

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA –SUBSECCIÓN “A”

CONSEJERO PONENTE: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, veinticuatro (24) de junio de dos mil quince (2015)

Rad. 76001233100020100001801

No. Interno: 0799-2014

APELACIÓN SENTENCIA

ACTOR: JOSÉ FRANCISCO AZCUNTAR DERAZO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 27 de agosto de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se accedió a las súplicas de la demanda incoada contra la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL.

ANTECEDENTES

JOSÉ FRANCISCO AZCUNTAR DERAZO, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó la nulidad de las Resoluciones 01468 de 24 de enero de 2008 y 63283 de 31 de diciembre de 2008, expedidas por la Gerencia General de Cajanal, por las cuales se negó la reliquidación de su pensión de jubilación especial.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a Cajanal reliquidar su mesada pensional teniendo en cuenta el 75% del promedio mensual de las asignaciones que hubiere devengado en el último año de servicios, y que se cancelen las diferencias entre lo que se ha venido pagando por concepto de la Resolución que le reconoció la pensión y lo que se determine en la sentencia, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Como hechos fundamento de la acción, expuso que mediante Resolución 21551 de 10 de septiembre de 2001 la Caja Nacional de Previsión Social le reconoció pensión de jubilación con base en el régimen especial de la Aeronáutica Civil consagrado en la ley 7 de 1961 y los Decretos 1372 de 1966 y 1158 de 1994

Señaló que por medio de la Resolución 048227 de 30 de diciembre de 2005, fue reliquidada la pensión, por haber continuado laborando hasta el 31 de octubre de 2003, pero incurrió en error al liquidar los factores salariales con base en el Decreto 1158 de 1994.

Narró que el 5 de septiembre de 2006 solicitó ante la entidad accionada la revisión de la pensión de jubilación con el fin de obtener el ingreso base de liquidación teniendo en cuenta las asignaciones devengadas durante el último año de servicios como lo dispone el artículo 6 del Decreto 1372 de mayo 26 de 1966. La citada solicitud fue negada mediante la Resolución 01468 de 24 de enero de 2008 y confirmada posteriormente por la Resolución 63283 de 31 de diciembre de 2008.

Como disposiciones quebrantadas invocó los artículos 2, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 58, 83, 114 y 209 de la Constitución Política; 21 del Código Sustantivo del Trabajo; 1, 2 y 3 de la Ley 7 de 1961, 1 y 6 del Decreto 1372 de 1966; 21 del

Decreto 1237 de 1946; 11, 36, 140, 141, 272 y 288 de la Ley 100 de 1993, 7 del Decreto 1835 de 1994, 27 del Código Civil, 1 del Decreto 1158 de 1994 y 5 de la Ley 797 de 2003.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia del 27 de agosto de 2013 declaró la nulidad de las resoluciones acusadas y a título de restablecimiento del derecho, ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social reliquidar la pensión incluyendo todos los factores devengados en el último año de servicios (fls. 236-249).

Luego de efectuar un recuento normativo del régimen especial de la ley 7ª de 1961, dijo que dentro de la liquidación de la pensión se deben incluir todos los factores que devengó durante el último año de servicios, pues quienes se encuentran en el régimen de transición, como es el caso del actor, no solamente se benefician de los requisitos de edad y tiempo de servicios sino de la forma y modo de determinar el monto de la pensión.

Que en ese orden, al estudiar el material probatorio allegado al expediente, se verificó que el actor durante el último año de servicios, comprendido entre el 1 de noviembre de 2002 y el 1 de noviembre de 2003, devengó asignación básica, bonificación por recreación, bonificación semestral, bonificación por servicios, diferencia de horario, dominicales y festivos, horas extras, prima de productividad, prima de navidad y prima de vacaciones, lo que implica que el reconocimiento pensional debía modificarse.

No obstante, excluyó de la liquidación la bonificación por recreación, en consideración a que no constituye salario al no ser reconocida como contraprestación directa del trabajo desempeñado por el servidor público.

LA APELACIÓN

El apoderado especial de Cajanal, mediante memorial que obra a folios 251-258 interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal de cuyas razones de inconformidad la Sala destaca las siguientes:

Sostuvo que en vista de que el actor adquirió su status pensional en vigencia de la ley 100 de 1993, los factores salariales a tener en cuenta son los establecidos en el Decreto 1158 de 1994, dentro de los cuales no se encuentran los alegados por el demandante.

Manifestó además que el régimen de transición no hace ninguna excepción respecto de los factores base de liquidación de la pensión ni de la forma de liquidar la misma, por lo cual señaló que este aspecto se determina de conformidad con los decretos que reglamentaron la ley 100 de 1993 y no con lo dispuesto en las *“las normas vigentes con anterioridad, pues los empleados públicos del orden nacional fueron incorporados al Sistema General de Pensiones a partir del 1° de abril de 1994”*.

CONCEPTO DEL PROCURADOR

La Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado solicita se confirme la sentencia del Tribunal (fls. 296-301).

Luego de efectuar un recuento normativo del régimen especial de la ley 7ª de 1961, dijo que dentro de la liquidación de la pensión del actor se deben incluir todos los factores que devengó durante el último año de servicios, pues quienes se encuentran en el régimen de transición, como es el caso del

actor, no solamente se benefician de los requisitos de edad y tiempo de servicios sino de la forma y modo de determinar el monto de la pensión.

Para resolver, se

CONSIDERA

El problema jurídico se circunscribe a determinar si el señor JOSÉ FRANCISCO AZCUNTAR DERAZO tiene derecho a que se le reliquide su pensión vitalicia de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicios, conforme a lo dispuesto en el decreto 1372 de 1966, y que no le fueron incluidos en las resoluciones acusadas.

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, la Sala pone de presente las siguientes precisiones:

La Ley 7ª de 1961 consagró el régimen de pensiones de jubilación de radiooperadores, técnicos de radio y electricidad y oficiales de meteorología al servicio de la Empresa Colombiana de Aeródromos y dispuso en su artículo 1º:

“Los Radiooperadores del Servicio Móvil Aeronáutico Categoría “R” y del servicio Fijo, de acuerdo con las definiciones dadas en el Decreto 3418 de 1954 y su reglamentario 2427 de 1956; los Técnicos de Radio y Electricidad y los Oficiales de Meteorología que venían prestando sus servicios a Aerovías Nacionales de Colombia, S.A. (Avianca) y que fueron incorporados a la Empresa Colombiana de Aeródromos creada por el Decreto 3269 de 1954, para los efectos de la pensión de jubilación tendrán derecho a que se les compute el tiempo servido a dicha empresa privada como tiempo de servicio a la Nación”.

El artículo 2 ibídem estableció:

“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.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

El anterior precepto previó que se aplicaría a los trabajadores referidos en el artículo 1º, lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto 1237 de 1946; así mismo señaló que tendrían derecho a la pensión de jubilación al cumplir 20 años de servicios sin importar la edad.

Por su parte, el artículo 1º del Decreto 1372 de 1966 señaló:

“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.”

El artículo 36 de la **Ley 100 de 1993** preceptúa:

*“**Art. 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 más 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. (...)."

La incorporación de los servidores públicos al Sistema de Seguridad Social se hizo mediante Decreto 0691 de 1994, que en sus artículos 1, literal a), 2 y 5 establece:

"ARTÍCULO 1º. INCORPORACIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS. *Incorporase al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 a los siguientes servidores públicos:*

a). Los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, departamental, municipal o distrital, así como de sus entidades descentralizadas;
(...)"

"ARTÍCULO 2º. VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS. *El Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, comenzará a regir para los servidores públicos del orden nacional incorporados mediante el artículo 1 de este Decreto, el 1º. de abril de 1994.*

El Sistema General de Pensiones para los servidores públicos departamentales, municipales y distritales, y de sus entidades descentralizadas, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha en que así lo determine el respectivo al para determinados servidores públicos teniendo en cuenta entre otros factores, la capacidad económica del organismo o entidad territorial y las proyecciones actuariales."

"ARTÍCULO 5. Los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo para su salud, se entienden incorporados al Sistema General de Pensiones, pero les aplicarán las condiciones especiales que para cada caso se determinen. *(Subrayado y negrilla del Juzgado)*

La Ley 100 de 1993, en su artículo 140, dispuso que:

“Artículo 140. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. De conformidad con la Ley 4a. de 1992, el Gobierno Nacional expedirá el régimen de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, teniendo en cuenta una menor edad de jubilación o un número menor de semanas de cotización, o ambos requisitos. Se consideran para este efecto como actividades de alto riesgo para el trabajador aquellas que cumplen algunos sectores tales como el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Nacional Penitenciaria. Todo sin desconocer derechos adquiridos.

El Gobierno Nacional establecerá los puntos porcentuales adicionales de cotización a cargo del empleador, o del empleador y el trabajador, según cada actividad.

El Gobierno Nacional, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expidió el Decreto 1835 de 1994 para reglamentar las actividades de alto riesgo de los servidores públicos, norma que en el Capítulo I, artículos 1 y 2 preceptúa:

“ARTÍCULO 1. CAMPO DE APLICACIÓN. El Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios se aplica a los servidores públicos de todos los niveles, de conformidad con el Decreto 691 de 1994. Igualmente les son aplicables las normas consagradas en los Decretos 1281 de 1994 y 1295 de 1994.
(...).

PARÁGRAFO. El régimen de pensiones especial sólo le será aplicable a los servidores públicos a los que se refiere este decreto, siempre que permanezcan afiliados al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.

Cuando estos servidores se afilien voluntariamente al régimen de ahorro individual con solidaridad se regirán por las normas propias de este, salvo en lo que respecta al monto de las cotizaciones que se regirán por lo dispuesto en el presente decreto.

ARTÍCULO 2. En desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993, sólo se consideran actividades de alto riesgo las siguientes:

(...)

En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil

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 manual de reglamentos aeronáuticos, y demás normas que la modifiquen, adicionen o aclaren. (...)" (Negrillas y subrayas fuera de texto original).

El Capítulo IV del Decreto 1835 de 1994 estableció los requisitos para la obtención de la pensión de vejez de los servidores de la Aeronáutica Civil que desarrollen alguna de las actividades previstas en el artículo 2°, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 6o. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Los servidores públicos que laboren en las actividades previstas en el numeral 4 del artículo 2o. de este decreto, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando cumplan los siguientes requisitos:

1. a) 55 años de edad y,
- b) 1000 semanas de cotización, de las cuales por lo menos 500 semanas hayan sido cotizadas en las actividades señaladas en el numeral 4o. del artículo 2o. de este decreto.

La edad para el reconocimiento de la pensión especial de vejez se disminuirá un año por cada sesenta (60) de cotización, adicionales a las primeras 1000 semanas, sin que la edad pueda ser inferior a 50 años, o,

2. a) 45 años de edad, y
- b) 100 semanas cotizadas en forma continua o discontinua en las actividades señaladas en el numeral 4 de artículo 2o. de este decreto.”

Pero hay que destacar que el artículo 7 del decreto en mención, estableció un régimen de transición para los empleados que se desempeñaban en la Aeronáutica Civil con anterioridad a la fecha de expedición de la norma (**el 4 de agosto de 1994**). Su tenor literal es el siguiente:

“ARTÍCULO 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. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De acuerdo con la norma anterior, los servidores públicos de la Unidad Administrativa de la Aeronáutica Civil que a 31 de diciembre de 1993 se encontraban incorporados a la planta de personal del Sector Técnico Aeronáutico y los demás servidores descritos en el artículo 6 del Decreto 1835 de 1994, que tuvieron –todos ellos- 35 o más años de edad si son mujeres, o 40 o más años si son hombres, o 10 o más años de servicios prestados o cotizados, a la fecha en que entró en vigencia el Decreto 1835,

esto es **el 4 de agosto de 1994**, día en que se publicó en el Diario Oficial N° 41473, pueden pensionarse conforme al régimen anterior, que para el caso es el establecido en el **artículo 2 de la ley 7 de 1961**, es decir con 20 años de servicio y a cualquier edad.

El actor al momento de entrar en vigencia el Decreto citado acreditaba 13 años, 9 meses y 18 días y desempeñaba el cargo de Técnico Aeronáutico III 22-18, lo que implica que es beneficiario del régimen de transición que le permitía pensionarse con el régimen previsto en la Ley 7ª de 1961 y su Decreto Reglamentario 1372 de 1966.

Como prueba de lo anterior, obra a folio 13 del expediente certificado de haberes en el que consta que el señor José Francisco Azcuntar Derazo prestó sus servicios a la Aeronáutica Civil desde el 15 de octubre de 1980 hasta el 1 de noviembre de 2003, y el último cargo desempeñado fue el de Técnico Aeronáutico IV.

Así las cosas, como bien lo expuso el a quo, el actor es beneficiario del régimen de transición contemplado para los empleados que desempeñan actividades de alto riesgo, razón por la cual el régimen pensional aplicable es el que regía con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia del decreto 1835 de 1994, porque como ya se anotó, se trata de un servidor público que a 31 de Diciembre de 1993 se encontraba incorporado a la planta de personal del Sector Técnico Aeronáutico y para la entrada en vigencia del Decreto 1835 de 1994 contaba con más de diez años de servicios a la entidad, razón por la cual se le deben respetar los derechos establecidos en las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993, para el presente caso los establecidos en la Ley 7 de 1961 y en el Decreto Reglamentario 1372 de 1966, que le permiten pensionarse con 20 años de servicio, a cualquier edad.

Respecto de la liquidación de la pensión, se encuentra que al tenor del artículo 6º del Decreto 1372 de 1966, el monto de la pensión de vejez del actor como beneficiario del régimen pensional especial que prevé dicha norma, equivale al 75% del promedio mensual de *“las asignaciones que hubiere devengado durante el último año de servicio”*.

Ante la claridad de la norma, esta Sala en oportunidad anterior¹ ha acudido a las previsiones de la Ley 5ª de 1969, la cual en su artículo 2º dispone que se entiende por asignación, **el promedio de todo lo devengado por un trabajador en servicio activo a título de salario o retribución de servicios**, tales como horas extras, primas kilométricas, dominicales, feriados, bonificaciones, etc., en la respectiva actividad, labor, profesión u oficio.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante la sentencia objeto del recurso de apelación, (fls. 236-249) declaró la nulidad de las Resoluciones acusadas y a título de restablecimiento del derecho ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social efectuar una nueva liquidación de la pensión de jubilación del actor, sobre el 75% del promedio mensual de las asignaciones devengadas en el período comprendido entre el 1 de noviembre de 2002 y 1 de noviembre de 2003, teniendo en cuenta los siguientes factores: asignación básica, bonificación semestral, bonificación por servicios, diferencia de horario, dominicales y festivos, horas extras, incentivo por antigüedad, prima de productividad, prima de navidad y prima de vacaciones. Excluyó de la liquidación la bonificación por recreación, en razón a que no constituye salario ni prestación.

En ese orden, comparte la Sala la tesis del a quo en razón a que se fundamentó en el artículo 6 del Decreto 1372 de 1966, pues como ya se vio,

¹ Sentencia de 1 de marzo de 2007, exp. 4902-05 C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

es la disposición aplicable en materia prestacional para aquellos servidores que desempeñaron actividades de alto riesgo como el actor que ocupó el cargo de técnico aeronáutico, lo que impone confirmar la sentencia proferida por el Tribunal.

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

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia del veintisiete (27) de agosto de dos mil trece (2013) proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dentro del proceso promovido por José Francisco Azcuntar Derazo contra la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

COPIESE NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

SANDRA LISSET IBARRA VELEZ (E)



LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO