



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

CONSEJERO PONENTE: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil diez (2010).-

REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200501315 01.-
NÚMERO INTERNO: 1904-2007.-
AUTORIDADES NACIONALES.-
ACTOR: HERNANDO ANTONIO NOREÑA RINCÓN.-

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes demandante y demandada contra la sentencia de 7 de diciembre de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por Hernando Antonio Noreña Rincón contra la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal.

LA DEMANDA

HERNANDO ANTONIO NOREÑA RINCÓN, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca declarar la nulidad parcial de los siguientes actos:



- Resolución No. 18554 de 17 de septiembre de 2003, proferida por la Subdirección General de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión, que le reconoció al actor su pensión de vejez.
- Resolución No. 18268 de 10 de septiembre de 2004, suscrita por la Subgerencia de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E., que desató el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión y la confirmó.
- Resolución No. 9015 de 14 de octubre de 2004, expedida por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad demandada, que desató el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. 18268 de 10 de septiembre de 2004 y la confirmó.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad accionada a:

- Reconocerle su pensión de jubilación a partir del 22 de febrero de 2000, fecha en la cual se retiró definitivamente del servicio de la Aeronáutica Civil, teniendo en cuenta para su liquidación todos los factores salariales devengados durante el último año laborado.
- Reconocerle las diferencias pensionales originadas entre las mesadas pensionales pagadas a partir del 20 de julio de 2003 y las que realmente debían pagársele.



- Ajustar el valor de las condenas de conformidad con el I.P.C.
- Pagar los intereses moratorios equivalentes a la tasa máxima vigente el día en que se efectúe el pago, tal como lo dispone el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en armonía con las sentencias T-418 de 1996 y C-188 de 1999.
- Pagar la condena en costas y agencias en derecho que se le imponga.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

El Capitán Hernando Antonio Noreña Rincón nació el 20 de julio de 1948 y es Aviador e Instructor de Vuelo con licencias números PCA 2876 e IVA 869, respectivamente.

El actor se desempeñó como Piloto durante más de 24 años, así:

- 9 años, 9 meses y 20 días en la Dirección General de la Policía Nacional como Especialista Jefe Piloto, ejerciendo funciones de Piloto.
- 14 años, 8 meses y 29 días al servicio de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, siempre ejerciendo funciones de Piloto.

Entonces, tiene derecho a acceder a su pensión de jubilación a cualquier edad, en este caso desde su retiro definitivo del servicio, pues laboró durante más de 20 años.

El 12 de septiembre de 2002 solicitó el reconocimiento de su pensión. Así, Cajanal, mediante la Resolución No. 18554 de 13 de septiembre de 2003, aclarada por el Auto No. 0114330 de 31 de diciembre del mismo año, reconoció dicha prestación pero sin tener



en cuenta el régimen pensional especial sino normas generales, a saber, Leyes 33 de 1985 y 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, por lo cual, el referido beneficio se liquidó sin incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

En consideración a lo anterior, interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación, que fueron desatados negativamente a través de las Resoluciones Números 18268 de 10 de septiembre de 2004 y 9015 de 14 de octubre de 2004.

LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, los artículos 1°, 2°, 13, 25, 48, 49, 53, 58 y 336.

De la Ley 100 de 1993, los artículos 11 y 36.

El Decreto 60 de 1973.

El Decreto 1282 de 1994.

El Decreto 1283 de 1994.

El demandante consideró que los actos acusados estaban viciados de nulidad, por las siguientes razones:

Al 1 de abril de 1994 el señor Noreña Rincón contaba con 45 años de edad y 15 de servicio, es decir, que es beneficiario del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, reglamentado especialmente por el Decreto 1282 de 1994 para los aviadores civiles.

En consecuencia, el accionante tiene derecho a que su pensión se reconozca de conformidad con el Decreto 60 de 1973 y los artículos



269 y 270 del Código Sustantivo del Trabajo (vigente antes de expedirse la Ley 100 de 1993), acreditando 20 años de servicios y a cualquier edad, en cuantía del 75% del promedio devengado en el último año.

Ahora bien, el hecho de que el actor se hubiera desempeñado en empresas de derecho público no enerva su derecho a que se le reconozca la pensión de jubilación en la forma solicitada, pues debe privilegiarse el derecho a la igualdad. En efecto, *"tanto los pilotos de las empresas privadas como los que laboran al servicio de las públicas, por la especialidad de su labor, ponen en riesgo sus vidas al desarrollar las funciones propias de sus cargos y fue ese precisamente el objeto de la creación de una norma especial que regulara su labor"*.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad accionada ejerció su derecho de contradicción frente a la acción incoada, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos (Fls. 81 a 83):

Los actos acusados se expidieron de conformidad con la normatividad vigente, garantizando los derechos de los administrados y los intereses del patrimonio Estatal; teniendo en cuenta que los empleados de la Aeronáutica Civil que desempeñan cargos de excepción no gozan de un régimen especial en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.

En este orden de ideas deben aplicarse los Decretos 1848 de 1969, 1045 de 1978, 691 de 1994 y 1158 de 1994 y las Leyes 33 de 1985 y 100 de 1993, dependiendo el momento de adquisición del status pensional.



Al actor se le deben aplicar la Ley 100 de 1993 y los Decretos 691 y 1158 de 1994 para efectos de determinar el ingreso base de liquidación de su prestación, tal como se hizo mediante las Resoluciones demandadas. *"Para los restantes requisitos, se aplica el régimen de transición plasmado en el artículo 36 de la misma ley, es decir que se debe aplicar la Ley 7 de 1961 y el Decreto 1372 de 1966, normas que consagran el régimen de excepción, donde se indica el tiempo, la edad requerida y el monto mensual a devengar (75%), por quienes se encuentran allí enumerados."*

Entonces, no es posible reliquidar el beneficio pensional con inclusión de los factores salariales reclamados, pues los mismos no fueron objeto de descuentos para seguridad social en pensiones.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, mediante sentencia de 7 de diciembre de 2006, resolvió (Fls. 215 a 232):

- (i) Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 18554 de 17 de septiembre de 2003 y la nulidad total de las Resoluciones Números No. 18268 de 10 de septiembre de 2004 y 9015 de 14 de octubre de 2004.
- (ii) Reliquidar la pensión incluyendo *"los factores salariales devengados por el accionante durante el último año de servicios, de conformidad con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, la cual habrá de ser reconocida y pagada a partir del 20 de julio de 2003, fecha en que adquirió el status jurídico de pensionado."*
- (iii) Negar las demás pretensiones.



Fundó su decisión en las razones que a continuación se sintetizan:

Al señor Hernando Antonio Noreña Rincón no le resultan aplicables los mandatos del Decreto 60 de 1973, reglamentario de la Ley 32 de 1961, pues aquél regula la situación de los aviadores civiles, mientras que el actor prestó sus servicios en entidades públicas.

Tampoco resulta aplicable la Ley 7ª de 1961, invocada por la Caja de Previsión demandada, toda vez que el accionante no desempeñó los cargos de Radio Operador, Técnico de Radio y Electricidad, Oficial de Meteorología, sino los de Inspector de Vuelo, Piloto de Aviación y Profesional Aeronáutico. Igualmente, el Decreto 1835 de 1994 estableció los cargos de alto riesgo de la Aeronáutica Civil, dentro de los cuales no se encuentran enlistados los desempeñados por el demandante.

Entonces, no existe régimen especial alguno que rija el caso concreto, por lo cual se concluye que las disposiciones que regulan el derecho pensional del demandante, al amparo del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, son las Leyes 33 y 62 de 1985. Siendo ello así la prestación no podía reconocerse a partir del retiro definitivo del servicio, porque aún no había cumplido los 55 años de edad; sin embargo, debe ser reliquidada teniendo en cuenta los factores taxativamente indicados en las precitas normas y que fueron devengados en el último año de servicios.

No hay lugar a decretar la condena en costas, puesto que la parte accionada no observó una conducta dilatoria o de mala fe durante el trámite procesal.



LOS RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandada interpuso recurso de apelación y el accionante el recurso de apelación adhesiva contra la decisión del *A quo*, exponiendo los motivos de inconformidad que a continuación se indican:

- La entidad accionada, solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia por las siguientes razones (Fls. 233 a 235):

El actor es beneficiario de la Ley 7^a de 1961 y el Decreto 1372 de 1966, en consideración a las características de las labores desempeñadas al servicio de la Aeronáutica Civil; sin embargo, dichas normas únicamente pueden aplicarse en materia de edad, tiempo de servicio y monto de la prestación.

Siendo ello así, el ingreso base de liquidación debe determinarse de acuerdo con la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, por lo cual no pueden incluirse factores distintos a los taxativamente enlistados en dichas normas, tales como las primas de vacaciones, navidad, productividad, bonificación semestral, recreación e indemnización por vacaciones no disfrutadas.

- Por su parte, el demandante al sustentar la apelación adhesiva expuso los siguientes argumentos (Fls. 273 a 279):

El señor Hernando Antonio Noreña Rincón sí tiene derecho a que se le aplique la Ley 32 de 1961 y el Decreto 60 de 1973 y a que la pensión se le reconozca a partir del 22 de febrero de 2000, fecha en

203



que se retiró definitivamente del servicio, con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año laborado. En caso de no accederse a estas peticiones, el proveído impugnado deberá ser confirmado en su integridad.

En efecto, independientemente de la naturaleza pública de las entidades en las cuales se desempeñó el demandante, se encuentra acreditado que cuenta con licencia de piloto válidamente expedida y ejerció funciones de alto riesgo como cualquier aviador. Entonces, tiene derecho a que se le otorgue un tratamiento igualitario en materia pensional.

Así, no hay razón jurídica que amerite un tratamiento distinto, pues *"la instrucción, el adiestramiento, el conocimiento, la responsabilidad y experiencia que un aviador debe tener para volar un aeronave no varían dependiendo de si se trata de un avión comercial o uno al servicio del Estado; del mismo modo que el riesgo que corre una tripulación cada vez que se encuentra a bordo de una aeronave no es distinto por esta sola causa"*.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes

Extractos

CONSIDERACIONES

El problema jurídico se contrae a determinar cuáles son las normas aplicables a la situación pensional del señor Hernando Antonio Noreña Rincón en orden a establecer si tiene derecho a que la prestación se le reconozca al tenor de lo dispuesto por normas especiales, o, si por el contrario, debe sujetarse a las normas generales aplicables a los servidores públicos.



Con el objeto de resolver el problema expuesto, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

➤ De la vinculación del actor.

- La Oficina Jurídica Unidad Archivo General de la Policía Nacional certificó que el demandante laboró en dicha institución desde el 20 de mayo de 1980 hasta el 11 de diciembre de 1984, en el grado de Especialista Jefe Piloto, período correspondiente a 9 años, 9 meses y 20 días, *"incluyendo: Primera época como oficial del 230171 al 040275, tiempo doble y diferencia de año laboral"* (Fl. 133).
- El Jefe del Grupo de Situaciones Administrativas de la División de Personal y Carrera de la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil certificó que el accionante prestó sus servicios a dicha Entidad desde el 2 de mayo de 1985 hasta el 20 de febrero de 2000, así (Fl. 13):

Cargos Desempeñados	Desde	Hasta
Inspector de Vuelo Grado 20	02-05-1985	21-06-1988
Piloto de Aviación Grado 21	22-06-1988	20-09-1988
Piloto de Aviación Grado 23	21-09-1988	31-01-1994
Profesional Aeronáutico III 32-27	01-02-1994	24-08-1997
Profesional Aeronáutico IV Grado 30	25-08-1997	20-02-2000

Asimismo, agregó que *"la Ley 7ª. De (sic) 1961 y su Decreto reglamentario 1372 de mayo 26 de 1966, preceptúa que el personal técnico tienen (sic) derecho a la pensión vitalicia de jubilación, al cumplir 20 años de servicio al Estado."*¹.

En certificación posterior, el mismo funcionario indicó que el demandante *"desde su ingreso hasta su retiro desempeñó funciones de de (sic) piloto."*

¹ Igualmente, el 1 de marzo de 2001, el Jefe del Grupo de Situaciones Administrativas de la División de Personal y Carrera de la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil indicó que *"la Ley 7ª. De 1961 y su Decreto reglamentario 1372 de mayo 26 de 1966, preceptúa que el personal técnico tienen derecho a la pensión Vitalicia de Jubilación al cumplir 20 años de servicio al Estado, cualquiera que sea su edad."* (Fl. 196).



- De conformidad con el Certificado de Haberes expedido por la División de Personal de la Aeronáutica Civil durante el año anterior al retiro definitivo del servicio, comprendido entre el 21 de febrero de 1999 y el 21 de febrero de 2000, el actor devengó los siguientes conceptos: "Básico"; bonificación por recreación, bonificación semestral, bonificación por servicios, prima de productividad, prima de navidad, prima de vacaciones, indemnización vacaciones (Fls. 2 a 3).

➤ Del reconocimiento pensional.

- De conformidad con la copia del Registro Civil de Nacimiento, el actor nació el 20 de julio de 1948 (Fl. 118).

- El 17 de septiembre de 2003, por medio de la Resolución No. 18554, la Subdirección General de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión, le reconoció al demandante su pensión de vejez, a partir del 20 de julio de 2003, en cuantía de \$1.831.559.15, teniendo en cuenta como factores base de liquidación la asignación básica, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados, devengados entre el 1 de abril de 1994 y el 20 de febrero de 2000. El reconocimiento prestacional se efectuó aplicando las Leyes 33 de 1985 y 100 de 1993 y los Decretos 01 de 1984 y 1158 de 1994; asimismo, se basó en el siguiente tiempo de servicio (Fls. 28 a 32):

Entidad	Desde	Hasta	Días	
			Deduc	Laborad
Policía Nacional	23-01-1971	04-02-1975	0	1452
Policía Nacional	20-05-1980	11-12-1984	0	1642
Departamento Administrativo de Aeronáutica	02-05-1985	20-02-2000	120	5209
			120	8303



- El 29 de enero de 2004, el accionante interpuso recurso de reposición, y en subsidio apelación, contra el anterior acto administrativo manifestando que su inconformidad radicaba en torno a la fecha del reconocimiento prestacional, que debía corresponder a la del retiro definitivo del servicio, es decir 22 de febrero de 2000, y la cuantía de las mesadas pensionales reconocerse en el 75% del salario devengado en el último año laborado (Fls. 35 a 38).

- El 10 de septiembre de 2004, a través de la Resolución No. 18268, la Subgerencia de Prestaciones Económicas de la entidad demandada desató el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 18554 de 17 de septiembre de 2003 y la confirmó argumentando que el señor Hernando Antonio Noreña Rincón es beneficiario de la transición prevista por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero no del régimen pensional especial creado para los empleados de la Aeronáutica Civil que desempeñan actividades de alto riesgo, toda vez que no se vinculó en ninguno de los cargos taxativamente enlistados en dichas normas (Fls. 39 a 47).

- El 14 de octubre de 2004, mediante la Resolución No. 9015, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de Cajanal desató el recurso de apelación interpuesto por el demandante, confirmando las Resoluciones Números 18554 de 17 de septiembre de 2003 y 18268 de 10 de septiembre de 2004 (Fls. 49 a 51).

De conformidad con el anterior acervo probatorio, procede la Sala a desatar la controversia teniendo en cuenta i) El régimen de



transición previsto por la Ley 100 de 1993; ii) Las disposiciones normativas que rigen la situación pensional del demandante; y, iii) La liquidación prestacional en el caso concreto.

i) Régimen de transición.

La Ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social integral, con el objetivo de amparar a la población en las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, para los afiliados y sus beneficiarios, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales y a crear mecanismos de carácter económico que contrarrestaran las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se veían sometidos.

No obstante lo anterior, la referida ley en su artículo 36 preceptúa lo siguiente:

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

*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 de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.
(...).”*



Se observa, entonces, que la Ley 100 de 1993 creó un régimen de transición, que ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

Por su parte, el artículo 7º del Decreto 1835 de 1994, por el cual se reglamentan las actividades de alto riesgo de los servidores públicos, prescribió:

"ARTICULO 7o. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. El régimen general de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se aplica a los servidores públicos de la Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil.

No obstante, se establece el siguiente régimen de transición para los funcionarios de dicha unidad administrativa que tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres, o 40 o más años de edad si son hombres, o 10 o más años de servicios prestados o cotizados, así:

- 1. Para los servidores descritos en el artículo 6o. de este decreto,*
- 2. Para los servidores que a 31 de Diciembre de 1993 se encontraban incorporados a la planta de personal del Sector Técnico Aeronáutico;*

Los requisitos de edad para acceder a la pensión de vejez o jubilación, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de dicha pensión, de los funcionarios descritos en los numerales 1o. y 2o. de este artículo, serán los establecidos en el régimen anterior que les era aplicable.

Para los demás servidores, las condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez o jubilación, se regirán por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos, particularmente en lo relacionado al monto de las cotizaciones a cargo del respectivo empleador." (El resaltado no es del texto).

284



Si bien es cierto que, el Decreto 1835 de 1994 fue revocado por el Decreto 2090 de 2003, *“por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades”*, también lo es que, esta última normatividad no es aplicable al caso del actor, pues su derecho pensional fue consolidado con anterioridad al 28 de julio de 2003 día de entrada en vigencia del Decreto².

Ahora bien, en torno al sentido y alcance del precitado artículo es posible distinguir dos sectores de servidores públicos que se encuentran amparados por el régimen de transición pensional:

a) Los servidores descritos en el artículo 6° del Decreto 1835 de 1994, es decir, los servidores públicos que laboren en las actividades previstas en el numeral 4 del artículo 2° del mismo Decreto, que en el caso de la Aeronáutica Civil, eran: *“Técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la oficina de registro de la Unidad Administrativa especial de Aeronáutica Civil de conformidad con la reglamentación contenida en la resolución No. 03220 de junio 2 de 1994 por medio del cual se modifica el manual de reglamentos aeronáuticos, y demás normas que la modifiquen, adicionen o aclaren.*

Técnicos aeronáuticos con funciones de radio operadores, con licencia expedida o reconocida por la oficina de registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, con base en la reglamentación contenida en la resolución No. 2450 de diciembre 19 de 1974 por medio del cual se adopta el

² Al respecto ver la sentencia de 30 de abril de 2009, proferida por esta Subsección, con ponencia de la Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Expediente No. 250002325000200608360 01 (2758-2008), Actor: Oscar Hernando Morales Carmona.



manual de reglamentos aeronáuticos, y demás normas que la modifiquen, adicionen o aclaren.”.

b) Los servidores que a 31 de Diciembre de 1993 se encontraban incorporados a la planta de personal del Sector Técnico Aeronáutico.

El anterior entendimiento también ha sido esbozado por esta Corporación en los siguientes términos³:

“II. Régimen de transición. El decreto mencionado dispuso, además, que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 se aplica a los servidores públicos de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil. Agregó que, “no obstante”, se establece para los funcionarios de dicha unidad administrativa especial que tuviesen 35 años o más de edad si son mujeres, o 40 o más años de edad si son hombres, o 10 o más años de servicios prestados o cotizados y para quienes rigen las normas especiales para obtener la pensión de vejez o “al 31 de diciembre de 1993 se encontraban incorporados a la planta de personal del Sector Técnico Aeronáutico”, el régimen anterior que les era aplicable respecto de requisitos de edad para acceder a la pensión de vejez o jubilación, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto de dicha pensión.

(...)

Para los servidores de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, el decreto 1835 de 1994 - además del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 - prevé un régimen especial aplicable a los servidores que desempeñen las actividades de alto riesgo señaladas en el reglamento y a quienes a 31 de diciembre de 1993 se encontraban incorporados a la planta de personal del sector técnico aeronáutico. (...).” (El resaltado es del texto).

Descendiendo al caso concreto, se encuentra acreditado que el señor Hernando Antonio Noreña Rincón, se encuentra amparado por las previsiones del precitado Decreto 1835 de 1994, pues al 1 de abril de 1994 acreditaba más de 40 años de edad y al 31 de

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Dr. Javier Henao Hidrón, Concepto de 18 de marzo de 1998, Radicación número: 1.069.

205



diciembre de 1993 se encontraba incorporado a la planta de personal del Sector Técnico Aeronáutico de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil. En efecto, el Jefe de Grupo de Vuelos de la Aeronáutica Civil certificó que el actor *"laboró en el Grupo de Vuelos desde su ingreso a la Entidad del 02 de mayo de 1985 hasta la presente fecha, desempeñándose como profesional aeronáutico IV grado 30 y funciones en el área técnica Aeronáutica."* (Fl. 11).

Asimismo, el Jefe División de Personal y Carrera de la Aeronáutica Civil le comunicó al señor Hernando Antonio Noreña Rincón lo siguiente (Fl. 14):

*"(...)
De conformidad con el artículo 4° del Decreto 121 el cargo de Piloto de Aviación Grado 25 corresponde al área de Ingeniería Mecánica, Eléctrica y Electrónica del sector de servicios Técnicos aeronáuticos del entonces Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, así mismo el artículo 10° del citado Decreto establece que la jornada de trabajo de los funcionarios que desempeñen empleos de las áreas de Control de Tránsito Aéreo e información aeronáutica, Comunicaciones Aeronáuticas e Ingeniería Mecánica, Eléctrica, Electrónica, y Aeronáutica, será de seis (6) horas diarias, y revisado el sistema de esta División se pudo establecer que a usted le corresponde dicha jornada."*

En este orden de ideas, el demandante es beneficiario del régimen de transición que le permite pensionarse al amparo de las disposiciones de la Ley 7ª de 1961 y su Decreto Reglamentario 1372 de 1966.

De otro lado la Ley 33 de 1985, en su artículo 1°, dispone:

"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.”

Sin embargo, la precitada disposición en su inciso segundo estableció una excepción a la regla general en los siguientes términos:

“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 (...).”

Entonces, contrario a las argumentaciones esgrimidas por la entidad accionada y por el *A quo*, el señor Hernando Antonio Noreña Rincón, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, está exceptuado del régimen pensional general de que trata dicha Ley por gozar de un régimen especial consagrado en la Ley 7ª de 1961 y su Decreto Reglamentario 1372 de 1966.

Los lineamientos interpretativos anteriormente esbozados encuentran plena consonancia con el carácter excepcional de la actividad que en su momento desempeñó el demandante, pues los artículos 269 y 270 del Código Sustantivo del Trabajo, antes de ser derogados por la Ley 100 de 1993, establecieron:

“ARTICULO 269. (Modificado por el Decreto 617 de 1954). Operadores de radio, cable y similares. 1. Los Operadores de radio, de cable y similares que presten servicios a los patronos de que trata este Capítulo, tienen derecho a la pensión de jubilación, aquí regulada, después de veinte (20) años continuos o discontinuos de trabajo, cualquiera que sea su edad.

2. La calidad de similares de que trata el numeral 1 de este artículo, será declarada, en cada caso, por la Oficina Nacional de Medicina e Higiene Industrial del Ministerio del Trabajo.



ARTICULO 270. OTRAS EXCEPCIONES. Lo dispuesto en el artículo anterior se aplica a los aviadores de empresas comerciales, a los trabajadores de empresas mineras que presten sus servicios en socavones, y a los dedicados a labores que realicen a temperaturas anormales.”.

Adicionalmente, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante Auto de 12 de marzo de 2009, al declarar la suspensión provisional parcial de Resolución No. 05400 del 31 de diciembre de 2004, expedida por el Director de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, por medio de la cual se modifica y adiciona la parte cuarta de los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia en cuanto a tiempos de vuelo, servicio y descanso para tripulantes, indicó⁴:

*“Así, por virtud de los artículos 53, 150 y 152 de la Carta Política de 1991⁵, es competencia exclusiva del Legislador primario la expedición y reforma del Estatuto del Trabajo y por ende la regulación de las normas laborales, entre ellas las que definen la jornada máxima laboral de los empleados en Colombia y sus descansos obligatorios, quien en casos como el que nos ocupa, **entratándose la aviación comercial de una labor peligrosa e insalubre en razón de las actividades que desempeña el personal adscrito a ella, a revestido al Gobierno de expresas facultades para ordenar la reducción de la jornada de trabajo de acuerdo a los dictámenes que se expidan por la autoridad médica o científica competente al respecto, tal como lo establece el artículo 161***

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 12 de marzo de 2009, Radicación No. 250002325000200504064 01 (1626-07), Actor: Asociación Colombiana de Aviadores Civiles -ACDAC-

Demandado: Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA. ARTÍCULO 53. —El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. (...)

ARTICULO 150.—Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

- 1. Interpretar, reformar y derogar las leyes
- 2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones.

ARTÍCULO 152.—Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

- a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección.



del Código Sustantivo del Trabajo⁶, a quien corresponde entonces la definición de la jornada laboral del personal aeronáutico, concretamente de las tripulaciones, previo estudio y análisis del asunto.”. (Resalta la Sala).

En este orden de ideas, teniendo en cuenta el Decreto 1835 de 1994 y, adicionalmente, el principio de igualdad cuya efectividad no sólo depende de su promulgación formal sino también de las acciones del Estado, representado por sus diferentes órganos, encaminadas a corregir las desigualdades injustificadas que devengan contrarias a las garantías fundamentales consagradas constitucionalmente y que se erigen en presupuesto indispensable de la convivencia en sociedad y de la realización óptima del individuo, es viable aplicar al caso concreto la normatividad especial expedida para algunos funcionarios de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil en consideración a sus funciones excepcionales.

ii) Régimen especial aplicable al caso concreto.

La Ley 7ª de 1961 establece un régimen especial de pensiones de jubilación aplicable a los radioperadores, técnicos de radio y electricidad y oficiales de meteorología de la Empresa Colombiana de Aeródromos quienes, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1º, tendrán derecho a que se les compute el tiempo servido a dicha empresa privada como tiempo de servicio a la Nación.

⁶ ARTICULO 161. DURACION. <Artículo modificado por el artículo 20 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana, salvo las siguientes excepciones:
a). En las labores que sean especialmente insalubres o peligrosas, el gobierno puede ordenar la reducción de la jornada de trabajo de acuerdo con dictámenes al respecto;



El artículo 2° ibídem establece:

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

El referido artículo 21 del Decreto 1237 de 1946, sobre Caja de Auxilio de los Ramos Postal y Telegráfico y prestaciones sociales de los trabajadores del Ministerio de Correos y Telégrafos, determinó la edad de jubilación en 50 años y el monto pensional en 75% del promedio mensual de las asignaciones que hubieren devengado durante el último año de servicios.

El Decreto 1372 de 1966, reglamentario de la Ley 7ª de 1961 sobre pensiones de jubilación de radioperadores, técnicos de radio, de electricidad y oficiales de meteorología, en su artículo 3°, establece:

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

iii) Liquidación pensional

El artículo 6° del Decreto 1372 de 1966, reglamentario de la Ley 7ª de 1961, establece:

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



Conforme a lo anterior, para efectos de la reliquidación pensional, se deben incluir todas las sumas que habitual y periódicamente haya recibido el funcionario durante el último año de servicios.

Teniendo en cuenta el Certificado de Haberes expedido por la División de Personal de la Aeronáutica Civil durante el año anterior al retiro definitivo del servicio, comprendido entre el 21 de febrero de 1999 y el 21 de febrero de 2000, el actor devengó los siguientes conceptos: "Básico"; bonificación por recreación, bonificación semestral, bonificación por servicios, prima de productividad, prima de navidad, prima de vacaciones, indemnización vacaciones (Fls. 2 a 3).

CAJANAL, mediante la Resolución No. 18554 de 17 de septiembre de 2003, le reconoció al demandante su pensión de vejez, a partir del 20 de julio de 2003, teniendo en cuenta como factores base de liquidación la asignación básica, dominicales y feriados, horas extras y bonificación por servicios prestados, devengados entre el 1 de abril de 1994 y el 20 de febrero de 2000.

En consecuencia, la pensión que le fue reconocida al demandante debe reliquidarse, con inclusión de la asignación básica, bonificación semestral, bonificación por servicios, prima de productividad, prima de navidad, prima de vacaciones, devengados durante el año anterior al retiro definitivo del servicio, esto es entre el 21 de febrero de 1999 y el 21 de febrero de 2000.

Asimismo, el reconocimiento pensional debe hacerse efectivo a partir del momento del retiro definitivo del servicio del actor toda vez que la



normatividad que regula el caso concreto no exige el requisito de la edad para tal efecto, sino únicamente 20 años de servicio.

Sin embargo, no se ordenará la inclusión del factor denominado indemnización por vacaciones, toda vez que las vacaciones no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador, por lo cual, no es posible computarlas para fines pensionales. En efecto, esta Corporación ha precisado que la compensación monetaria, que se otorga al trabajador cuando no disfruta de sus vacaciones, no puede servir de base salarial para liquidar la pensión de jubilación.

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

Los Decretos 35 de 1999 y 2720 de 2000, expedidos en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, en su artículo 1º establecieron que su ámbito de aplicación se extendía a los siguientes servidores públicos⁷:

"ARTICULO 1o. CAMPO DE APLICACIÓN. El presente decreto fija las escalas de remuneración de los empleos, que sean desempeñados por empleados públicos correspondientes a los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, Establecimientos Públicos, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, Empresas Industriales y Comerciales del Estado, Sociedades de Economía Mixta sometidas

⁷ El Decreto 451 de 1984 creó la bonificación especial de recreación. Por su parte, el Gobierno Nacional cada año expide un Decreto con el fin de fijar las escalas salariales de los servidores públicos y entre su articulado incluye este concepto. En el *Sub júdice* se tienen en cuenta los Decretos expedidos para los años 1999 y 2000 puesto que el año anterior al retiro definitivo del servicio está comprendido entre el 21 de febrero de 1999 y el 21 de febrero de 2000, y es precisamente este período el pertinente para efectos de determinar los factores salariales devengados por el demandante y que, a su vez, constituirán la base de liquidación de la pensión de jubilación previamente reconocida.



al régimen de dichas empresas, del orden nacional y de las Direcciones Generales de Bienestar Social y de Sanidad de la Policía Nacional.”.

Por su parte, el artículo 15 de los Decretos 35 de 1999 y 2720 de 2000, reguló la bonificación por recreación en los siguientes términos⁸:

“ARTICULO 15. BONIFICACIÓN ESPECIAL DE RECREACIÓN. Los empleados públicos a que se refiere el presente decreto tendrán derecho a una bonificación especial de recreación, en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de iniciar el disfrute del respectivo período vacacional. Igualmente, habrá lugar a esta bonificación cuando las vacaciones se compensen en dinero. Esta bonificación no constituirá factor de salario para ningún efecto legal y se pagará por lo menos con cinco (5) días hábiles de antelación a la fecha de inicio en el evento que se disfrute del descanso remunerado.”.

Entonces, el ordenamiento jurídico prescribe que la bonificación por recreación no constituye factor salarial para efectos prestacionales, por lo cual no puede accederse en este aspecto a la petición del demandante.

Adicionalmente, tampoco puede perderse de vista que el objeto de dicho reconocimiento no es remunerar directamente la prestación del servicio del empleado, sino, por el contrario, contribuir en el adecuado desarrollo de uno de los aspectos de la vida del mismo, como lo es la recreación; razón por la cual, es válido afirmar que esta es una prestación social y, en consecuencia, no puede ser incluida como factor para la liquidación de la pensión, máxime si, como se anotó anteriormente, el legislador así lo estableció expresamente.

⁸ El artículo 14 del Decreto 660 de 2002, desarrolla la bonificación por recreación en similares términos.



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

Así las cosas, el proveído impugnado, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, será confirmado aclarando que la pensión del actor debe liquidarse con inclusión de la asignación básica, bonificación semestral, bonificación por servicios, prima de productividad, prima de navidad y prima de vacaciones, devengados durante el año anterior al retiro definitivo del servicio, esto es entre el 21 de febrero de 1999 y el 21 de febrero de 2000. Asimismo se aclarará que la reliquidación surte efectos a partir del retiro definitivo del servicio, de conformidad con lo expuesto precedentemente. Igualmente, se indicará que la entidad demandada podrá efectuar los descuentos por aportes a que haya lugar sobre los factores salariales cuya inclusión se ordena para efectos de conformar el ingreso base de liquidación.

DECISIÓN

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 y por autoridad de la Ley,

FALLA

Confírmase la sentencia de 7 de diciembre de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por Hernando Antonio Noreña Rincón contra la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, **aclarando** que la pensión del actor debe liquidarse con inclusión de la asignación básica, bonificación semestral, bonificación por servicios, prima de productividad, prima de navidad y prima de vacaciones, devengados durante el año anterior al retiro definitivo del servicio, esto es entre el 21 de febrero de 1999 y el 21 de febrero de 2000. Además, la reliquidación ordenada surte efectos a partir del retiro definitivo del servicio, de conformidad con lo esbozado en las consideraciones de la presente providencia.

La entidad accionada podrá efectuar los descuentos por aportes correspondientes a los factores sobre los cuales no se haya realizado la deducción legal, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Reconócese personería al abogado Rafael Ernesto Jiménez Rodríguez, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.449.039 y tarjeta profesional No. 58.033 del Consejo Superior de la Judicatura,

290

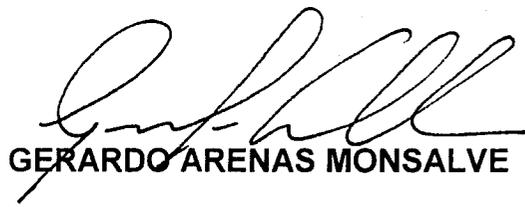


como apoderado de la entidad demandada, en los términos y para los efectos del poder conferido, visible a folio 263 del expediente.

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

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.


BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ


GERARDO ARENAS MONSALVE


VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA