CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA -SUBSECCIÓN “B”

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá DC; nueve (9) de febrero de dos mil quince (2015).

Radicación número: 2500002342000201200447 01 (4011-2013)
Actor: CARLOS NOEL PARADA GONZALEZ
Demandado: FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS,
CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP.

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia de 25 de julio de 2013, proferida en la audiencia inicial del artículo 180 del C.P.A.CA., por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

CARLOS NOEL PARADA GONZALEZ, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 138 del Código de Procedimiento

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo C.P.A.C.A., y por conducto de apoderado, demandó la nulidad parcial de la Resolución No. 000507 de 20 de abril de 2009, por medio de la cual se reconoció su pensión de jubilación, proferida por el Director General de del Fondo de Prestaciones Económicas Cesantías y Pensiones – FONCEP, y el Oficio 18-08-2009 de 18 de agosto de 2009, que decidió la petición presentada el 10 de julio del mismo año, emitido por el Gerente de Pensiones de la entidad demandada.

A título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Directora del Fondo de Prestaciones Económicas Cesantías y Pensiones – FONCEP- de la Secretaría de Hacienda de Bogotá, Alcaldía Mayor D.C., ajustar la pensión incluyendo los salarios y primas percibidos durante el último año de servicios, con su respectiva indexación, desde el momento del retiro, hasta cuando le fue reconocida la pensión. Así mismo dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

Como **hechos** en que sustenta sus pretensiones, señala:

CARLOS NOEL PARADA GONZALEZ, laboró en la Caja de Previsión Social de Bogotá desde el 21 de octubre de 1975 hasta el 29 de febrero de 1996.

Mediante Resolución No. 000507 de 20 de abril de 2009, le fue reconocida su pensión de jubilación tomando como único factor salarial, la asignación básica mensual y prima porcentual de antigüedad de lo devengado y cotizado durante los últimos 10 años laborados, esto es, del 1º de marzo de 1986 al 29 de febrero de 1996; desconociendo entre otros el subsidio de alimentación, subsidio de transporte, prima de navidad, prima semestral, prima de vacaciones, quinquenio , recargo nocturno, festivos, prima antigüedad de vacaciones, prima de navidad extralegal.

Por ser beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, le era aplicable en su integridad la Ley 33 de 1985 y el Decreto 2527 de 2000, entre otras disposiciones.

Teniendo en cuenta lo anterior presentó petición para que se le reajustara la pensión con base en el 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios, el que fue decidido a través del Oficio No.18.08.2009 de 18 de agosto de 2009, con fundamento en que no se puede reliquidar la pensión con base en la Ley 33 de 1985, ya que las pensiones reconocidas en el régimen de transición tienen su propio procedimiento para establecer el ingreso base de liquidación, que es, inciso 3º el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

- Constitución Política: artículos 1º, 2º, 13, 29, 46, 53 y 85.
- Código Sustantivo de Trabajo: artículo 21.
- Ley 33 de 1985: artículo 1º.
- Ley 100 de 1993: artículo 36, inciso 6º.
- Decreto Reglamentario 1848 de 1969: artículo 73.
- Decreto 2527 de 2000, artículo 4º.

Con la expedición de los actos demandados se vulneraron tanto postulados Constitucionales como legales al otorgarse una pensión devaluada y sin incluir todos los factores salariales, ignorando el beneficio del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en aplicación del inciso segundo de dicha norma.

Además no se aplicó el principio in dubio pro operario, pues de la lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resulta más beneficioso utilizar el inciso segundo y no el tercero de dicha norma, como aconteció, ya que al ser beneficiario del régimen de transición se debe tomar en su integridad la Ley 33 de 1985 y sus decretos reglamentarios.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en audiencia inicial celebrada el 25 de julio de 2013, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda; declaró la nulidad parcial del primer acto demandado y nulidad total del segundo, con fundamento en las siguientes razones:

Después de revisar el material probatorio, señaló que el actor cumple a cabalidad las condiciones señaladas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiario del régimen de transición, por cuanto para el 1º de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad, lo que lo hace acreedor del régimen de pensión previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Las normas anteriores mencionan que la pensión de jubilación se liquida sobre la base que se tuvo en cuenta para efectuar aportes, pero en aplicación del artículo 53 de la Carta Política y la sentencia de unificación del Consejo de Estado proferida el 4 de agosto de 2010, se deben incluir aquellos factores que fueron devengados por el trabajador de manera habitual y periódica porque las Leyes 33 y 62 de 1985 no los enlistan taxativamente.

Los conceptos devengados por el actor en el último año de servicios, (del 29 de febrero de 1995 al 29 de febrero de 1996), fueron: asignación básica, subsidio de transporte, subsidio de alimentación, prima porcentual de antigüedad, recargo nocturno,

festivos, prima semestral, quinquenio, prima de vacaciones, prima de antigüedad de vacaciones, prima de navidad y prima de navidad extralegal.

En esa medida, el actor tiene derecho a que su pensión de jubilación se reliquide y pague en cuantía del 75% del promedio mensual de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, pero con efectos fiscales a partir del 17 de agosto de 2009, teniendo en cuenta que la demanda la presentó hasta el 17 de agosto de 2012, es decir que la inactividad del administrado desde la expedición de los actos demandados, superó el término de los 3 años.

No tuvo en cuenta los conceptos de prima de navidad extralegal y prima antigüedad de vacaciones, porque fueron creados por acuerdos o decretos expedidos por el Concejo de Bogotá o el Alcalde en vigencia de la Constitución de 1886, sin que tuvieran competencia para ello.

Advirtió que la entidad demandada podrá descontar los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena en la proporción que corresponda al empleado, sin que ello obstaculice el pago inmediato de los valores decretados a su favor.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante indicó que no se puede negar la inclusión de la prima de navidad extralegal y prima antigüedad de vacaciones, por que los devengó de manera legal e ingresaron a su peculio como contraprestación de los servicios prestados. Además, la ley no los excluye como factor salarial y su desconocimiento niega los principios de igualdad, primacía de la realidad sobre las formalidades, progresividad, favorabilidad y condición más beneficiosa.

El apoderado de la entidad demandada, señaló que por expresa disposición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el ingreso base de liquidación no está incluido dentro de los beneficios del régimen de transición, aspecto que es diferente del concepto monto.

El demandante causó su prestación en vigencia de la Ley 100 de 1993, norma bajo la que se determinan los factores salariales de la prestación, que son los contenidos en el Decreto 1158 de 1994, y dentro de los que no están incluidos los ordenados en la sentencia de primera instancia.

En cuanto al quinquenio que se tuvo en cuenta en la reliquidación pensional, indicó que es importante el concepto emitido por la Sala de Consulta del Consejo de Estado No. 1393 de 2002, que señaló que éste emolumento no hace parte de los factores

salariales para liquidar la pensión de jubilación.

Para resolver, se

CONSIDERA

Problema Jurídico.-

El problema jurídico que suscita la controversia consiste en establecer la legalidad de las Resoluciones Nos. 000507 de 20 de abril de 2009 y Oficio No. 18.08.2009 de 18 de agosto de 2009, en cuanto no incluyeron en la liquidación de la pensión de jubilación, reconocida a favor del actor, algunos factores de liquidación.

Situación fáctica.-

No es objeto de discusión que el señor CARLOS NOEL PARADA GONZALEZ, prestó sus servicios al Estado por de 20 años, 4 meses y 8 días, desde el 21 de octubre de 1975 hasta el 29 de febrero de 1996 en la Caja de Previsión Social de Bogotá, en el cargo de Oficial de Droguería (fls. 3 y 16):

Tampoco es objeto de controversia que el actor es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto al entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social para los servidores públicos del orden territorial, esto es a 30 de junio de 1995, contaba con 42 años, 10 meses y

22 días de edad, según se desprende de su fecha de nacimiento que lo fue el 8 de agosto de 1952 (fl.2), y que también completó más de 15 años de servicios (19 años, 8 meses y 9 días fl.3), lo que significa que su pensión de jubilación, en cuanto a edad, tiempo de servicio o número de semanas de cotización y monto, se rige por la normatividad anterior a dicha Ley, que es la contenida en la Ley 33 de 1985.

La Ley 33 de 1985, en su artículo 1° dispone:

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

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

(...)

PARÁGRAFO 2o. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad si son mujeres o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

PARÁGRAFO 3o. En todo caso los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley.

...” (Se subraya).

Esta disposición, en su artículo 3º, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, estableció la forma como se liquidaría la pensión de jubilación, así:

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

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

jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

...”.

Según la entidad demandada, el ingreso base para la liquidación de la pensión del actor se hizo conforme al inciso 3º de la Ley 100 de 1993, y con los factores de salario enlistados en sus decretos reglamentarios, al considerar que el demandante adquirió el derecho a la pensión en vigencia del Sistema General de Seguridad Social previsto en la citada Ley.

El anterior razonamiento no es acertado, porque son de la esencia del régimen de transición la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconoce dicho beneficio.

Además, para la Sala no resulta admisible la aplicación fraccionada que la entidad demandada le dio al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al definir la situación pensional del demandante, pues al aplicarle su inciso tercero, incurrió en violación del principio de “Inescindibilidad de la ley” que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales, rompiendo de tal manera el principio de la seguridad jurídica, como bien lo

advirtió esta Corporación al desentrañar el alcance que le dio la Corte Constitucional a la citada norma en la sentencia C-168 de 1995, al decidir sobre su constitucionalidad:

“... Son elementos de la esencia del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión, previstos en la normatividad anterior. Si se altera alguno de tales presupuestos, el régimen de transición, deja de ser un beneficio. Si se liquida la pensión como lo indica el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se afecta el monto de la pensión y de paso también se afecta el beneficio que constituye la esencia del régimen de transición, pues una es la forma de liquidar la pensión prevista en la normatividad anterior y otra como lo prevé la nueva Ley.

Se repite, el régimen de transición es un beneficio que la Ley confiere al servidor que cumple los presupuestos que ella misma señala, consistentes en que, para efectos de reconocimiento y pago de la pensión, **en cuanto a los aspectos de edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, se aplica en su integridad la normatividad anterior.**

...

No aplicar en su integridad la norma legal anterior a la vigencia de la Ley 100 de 1993, con el propósito de disminuir el monto de la pensión de la servidora, implica además de desconocer el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de la Carta Política que establece “la situación más favorable al trabajador en caso de duda en aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho.

Así mismo, al aplicar el régimen de transición, como sucede en el caso presente, aplicando las

disposiciones legales anteriores consagratorias de los requisitos de edad y tiempo de servicio, por una parte, y por otra, aplicar la nueva ley para establecer la base de liquidación de la pensión, se incurre en violación del principio de “Inescindibilidad de la ley” que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales, rompiendo de tal manera el principio de la seguridad jurídica.

...” (Se subraya).

En armonía con lo anterior, concluye la Sala, que el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, consagró el régimen de transición, consistente en que a las personas que cumplan las hipótesis allí previstas, en cuanto a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, se les aplicará en su integridad el régimen anterior que las regula y beneficia.

Si se aplica el inciso tercero del mismo artículo 36 de la citada norma, para establecer la base de liquidación de la pensión, se escinde la Ley, pues la normatividad anterior señala la forma de liquidar la pensión, se desnaturaliza el régimen, y se dejaría de aplicar el principio de favorabilidad de la Ley en los términos ya indicados.¹

De acuerdo con las disposiciones antes transcritas a quienes accedan a la pensión de jubilación, al amparo de la regla general señalada en el primer inciso del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, se les debe liquidar con el 75% del salario promedio que sirvió de

base para los aportes durante el último año de servicio, teniendo en cuenta los factores indicados en el artículo 3º de la misma Ley, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Sin embargo, como bien lo consideró el A quo, a partir de la sentencia de unificación de la Sección Segunda proferida el 4 de agosto de 2010¹, la Corporación ha venido precisando que para establecer el ingreso base de liquidación de las pensiones, no se debe acudir a la relación taxativa de factores salariales señalados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificada por el artículo 1 de la Ley 62 de la misma anualidad, sino a todas 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.

La sentencia de unificación en aquella oportunidad, consideró lo siguiente:

“ ...
Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a 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

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 112-09. citar bien pie de página.

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, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen 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 enfrentando.

Sobre el particular es pertinente 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.

...”

La entidad demandada realizó la liquidación de la pensión de jubilación teniendo en cuenta únicamente la asignación básica y la prima porcentual de antigüedad, pero el Tribunal acogió las pretensiones de la demanda estimando que la base de liquidación debe realizarse teniendo en cuenta el 75% del promedio del salario devengado durante el último año de servicio incluyendo además de los factores salariales reconocidos los siguientes factores en forma proporcional (doceavas partes): subsidio de transporte, subsidio de alimentación, prima semestral, quinquenio, prima de vacaciones y prima de navidad dentro del período

comprendido entre el 29 de febrero de 1995 y el 29 de febrero de 1996 (fls. 200 a 217).

De acuerdo a la certificación de haberes devengados en el último año de servicio del actor visible a folios 16 y 17 del cuaderno principal, se advierte que además de los anteriores conceptos también se le pagó **quinquenio, prima antigüedad de vacaciones y prima de navidad extralegal**, factores - los dos últimos - que en el recurso de apelación de la parte actora solicita le sean incluidos y que le fueron negados por la sentencia de primera instancia; y el primero, la entidad solicita que debe ser excluido de la reliquidación pensional ordenada por el A quo (fls. 231 y 238).

El fundamento del A quo, para la negativa – prima de antigüedad de vacaciones y prima de navidad extralegal - consistió en que estos conceptos fueron creados por Acuerdos o Decretos, expedidos por el Concejo de Bogota o el Alcalde, en vigencia de la Constitución de 1886, sin que ellos tuvieron competencia para estos efectos. Pues bien, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación con derechos salariales creados mediante actos expedidos por autoridades del orden territorial² con anterioridad a la entrada en

²Sección Segunda, Sentencia de 27 de octubre de 2011, expediente No. 1313-08, Actor: Manuel Isidro Sánchez Guerrero, Demandado: Hospital San Rafael de Pacho –Cundinamarca.

vigencia de la Constitución Política de 1991.

Recién expedida la Constitución Política de 1886 y aún con las reformas contenidas en los actos legislativos de 1910 y 1945, los entes territoriales tenían una potestad para la fijación de los sueldos de sus empleados³, mas no respecto al régimen prestacional de los mismos.

Posteriormente el Acto Legislativo No. 1 de 1968, estableció que las escalas de remuneración debían ser establecidas por el Congreso a nivel nacional, por las Asambleas a nivel Departamental y por los Concejos en el orden local⁴ y señaló en el artículo 76 numeral 9, que el régimen prestacional de los empleados del orden nacional, era de competencia única y exclusiva del Congreso.

La Constitución de 1991, estableció en su artículo 150 que al Congreso le corresponde dictar las normas generales para que el Gobierno fije el régimen prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública, así como el régimen de prestaciones sociales mínimas de los

³ En sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado, expediente 250002325000200408852 01 (1313-2008), actor Manuel Isidro Sánchez Guerrero. Claramente se señaló que con la expedición de la Constitución de 1886 y las reformas contenidas de los años 1910 y 1945 los entes territoriales tenían una potestad amplia para la fijación de los sueldos de sus empleados departamentales, potestad que incluía la de crear factores o elementos de salario. A partir de la reforma de 1968 es evidente que hubo una reforma sustancial, de manera que las competencias de los órganos de dirección de los entes territoriales se limitó a la potestad de determinar las escalas de remuneración correspondientes a las diferentes categorías de empleo.

⁴ Artículo 127. Son atribuciones de los Concejos, que ejercer conforme a la Ley, las siguientes: "3. determinar la estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias, y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos.

trabajadores oficiales.

Es decir que ni en vigencia de la Constitución de 1886, ni en la Constitución de 1991, la fijación del régimen prestacional ha sido competencia de las entidades territoriales, pues ha sido del resorte del Congreso o el Legislador extraordinario.

En lo que se refiere a la fijación de sueldos, antes del año 1968 las entidades territoriales tenían una potestad amplia, ahora, con la Constitución de 1991 existe una competencia concurrente entre el Congreso, el Gobierno Nacional, las Asambleas y Concejos, Gobernadores y Alcaldes, que fue ratificada por la Corte Constitucional en sentencia C-510 de 14 de julio de 1999, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

En relación con el tema, esta Corporación ha establecido que la legalidad del acto respecto de la competencia para su expedición, debe dilucidarse bajo los parámetros establecidos por las normas vigentes para el momento de su expedición, en consecuencia, el cambio de normatividad respecto de la competencia no implica que dicho acto se torne ilegal o inconstitucional.

No obstante no puede perderse de vista que el empleado que fue vinculado después del año 1968, debe someterse a las regulaciones que señale el competente para fijar salarios o los

factores que lo conforman, que en este caso es el previsto por el legislador y no es procedente aplicar factores de salario regulados por normas de orden territorial a empleados públicos sometidos a disposiciones de orden legal.

Como lo ha precisado la Sección en sentencia de 14 de marzo de 2002⁵, expediente No. 1100103250199 00 (3305-00), Consejero Ponente JESÚS MARÍA LEMUS BUSTAMANTE, el Estado no está obligado a mantener un régimen de forma permanente porque las instituciones y sus regulaciones deben adecuarse al orden social, cultural y económico que gobierna el momento, de manera que el salario o las prestaciones sociales deban permanecer perennes y solo ser modificadas en lo favorable. Es decir que se deben respetar salarios y prestaciones sociales de quienes los perciban al momento de la expedición del nuevo régimen, siempre y cuando estén amparados por la Constitución y la Ley.

Además la Sala de Consulta y Servicio Civil se pronunció respecto a la aplicación de los Decretos 1133⁶, y 1808 de 1994⁷ que fueron

⁵ Reiterado en fallo de 19 de mayo de 2005, expedientes No. 11001032500020020211 01, No. Interno: 4396-2002, actor Luis Eduardo Cruz Porras (Acumulados No. 11001032500020020209 01 (4333-02), actor Augusto Gutiérrez y Otros, 11001032500020020213 01 (4406-02) actor Enrique Guarín Álvarez; y 11001032500020020230 01 (4767-02), actor Pablo Emilio Ariza Meneses y otros), Consejero Ponente DR. Jesús María Lemos Bustamante.

⁶ “Por el cual se fija el régimen prestacional de los empleados públicos del Distrito Capital y sus entidades descentralizadas”. **Artículo 1º.** “Las personas que se vinculen al servicio público en el Distrito Capital y sus entidades descentralizadas a partir de la vigencia del presente Decreto y que conforme a las disposiciones vigentes tengan el carácter de empleados públicos, gozarán del régimen prestacional señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público”. **Artículo 2.** “Las personas que se hubieren vinculado como empleados públicos o trabajadores oficiales al Distrito Capital y a sus entidades descentralizadas antes de la vigencia de este Decreto continuarán gozando de las prestaciones que se les venían reconociendo y pagando”.

expedidos por el Presidente de la República, en ejercicio de la facultades conferidas por la Ley 4ª de 1992, a través de los cuales se fijó el régimen prestacional de los empleados públicos del Distrito Capital y sus entidades descentralizadas y se respetaron los derechos adquiridos de los empleados vinculados con anterioridad a su vigencia, 3 de agosto de 1994, de la siguiente manera:

“... las Corporaciones Públicas Territoriales no están facultadas para señalar el régimen prestacional de sus servidores.

...el Concejo Distrital no estaba facultado para establecer mediante Acuerdos los regímenes salariales y prestacionales de los empleados públicos del orden distrital, así como tampoco podían realizarse actas convenios entre la administración y el sindicato distrital pues la atribución de fijar las prestaciones de los empleados públicos le pertenecía al Congreso de la República bajo la Constitución de 1886 y al Gobierno nacional conforme a la Constitución vigente.
...”

Esta Corporación en anteriores oportunidades⁷ expresó que no puede considerarse que las expresiones “*continuarán gozando de las prestaciones que se les venían reconociendo y pagando*”

⁷ “ por el cual se modifica el Decreto 1133 del 1 de junio de 1994”. **Artículo 1.** “Las personas que se hubieren vinculado como empleados públicos o trabajadores oficiales al Distrito Capital y a sus entidades descentralizadas antes de la vigencia de este Decreto continuarán gozando de las prestaciones que se les venían reconociendo y pagando”.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de diecinueve de mayo de dos mil cinco, Consejero Ponente Jesús María Lemus Bustamante, Radicación número: 11001-03-25-000-2002-0211-01(4396-02), Actor: Luis Eduardo Cruz Porras.

consagradas en los Decretos 1133 y 1808 de 1994, hubiesen legalizado las prestaciones extralegales que venían siendo reconocidas por acuerdos, decretos distritales y actas de convenio, pues tales actos van en contravía directa de la Constitución y la ley, por haber sido expedidos con carencia absoluta de competencia y, en consecuencia, no originan derechos adquiridos.

Ahora bien, se tiene con respecto al **quinquenio**, su creación data del año 1933 por Acuerdo 35⁹, modificado por los Acuerdos 37 de 1933 y 44 de 1961. Esta última norma lo concibió en los siguientes términos:

“ ...

La recompensa por servicios prestados será pagada a los empleados y obreros que hubieren trabajado al servicio del Distrito o de las empresas afiliadas por periodos de cinco (5) años consecutivos, sin interrupciones mayores de ciento ochenta (180) días, en caso de enfermedad o de accidente de trabajo, o de treinta (30) días, por otras interrupciones de trabajo, mientras no estén disfrutando de pensión de jubilación y hayan desempeñado sus funciones con corrección y competencia, según certificación que deberán expedir en cada caso los respectivos jefes de personal o quien haga sus veces. El valor de esta recompensa será igual al quince por ciento (15%) del sueldo devengado por el trabajador en el último año del respectivo quinquenio y será liquidado de la misma manera que el auxilio de cesantía.

⁹ Dispuso mediante el artículo 24 el Acuerdo número 35 de 1933, que la Recompensa por servicios se pagará a los empleados y obreros que hubieren trabajado continuamente al servicio del Municipio por un tiempo no inferior a 5 años y que comprueben haber desempeñado sus funciones con corrección y competencia, aún cuando se retiren voluntariamente del trabajo.”

...

Como su origen, data de fecha anterior al año 1968, el Concejo Distrital bien podía crearlo sí este se considera como elemento salarial, **sin embargo se tiene claro que el actor se vinculó después del año 1968**, lo que quiere decir que se encuentra sometido a las regulaciones que señale el competente para fijar salarios o los factores que lo conforman, que en este caso es el previsto por el Legislador y no es procedente aplicar factores de salario regulados por normas de orden territorial a empleados públicos sometidos a disposiciones de orden legal, por tanto no se avala su inclusión en la liquidación de la pensión.

Por su parte la **prima de navidad extralegal y la prima de antigüedad vacaciones** fueron previstas en las diferentes Convenciones Colectivas suscritas por los empleados de la Caja de Previsión Social.

Si bien la sentencia de unificación de esta Corporación antes citada, prescribe que se deben incluir todos los factores salariales devengados de manera habitual en el último año de servicios para que hagan parte de la base de liquidación pensional, sin importar su denominación y la entidad certificó qué conceptos fueron devengados, lo cierto es, que no es posible su inclusión en la base de liquidación de la pensión, en razón a que su creación y reconocimiento se hicieron por fuera del marco legal de

competencias y no se puede validar cuando en efecto su fundamento es ilegal o inconstitucional¹⁰.

La Sección Segunda - Subsección B, con ponencia de la Doctora Bertha Lucia Ramírez de Páez (E), en sentencia de 4 de julio de 2013, Expediente: 050012331000200102924 01 (0033-2013), actor: Marco Fidel Suárez Mesa, consideró que no era posible incluir factores salariales. Tratándose de la pensión de jubilación cuando estos provienen de disposiciones municipales tales como Acuerdos o Decretos, de la siguiente manera:

“ ...

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución Política de 1991 al Congreso de la República le corresponde fijar las normas generales a las que debe sujetarse el Gobierno Nacional para fijar los requisitos y condiciones del reconocimiento de la pensión de jubilación de los empleados públicos, por lo que es ilegal cualquier disposición, referente a: (a) normas de carácter local como ordenanzas, acuerdos municipales, resoluciones o acuerdos de establecimientos públicos, nacionales o departamentales, que regulen la materia; o, (b) convenciones colectivas suscritas por los sindicatos de empleados públicos que establezcan disposiciones relativas a esto tópico.

En ese sentido, los demás factores salariales que percibió el demandante, tales como, las primas de vida cara y aguinaldo, los cuales fueron creados por el Acuerdo Nos. 29 de 1.978

¹⁰ Lo anterior ha sido reiterado en sentencia de 13 de febrero de 2014 M.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón Exp. No. 2378-12 Actor: Ana Rosa Solano de Rincón.

y el Decreto Municipal No. 120 de 1983, razón por la cual es posible tenerlos en cuenta dentro de la liquidación pensional, por cuanto fueron concebidos con total desconocimiento de las normas superiores, situación que hace imposible su reconocimiento, pues no le es dable al Juez prohijar derechos cuyo fundamento es inconstitucional e ilegal.

...” (Se subraya).

En tales circunstancias y de acuerdo con lo antes expuesto la Sala no comparte la decisión proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en cuanto a la inclusión del factor quinquenio, solicitado en la apelación por la entidad demandada en el sentido de que no debe ser incluidos en la base de liquidación de la pensión; ya que su creación se dio por fuera del marco legal de competencias, por lo que será objeto de modificación, ya que este factor no puede ser incluido, por las razones antes expuestas.

En consecuencia, la Sala **confirmará** el fallo de primera instancia, en cuanto declaró la nulidad de los actos acusados, y ordenó a la entidad demandada liquidar la pensión de jubilación del actor, en el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio de sirvió de base para los aportes, durante el último año de servicio que son sueldo, subsidio de transporte, prima técnica profesional, prima de alimentación, prima semestral y prima de

vacaciones en forma proporcional (doceava parte), y se **modificará** en el sentido de que la liquidación del quinquenio, no será incluido en la reliquidación pensional.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A" administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida el 25 de julio de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso promovido por CARLOS NOEL PARADA GONZALEZ.

SEGUNDO.- MODIFÍCASE el numeral SEGUNDO de la parte Resolutiva de la sentencia apelada, en el sentido de que la liquidación del quinquenio, no será incluido en la reliquidación pensional.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y ejecutoriada, **DEVUÉLVASE** el expediente. Al Tribunal de origen.

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

ALFONSO VARGAS RINCÓN

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE