social se basó en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 que permite contabilizar el tiempo laborado en entidades del Estado y no cotizado, las semanas cotizadas al Instituto del Seguro Social y las semanas cotizadas a las diferentes entidades de previsión del sector público de cualquier orden, aduciendo favorabilidad respecto del régimen anterior previsto en la Ley 33 de 1985. Para el cálculo de la base pensional, tuvo en cuenta el promedio de lo cotizado durante los **últimos 10 años**, actualizado anualmente con el IPC, y los factores salariales señalados en el **Decreto 1158 de 1994**, aplicando un monto del **76.91%**, arrojando una cuantía pensional de \$ 1'517.239, la que dejó en suspenso hasta acreditar el retiro definitivo de la entidad, con fundamento en la incompatibilidad de devengar doble asignación del erario, prevista en el artículo 128 de la C.N.

Al resolver los recursos interpuestos en sede gubernativa, el ISS confirmó su postura en torno al régimen pensional a aplicar, esto es, la **Ley 100 de 1993**, al considerar que resultaba más favorable el monto del **76.91%** que el 75% previsto en la Ley 33 de 1985; mantuvo la aplicación del **Decreto 1158 de 1994** en lo referente a los factores salariales, indicando que el empleador debió efectuar todos los aportes para el sistema integral de pensiones en la forma establecida por el mencionado decreto, los cuales deben reflejarse en las cotizaciones realizadas al ISS; por último, sostuvo, acerca del retroactivo, que el servidor solo puede entrar a disfrutar de su pensión cuando se haya efectuado el retiro del servicio y no antes, ordenando la efectividad de la pensión, a partir del **29 de noviembre de 2005**.

5. Caso concreto

Mediante la sentencia objeto de consulta, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda al considerar que a la actora le es aplicable la Ley 33 de 1985; en consecuencia, ordenó reliquidar la pensión reconocida con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante el año anterior al último de cotizaciones efectuadas (marzo de 2003 a febrero de 2004), con efectividad a partir a partir del

¹⁰ El 11 de agosto de 2005.

retiro del servicio el 29 de noviembre de 2005, y no del 01 de marzo de 2004, fecha en que la actora dejó de cotizar al sistema.

Precisado lo anterior, procede la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados.

5.1.- Cual es el régimen jurídico que gobierna la situación pensional de la demandante?

La señora RUTH AMAYA DE PRIETO nació el 24 de febrero de 1949 (fl. 284) y laboró como Profesional Especializado -17 del INCORA del 16 de enero de 1980 (fl. 82 a 88) al 29 de noviembre de 2005 (fl. 91), por lo tanto, se encontraba cobijada por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 teniendo en cuenta que a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1 de abril de 1994), contaba con 45 años de edad, en tales condiciones, le es aplicable el régimen pensional anterior al cual se encontraba afiliada.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la actora cumplió todo su tiempo laboral en el sector público, el régimen pensional anterior que le es aplicable es el contenido en Ley 33 de 1985 que establece como requisitos veinte (20) años de servicios y cincuenta y cinco (55) años de edad, y un monto equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.

De las pruebas obrantes en el proceso se desprende que la actora adquirió el status pensional el 24 de febrero de 2004, al cumplir 55 años de edad y acreditar 20 años de servicios, sin embargo, continuó laborando en el INCORA¹¹ razón por la cual el acto de reconocimiento pensional, Resolución No. 018457 de 21 de junio de 2005, dejó en suspenso el pago de la pensión e inclusión en nómina hasta cuando se produjera el retiro efectivo del servicio público, lo que ocurrió el 29 de noviembre de 2005.

A través de los actos demandados la administración no tuvo en cuenta el régimen pensional que gobernaba la situación jurídica de la actora sino que aplicó la Ley 100 de 1993 y su decreto reglamentario 1158 de 1994, así como el Acuerdo 049 de 1990, calculando el ingreso base de liquidación con el salario de los diez años anteriores a la última fecha de cotización, razón suficiente para concluir que el reconocimiento pensional así efectuado violó el ordenamiento jurídico superior al desconocer el régimen pensional que regía la situación pensional de la actora, el cual le era más favorable a sus intereses. Lo anterior por cuanto no se necesitan mayores cálculos matemáticos para establecer que la reliquidación de la pensión de la actora tendrá un mayor valor si la misma es calculada con base en el promedio de lo devengado en el último año de servicios cotizados, y no con el promedio de los últimos diez años como lo realizó la entidad demandada.

En consecuencia, los actos demandados se encuentran afectados de nulidad, tal y como lo consideró el Tribunal en la sentencia consultada, razón por la cual, en este asunto la sentencia será confirmada.

5.2.- Cómo se determina el ingreso base de liquidación pensional de la actora teniendo en cuenta que dejó de cotizar al sistema durante el último

¹¹ La actora laboró en el INCORA hasta el 29 de noviembre de 2005, fecha a partir de la cual se aceptó su renuncia mediante Resolución No. 01594 de 01 de septiembre de 2005 (fl. 159).

año de servicios en virtud de la autorización prevista en el artículo 4 de la Ley 793 de 2003?

La Sala ha señalado que el último año de servicios para el cálculo de la base de liquidación pensional a que se refiere la Ley 33 de 1985 es el año anterior al retiro definitivo y real de servicio¹², no obstante como la actora dejó de cotizar al sistema desde el 01 de junio de 2004 (fls. 274 y 275) con fundamento en el artículo 4 de la Ley 797 de 2003 que autoriza la cesación de la obligación de cotizar cuando el afiliado reúne los requisitos para acceder a la pensión de vejez, dirá la Sala que el ingreso base de liquidación de su pensión, para el caso concreto deberá determinarse con el salario promedio que sirvió de base para los aportes efectuados durante el último año de cotizaciones, es decir, del 30 de mayo de 2003 al 30 de mayo de 2004.

Lo anterior, toda vez que las pensiones de los servidores públicos siempre han de liquidarse con base en los salarios sobre los cuales ha cotizado (art. 1° L.3385), y si en el presente caso la actora dejó de cotizar al sistema desde el 30 de mayo de 2004, y su retiro del servicio se produjo el 29 de noviembre de 2005, la base de liquidación de su pensión no podrá tomar en cuenta el salario promedio del último año de servicios dado que en dicho periodo no efectuó aportes y no pudo aumentar el tiempo de cotización. Dicha interpretación se enmarca dentro del criterio de la proporcionalidad entre aportes y pensión, contenido en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985.

En consecuencia, el ingreso base de liquidación pensional en el caso de la actora deberá tener en cuenta el salario promedio¹³ que sirvió de base para los aportes durante el último año cotizado (30 de mayo de 2003 a 30 de mayo de 2004) y no el salario devengado durante el último año de servicios como lo solicita la actora, pretensión que no está llamada a prosperar.

Por consiguiente, se confirmará la sentencia de primera instancia por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda, ordenando al INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL reliquidar la pensión de jubilación de la actora, incluyendo los emolumentos salariales percibidos en el año anterior a la fecha en que dejó de cotizar al Sistema General de Pensiones, esto es, del 30 de mayo de 2003 al 30 de mayo de 2004, teniendo en cuenta los siguientes factores: Sueldo, bonificación por servicios prestados, prima de junio, prima de vacaciones y prima de diciembre. Para efectos de hacer efectiva la pensión y proceder al pago de la misma, se deberá tener en cuenta la fecha del retiro definitivo del servicio, toda vez que así lo ha dispuesto el legislador como regla general.

5.3. La actora tiene derecho a la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados?

Como se expuso anteriormente, la Sala Plena de la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, señaló que en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades, progresividad y favorabilidad en materia laboral, debía

¹² Sentencia de 12 de julio de 2012. C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Expediente: 25000232500020050500801. Referencia: 1996-2009.

¹³ Se entienden incluidos los factores salariales devengados y certificados por la entidad a folios 82 a 88.

incluirse en la base de liquidación de la pensión, la totalidad de lo devengado por el empleado por concepto de salario.

En este caso, como se desprende de la certificación de factores devengados, expedida por la Gerente Liquidadora del INCORA (fls. 82 a 88), la actora devengó los siguientes factores, durante el último año de cotizaciones efectuadas al Sistema General de Pensiones (mayo de 2003 a mayo de 2004):

Año 2003

Sueldo	\$ 1.750.026
Bonificación por Servicios Prestados	\$ 612.509
Bonificación Especial por Recreación	\$ 111.018
Prima Semestral Junio	\$ 1.801.068
Prima de Navidad Diciembre	\$ 2.032.456
Prima de Vacaciones	\$ 975.579

Año 2004

Sueldo	\$ 1'833.853
Bonificación por Servicios Prestados	641.849

Por lo anterior, procede la reliquidación de la pensión reconocida a la actora, teniendo en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibió de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, como son: Sueldo, Bonificación por Servicios Prestados, Prima Semestral Junio, Prima de Navidad y Prima de Vacaciones.

No es posible incluir la “**Bonificación por Recreación**” en la base de liquidación, toda vez que el artículo 15 del Decreto 40 de 1998, expedido en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, estableció que la misma “no constituirá factor de salario para ningún efecto legal”, además, dada su naturaleza prestacional, pues dicha bonificación está dirigida a contribuir en el adecuado desarrollo de la vida del empleado, como lo es el ámbito de la Recreación, por lo tanto, no tiene carácter salarial.

En consecuencia, conforme se determinó en la sentencia objeto de Consulta, la actora tiene derecho a la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios cotizados al Sistema General de Pensiones, así: Sueldo, Bonificación por Servicios Prestados, Prima Semestral Junio, Prima de Navidad y Prima de Vacaciones.

De otra parte, no resulta aplicable lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994, como lo sostuvo el Instituto del Seguro Social en los actos acusados, por cuanto el régimen de transición implica la observancia del régimen anterior, aún en cuanto a los factores de liquidación pensional, por ser ésta su naturaleza¹⁴.

Resta precisar que en casos como este en los que el empleado no realizó aportes sobre la totalidad de los factores salariales devengados, la Sala ha concluido 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.

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE, Sentencia de 14 de julio de 2011. Expediente: 250002325000200408625 01. Referencia: 0461-2010. Actor: COSME MARIANO PEDROZA PEDROZA. AUTORIDADES DEPARTAMENTALES.

Lo anterior, toda vez que el monto de la pensión de la actora no puede verse afectado por la omisión en que incurrió la entidad empleadora al no efectuar los descuentos que le correspondían con destino a la seguridad social. En este orden, considera la Sala que, en aras de preservar los derechos del pensionado y satisfacer al mismo tiempo la exigencia de la relación entre aportes y pensión que se deriva del acto legislativo No. 01 de 2005, le corresponde a la entidad demandada proceder a descontar las sumas por conceptos de aportes a la seguridad social que no haya efectuado la actora sobre los factores devengados que se ordenen incluir en la base de liquidación.

.- El Disfrute de la Pensión. Por último, dirá la Sala que el disfrute de la pensión se ordenará a partir del retiro del servicio, es decir, del 29 de Noviembre de 2005, toda vez que el servidor público sólo puede entrar a disfrutar de la pensión cuando se haya efectuado el retiro del servicio y no antes¹⁵.

No resulta acertada la tesis de la actora en cuanto plantea la retroactividad del pago de su pensión a partir del momento en que dejó de cotizar al sistema (30 de mayo de 2004), toda vez que el pago de la pensión debe hacerse efectivo a partir del **29 de noviembre de 2005**, fecha del retiro efectivo de la demandante, como lo ordenó la entidad demandada.

Permitir el pago de la pensión con retroactividad desde la fecha en que la actora dejó de cotizar al sistema, implicaría que la misma hubiera devengado simultáneamente el salario como empleada pública, y la pensión, lo cual no es permitido al tenor del artículo 128 de la C.N., que prohíbe devengar doble asignación del tesoro público, (salvo las precisas excepciones previstas por ley), además, sería contrario a la finalidad de esta prestación que busca sustituir al salario¹⁶.

En tales circunstancias, la Sala observa que los actos acusados no se ajustaron a la legalidad, por cuanto a la actora le asiste el derecho a que su pensión de jubilación sea reconocida y liquidada al amparo de la Ley 33 de 1985 y no la Ley 100 de 1993, así mismo, tiene derecho a que en la base de liquidación de su

¹⁵ Ley 71 de 1988:

“Artículo 8.- Las pensiones de jubilación, invalidez y vejez una vez reconocidos, se hacen efectivas y deben pagarse mensualmente al pensionado desde la fecha en que se haya retirado definitivamente del servicio, en caso de que este requisito sea necesario para gozar de la pensión.

Para tal fin la entidad de previsión social o el I.S.S., comunicarán al organismo donde labora el empleado, la fecha a partir de la cual va a ser incluido en la nómina de pensionados, para efecto de su retiro del servicio. **Para cobrar su primera mesada el pensionado deberá acreditar su retiro,** mediante copia auténtica del acto administrativo que así lo dispuso o constancia expedida por el Jefe de Personal de la entidad donde venía laborando, o de quien haga sus veces”.

“Artículo 9.- Las personas pensionadas o con derecho a la pensión del sector público en todos sus niveles que no se hayan retirado del servicio de la entidad, tendrán derecho a la reliquidación de la pensión, tomando como base el promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social.

Parágrafo.- La reliquidación de la pensión de que habla el inciso anterior, no tendrá efectos retroactivos sobre las mesadas anteriores al retiro del trabajador o empleado del sector público en todos sus niveles.”

¹⁶ Respecto al tema, vale traer a colación lo dicho en la sentencia de 3 de junio de 1993, proferida por la Sección Segunda dentro del expediente N° 4613, Actor: Milan Díaz García: *“La regla general en esta materia, en razón de la prohibición constitucional de devengar más de una asignación del tesoro público, es la de que para disfrutar de la pensión es necesario retirarse del servicio. Es decir, que no puede devengarse al mismo tiempo pensión y sueldo, salvo las excepciones taxativamente establecidas en la ley”.*

pensión se incluya la totalidad de los factores salariales devengados durante el año anterior a la última cotización de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso. Por último, se estableció que no hay lugar a ordenar la retroactividad en el pago de la pensión como lo solicita la actora, conforme a los argumentos que se dejaron expuestos, situación por la cual se impone confirmar la sentencia consultada.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 31 de marzo de 2011, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “A”, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda instaurada por RUTH AMAYA DE PRIETO contra el INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

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

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN (E)

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ