

PENSION DE JUBILACION – Régimen de transición / PENSION DE JUBILACION POR APORTE – Regulación legal / SALARIO BASE – Liquidación pensión de jubilación por aportes / PENSION POR APORTES – Reconocimiento / LEY 71 DE 1988 – Aplicación

Así pues, conforme la Ley 71 de 1988 y su decreto reglamentario, se concibió el beneficio pensional como un respaldo para que las personas que hubieran efectuado cotizaciones durante el tiempo laborado como empleados públicos y privados, pudieran obtener la pensión de jubilación sumando tiempos del uno y otro, ya que las normas que se habían expedido con antelación regulaban en forma separada el régimen pensional de cada uno de estos sectores. En este orden de ideas, el marco normativo que regula la situación del actor es la Ley 71 de 1988 y no la Ley 33 de 1985. Como para el 2005 y 2006, en que el actor elevó petición a CAJANAL e interpuso recurso de reposición, no contaba con 60 años de edad, no era legalmente factible que la accionada le hubiera reconocido esta prestación ni siquiera bajo el régimen de la Ley 71 de 1988, por lo tanto -como lo dijo el Tribunal en su decisión-, los actos cuestionados que negaron el reconocimiento pensional en su momento se hallaban ajustados a derecho. Pero como en el transcurso de la primera instancia el Sr. José Oswaldo González González cumplió 60 años de edad, a los que llegó el 15 de enero de 2009, es acertada la posición del Tribunal que, dados los hechos y la prueba existente, haya ordenado a la demandada el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes conforme la Ley 71 de 1988, a partir del 16 de enero de 2009, así el accionante hubiera invocado en la demanda su reconocimiento al amparo de la Ley 33 de 1985 y, ello podía hacerlo, “en atención a los principios constitucionales de favorabilidad en materia laboral; prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades; y de lo dispuesto en el artículo 170 del C.C.A., el cual permite al fallador contencioso, para restablecer el derecho particular, estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar éstas.

FUENTE FORMAL: LEY 71 DE 1988

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015)

Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00612-01(2302-13)

Actor: JOSÉ OSWALDO GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

Demandada: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL - EICE EN LIQUIDACIÓN.

APELACIÓN SENTENCIA

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala recurso de apelación interpuesto por la accionada contra la sentencia de 13 de diciembre de 2012, proferida por la Sección Segunda, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

Por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 85 del C.C.A., el actor demand

la nulidad de la Resolución No. 12716 del 17 de marzo de 2006, a través de la cual CAJANAL le negó el reconocimiento y pago de pensión de jubilación, y de la Resolución No. 05467 del 30 de junio de 2006, por la cual se resolvió recurso de reposición confirmando la decisión inicial.

Como consecuencia de la anterior decisión, a título de restablecimiento del derecho solicita condenar a la entidad demandada a: **i)** Reconocerle y liquidarle pensión de jubilación conforme lo previsto en la Ley 33 de 1985, con el 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicio prestado al Estado, comprendido entre noviembre de 1990 y noviembre de 1991; **ii)** pagarle intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; **iii)** cancelarle perjuicios morales en cuantía de 200 SMLMV vigentes a la presentación de la demanda; **iv)** indexar el valor de la condena conforme el artículo 178 del C.C.A., y dar cumplimiento al fallo en las condiciones de los artículos 176 y 177 ibídem; **v)** pago de costas del proceso y agencias en derecho.

Supuestos fácticos de lo pretendido

Expuso que una vez cumplió más de 20 años de servicio, o mil semanas cotizadas, y 55 años de edad, en el año 2005 solicitó a la demandada el reconocimiento y pago de su prestación pensional.

Señaló que mediante la Resolución No. 12716 del 17 de marzo de 2006 la entidad accionada le negó el reconocimiento y pago de dicho derecho, aduciendo que no se trataba de una pensión conforme la Ley 33 de 1985, sino por aportes en los términos de la Ley 71 de 1988, que exige 20 años de servicios u aportes y 60 años de edad, con los que no contaba al momento de hacer reclamo.

Narró que contra la anterior decisión interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante la Resolución No. 05467 del 30 de junio de 2006 confirmándola.

Dijo que para el 1º de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad, además había cotizado más de 15 años de servicio, es beneficiario del régimen de transición conforme el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo tanto el régimen aplicable para su pensión de jubilación era la Ley 33 de 1985.

Que aportó como servidor público a la accionada entre el 7 de octubre de 1971 y el 30 de noviembre de 1991, 20 años 53 días, es decir, 7335 días, de los cuales se deducen 153 no laborados, como se deriva de Certificación de Ministerio de Hacienda; y para sortear dicho vacío, con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, entre julio y diciembre de 2004 aportó para pensiones al Seguro Social completando 1050 semanas cotizadas.

Motivo por el cual, afirmó, la accionada carece de fundamento legal en la negación de su pensión de jubilación, pues su régimen pensional no es el previsto en el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, sino el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

Normas violadas y concepto de violación

En particular menciona: Los artículos 1º, 2º, 13, 29, 46, 53 y 58 de la Carta Política; la Ley 33 de

1985, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y el artículo 1º del Decreto 2143 de 1995.

Argumentó que fue servidor público por 20 años, de los cuales se descuentan 153 días no laborados, tiempo durante el cual cotizó a la entidad demandada; con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, de manera independiente entre julio y diciembre de 2004, cotizó para pensión al Seguro Social, completando las 1000 semanas de cotización para optar a su pensión de jubilación que debe serle liquidada conforme la Ley 33 de 1985, equivalente al 75% sobre el promedio de lo devengado durante el último año de servicio, sin exclusión de ningún tipo de ingreso, incluida la bonificación definitiva por retiro que recibió en el mes de noviembre de 1992 dentro del monto total devengado entre noviembre de 1990 y noviembre de 1991, por cuanto su retiro del servicio oficial ocurrió el 1º de diciembre de 1991.

Contestación de la demanda.

CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones

Adujo que no tiene aplicación la Ley 33 de 1985 por cuanto el actor no cumplió 20 años de servicio en el sector público como exige el artículo 1º de esta norma, pues laboró en el Ministerio de Hacienda Pública del 7 de octubre de 1971 al 30 de noviembre de 1991, de los que se deducen 153 días, para un total de 7.101 días laborados, que equivalen a 19 años 7 meses 25 días, de ahí que no era procedente acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación bajo el régimen de la aludida ley.

Que el accionante aportó tiempos para otra entidad de Previsión Social, para el Instituto de Seguro Social 150 días, por lo tanto se constituye en una pensión por aportes en las condiciones que lo establece la Ley 71 de 1988, reglamentada por el Decreto 2709 de 1994, que exige una edad de 60 años si se es varón y 55 si es mujer, pero como para el 18 de febrero de 2005 que el Sr. González hizo solicitud de reconocimiento de su prestación pensional no contaba con 60 años de edad, tampoco era factible concederla bajo esta norma. Además señaló, que como los últimos aportes los hizo al Instituto de Seguro Social, es a esta entidad a quien corresponde hacer dicho reconocimiento pensional.

Propuso las excepciones de i) falta de legítimo contradictor, ii) inepta demanda por falta de requisitos formales; iii) inexistencia de la obligación o cobro de no debido, iv) prescripción de mesadas y v) la genérica.

LA SENTENCIA APELAD

La Sección Segunda, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dictó sentencia el 13 de diciembre de 2012, declaró no probadas las excepciones propuesta

, ordenó a la entidad demandada reconocer pensión de jubilación por aporte y negó la condena en costas.

Estimó el a quo que si bien el demandante se encuentra amparado por el régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, porque para el 1º de abril de 1994 contaba con más de 40 años y más de 15 de servicio, no tiene derecho a pensionarse con el régimen de la Ley 33 de 1985 como lo pretende, porque dicha norma exige 20 años de servicios continuos o

discontinuos en el sector público, y el Sr. González entre el 7 de octubre de 1971 y el 30 de noviembre de 1991, descontados 153 días, alcanzó a laborar con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público 7.101 días, equivalentes a 19 años 8 meses 7 días. Que posteriormente se vinculó como trabajador independiente y cotizó de julio a diciembre de 2004 al Instituto de Seguros Sociales, para un total de 150 días cotizados a este Instituto.

Que a pesar de invocar el accionante para el reconocimiento de su pensión la Ley 33 de 1985, cumple con los requisitos para dicha prestación bajo el régimen de aportes de que trata la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 2709 de 1994, pues llegó a cotizar un total de 7251 días, de los cuales 7.101 fueron a Cajanal y 150 al Instituto de Seguro Social, y a la fecha de la sentencia cuenta con 60 años de edad, que cumplió durante el trámite de la primera instancia, le asiste el derecho para el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes, acotando que tal entendimiento dio el Consejo de Estado en un asunto similar en sentencia del 19 de noviembre de 2009.

Precisó que no declara la nulidad de los actos acusados porque para cuando fueron expedidos la parte activa no cumplía con los requisitos para acceder a la prestación solicitada, ni bajo el esquema de la Ley 33 de 1985 ni de la Ley 71 de 1988, por lo tanto se hallaban ajustados a la legalidad en ese momento.

En razón a lo cual el Tribunal resolvió en su decisión inicial y la aclaración a la misma, ordenar a la accionada reconocer de manera indexada la pensión de jubilación por aportes “con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios (salario base de liquidación), sin que sea inferior al salario mínimo ni superior a 15 veces el valor de éste, teniendo en cuenta los factores salariales devengados por el actor en el último año de prestación de servicios, a partir del cumplimiento de los requisitos legales de edad y tiempo de servicios, es decir, del 16 de enero de 2009, salvo que se hubiere vinculado nuevamente al servicio, en cuyo caso tal prestación se reconocerá a partir del retiro definitivo.

El salario base de liquidación deberá estar constituido por aquellos factores que comporten salario sobre los cuales se realizaron aportes o debiéndose efectuar no se hicieron por incuria del empleador, caso en el cual la entidad de previsión social podrá hacer los respectivos descuentos y liquidará la pensión de acuerdo con la ley.”.

LA APELACIÓN

CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN interpuso y sustentó recurso de apelación, para que se revoque la decisión del Tribunal y se absuelva a la entidad.

Como razón central de inconformidad el apoderado de la parte pasiva manifestó que “**desde que se negó la reliquidación de la pensión, ésta fue calculada con lo que taxativamente estipula el Decreto 1158 de 1994 como factores salariales**”, y a renglón seguido dijo que “teniendo en cuenta lo anterior, la liquidación realizada por la entidad es correcta pues taxativamente se encuentra en la ley cuáles son los factores que se deben tener en cuenta para liquidar la pensión”

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante presentó alegatos, aduciendo en esencia lo señalado en su demanda

La entidad demandada allegó escrito de alegatos diciendo lo que dijo desde la contestación expuso

El Ministerio Público rindió concepto solicitando confirmar la sentencia apelada

No existiendo causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

CUESTIÓN JURÍDICA A RESOLVER.

Corresponde a la Sala analizar la legalidad de los actos demandados, para lo cual debe establecerse si el actor tiene derecho a que se le reconozca y liquide pensión de jubilación conforme la Ley 33 de 1985.

La entidad accionada estima que no procede bajo el marco de la Ley 33 de 1985, sino del régimen de pensión por aportes en los términos de la Ley 71 de 1988 y sus decretos reglamentarios, los que tampoco cumplía para el momento que solicitó su reconocimiento, pues no contaba con 60 años de edad.

Como la Sala comparte las apreciaciones del Tribunal para declarar no probadas las excepciones propuestas y la parte demandada no expuso objeción a ello, no se hará pronunciamiento sobre las mismas.

1. Los actos cuestionados

Resolución No. 12716 del 17 de marzo de 2006, por medio de la cual la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL negó el reconocimiento y pago de pensión de jubilación al accionante.

Resolución No. 05467 del 30 de junio de 2006, por la cual se resolvió recurso de reposición confirmando la decisión inicial de negar el reconocimiento pensional.

2. Aspectos probados

- El Sr. José Oswaldo González González nació el 15 de enero de 1949. Así se desprende de su registro civil de nacimiento (fl.110).

- Conforme constancia expedida el 8 de febrero de 2007, el Coordinador del Grupo de Gestión Documental de la Subdirección de Servicios de la Dirección Administrativa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, certificó que el demandante prestó sus servicios en ese Ministerio entre el 7 de octubre de 1971 y el 30 de noviembre de 1991, con una interrupción laboral de 153 días, y que la última entidad a la cual cotizó fue a Cajanal (fl.13).

- De la Resolución No. 12716 del 17 de marzo de 2006, por medio de la cual la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL negó el reconocimiento y pago de pensión de jubilación, se extrae que: i) el demandante radicó solicitud el 18 de febrero de 2005; ii) nació el 15 de enero de 1949 lo que indica que para el 2006 contaba con 57 años; iii) había prestado servicios como empleado público en el Ministerio de Hacienda del 7 de octubre de 1971 al 30 de noviembre de 1991, menos 153 días no laborados, lo que arrojaba un total de 7.101 días, que no alcanzaban los 20 años de servicio continuos o discontinuos en el sector oficial, es decir, 7.200 días, como lo exige el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, por lo tanto no era viable acceder a lo pretendido (fls.120-122).

- A fls.123-126, se ve recurso de reposición que interpuso el demandante contra la anterior

decisión, en el cual expone que cotizó para el Instituto de Seguro Social 150 días entre julio y diciembre de 2004, sumado los 7.101 días cotizados durante el tiempo que estuvo en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, arroja un total de un total de 7.251 días cotizados, por lo tanto contaba con el tiempo exigido para que se le reconozca su pensión de jubilación conforme la Ley 33 de 1985.

- A través de la Resolución No. 05467 del 30 de junio de 2006 la accionada resolvió recurso de reposición confirmando la negativa inicial, y como argumentos para ello le señaló que como cotizó como trabajador independiente para el Instituto de Seguro Social 150 días en el año 2004, la entidad de previsión a quien corresponde reconocerle y pagarle su prestación pensional es a dicho instituto.

- De información de la Gerencia de Recaudo y Cartera del Instituto de Seguro Social de fecha 30 de marzo de 2006, se obtiene que el actor cotizó para pensión allí entre el 1º de julio y el 30 de diciembre de 2004 (fl.127). Y conforme certificación de la Coordinación de Nómina del mismo Instituto, el demandante no figura percibiendo pensión alguna (fl.113).

Con base en los precedentes hechos probados procede esta Colegiatura a dilucidar la cuestión jurídica planteada, para lo cual hará una sucinta alusión al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el régimen pensional aplicable en el caso bajo examen y la decisión del mismo.

3. Régimen de transición. Ley 100 de 1993.

En términos generales se puede afirmar que un régimen de transición consiste en el cumplimiento de condicionamientos que se establecen en una nueva ley, que modifica situaciones pre existentes, con el fin de proteger derechos adquiridos o en vía de adquisición, que de no haber sido promulgada la nueva ley, se verían beneficiados por la normatividad anterior, que resulta más favorable.

El legislador buscó con el régimen de transición establecer un mecanismo de protección en materia pensional, para que el cambio de legislación no afectara la expectativa de las personas de obtener el reconocimiento de una pensión de jubilación bajo una normatividad anterior. En uno de sus tantos pronunciamientos sobre el tema, dijo la Corte Constitucional

“La creación de un régimen de transición constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionares, en el momento del tránsito legislativo.”

En desarrollo del modelo de seguridad social establecido en la Carta Política de 1991, fue expedida la Ley 100 de 1993, que crea el denominado “Sistema de Seguridad Social Integral”, que en materia de pensiones dispuso un régimen de transición en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 199

, conforme el cual las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema en materia pensional, 1º de abril de 199, tuvieran 35 o más años de edad si son mujeres, 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior en cuanto a requisitos de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y monto de la pensión.

Como está probado que para 1º de abril de 1994 el demandante contaba con más de 40 años de edad, porque nació el 15 de enero de 1949, no hay duda que se hallaba dentro de las previsiones del régimen de transición dispuesto en la Ley 100 de 1993, por ende, corresponde establecer cuál era el marco jurídico anterior que regulaba su situación pensional para efectos de establecer los requisitos de edad y tiempo de servicio que debía acreditar como supuestos para acceder a la pensión de jubilación reclamada.

4. Régimen pensional aplicable al caso bajo examen

Con el propósito de determinar el régimen pensional que rige la situación particular del accionante, es necesario precisar el carácter público o privado, o ambos, de la vinculación laboral que tuvo durante el tiempo de servicio que le sirve de sustento para solicitar su pensión de jubilación, pues, la naturaleza de dicho vínculo es primordial al instante de establecer las disposiciones aplicables.

Está confirmado que el actor efectuó cotizaciones a CAJANAL en razón a que fue empleado oficial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público del 7 de octubre de 1971 al 30 de noviembre de 1991, y descontados 153 días no laborados suman 7.101 días, que equivalen a 19 años 8 meses 21 días; y al INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, como trabajador independiente cotizó 150 días, comprendidos entre el 1º de julio y el 30 de diciembre de 2004.

Se colige de lo anterior que el Sr. González hizo aportes para pensión con ocasión de vinculación de carácter público y de carácter privado como trabajador independiente.

Si bien uno de los regímenes de la pensión ordinaria de jubilación anterior a la Ley 100 de 1993 es la Ley 33 de 1985, no lo es menos que el artículo 1º de ésta exige como presupuesto para obtener dicha prestación que, además de 55 años de edad, se haya prestado servicio como empleado oficial 20 años continuos o discontinuos, es decir, que se hayan prestado los 20 años de servicio en el sector público y, en el caso que nos ocupa -como se dijo-, el actor los completó cotizando como trabajador independiente al I.S.S.

En este contexto, es posible también para quienes no tienen los requisitos del Seguro Social, ni los requisitos de la pensión oficial anteriores a la Ley 100, pero son sujetos del régimen de transición, obtener la pensión de jubilación con la suma del tiempo cotizado al Seguro Social y el tiempo como cotizado servidor público a cajas de previsión. De esta manera, la pensión de jubilación por aportes, creada en la Ley 71 de 1988, pasa a constituir una modalidad de pensión aplicable en virtud del régimen de transición pensional.

Dicho lo anterior, debe decirse que con anterioridad a la Ley 100 de 1993 el régimen que consagraba la opción de reconocimiento pensional por acumulación de tiempos tanto en el sector público como en el privado es la Ley 71 de 1988, que dispone el reconocimiento de pensión de jubilación por aportes así:

“Artículo 7. A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas.

~~Parágrafo. Para el reconocimiento de la pensión de que trata este artículo, a las personas que a la fecha de vigencia de la presente ley, tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarán aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes."~~

Con relación al régimen de jubilación contenido en la Ley 71 de 1988, la Corte Constitucional en sentencia C-623 de 199

, al declarar exequible la expresión "**siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) o más si es mujer**" contenida en el artículo 7º, entre **otras cosas dijo:**

"El artículo 7o. de la Ley 71 de 1988 consagra la denominada pensión de jubilación por acumulación de aportes, es decir, aquella que se obtiene sumando los tiempos de cotización en el sector público y privado. Así pues, a partir de esta normatividad, los empleados oficiales y públicos y los trabajadores particulares que acrediten, 55 años si es mujer y 60 años si es varón, y 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo en una o varias entidades de previsión social o de las que hagan sus veces, con los efectuados ante el I.S.S., tendrán derecho a acceder a la prestación jubilatoria mediante la acumulación de aportes y cotizaciones derivados de la relación contractual particular u oficial y la legal y reglamentaria.

En relación con esta modalidad pensional, ya la Corte en sentencia No. C-012 de 1994 señaló que "la filosofía de la acumulación de los aportes prevista en el artículo 7o. es la de que la parte de ingresos del empleado oficial o trabajador que se destina a la formación de los fondos de pensiones en las entidades de previsión social, permitan a éstas cumplir con el pago de la pensión de jubilación".

Ahora bien, la creación de esta modalidad pensional no modifica ni altera la aplicación de los regímenes ordinarios establecidos con anterioridad para regular esta prestación jubilatoria, es decir, que la legislación preexistente al momento de la expedición de la ley 71 de 1988, sigue vigente (para el empleado oficial, la ley 33 de 1985, entre otras, y para los demás trabajadores, el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo). En efecto, según el artículo 11 de la misma ley 71, "esta ley y las leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 4a. de 1976, 44 de 1980, 33 de 1985, 113 de 1985 y sus decretos reglamentarios, contienen los derechos mínimos en materia de pensiones y sustituciones pensionales y se aplicarán en favor de los afiliados de cualquier naturaleza de las entidades de previsión social, del sector público en todos sus niveles y de las normas aplicables a las entidades de previsión social del sector privado, lo mismo que a las personas naturales y jurídicas que reconozcan y paguen pensiones de jubilación, vejez e invalidez".

De otra parte, y como lo ha expresado la Corte en sentencia No. C-012 de 1994 (MP. Dr. Antonio Barrera Carbonell), "es evidente, que a través del inciso 1º del artículo 7º de la ley 71 de 1988 se consagró para "los empleados oficiales y trabajadores" el derecho a la pensión de jubilación con 60 años o más de edad, si es varón, y 55 años o más de edad, si es mujer, cuando se acrediten aportes durante 20 años a diferentes entidades de previsión social y al ISS. Pero con anterioridad, los regímenes jurídicos sobre pensiones no permitían obtener el derecho a la pensión de jubilación en las **condiciones descritas en la norma; es decir, no era posible**

acumular el tiempo servido en entidades oficiales, afiliadas a instituciones de previsión social oficiales y a las cuales se habían hecho aportes, con el tiempo servido a patronos particulares, afiliados al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, y al cual, igualmente se había aportado, aun cuando si era procedente obtener el derecho a la pensión acumulando el tiempo servido a diferentes entidades oficiales, cuando se hubieren hecho aportes a diferentes entidades de previsión social oficial o al ISS". (Sombreado no está en el texto original).

Es más, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 9 de marzo de 200

, en respuesta a la consulta presentada por el Ministro de la Protección Social, en la que se preguntaba “1. Cuál es el régimen de transición aplicable a las personas que a 1º de abril de 1994 cumplían con alguno de los requisitos prescritos en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y se encontraban vinculadas a una entidad de derecho público, como trabajadores oficiales o como empleados públicos cuando para acreditar el tiempo de servicios o de cotizaciones, acumulan tiempos laborados para empleadores públicos y tiempos aportados al Instituto de Seguros Sociales. 2. Pueden sumarse para efecto de establecer el cumplimiento del requisito 'tiempo de servicios' en el régimen pensional de la Ley 33 de 1985, los tiempos de aportes al ISS?”, **concluyó:**

“Para la Sala, si se hiciera abstracción de la ley 100 de 1993, la situación de la persona que se encuentra en la hipótesis planteada estaría regulada por la ley 71 de 1988, artículo 7º, que permite acreditar 'aportes sufragados en cualquier tiempo' en una o varias entidades de previsión social públicas de cualquier orden, y en el ISS, para completar el tiempo de 20 años, que junto con la edad, de 60 años para los hombres y 55 años para las mujeres, son los requisitos establecidos por la misma ley 71 para acceder al derecho pensional.

Como el requisito del tiempo en la ley 33 de 1985 sólo puede acreditarse en el sector público así como el número de semanas de cotización es exclusivo del régimen administrado por el ISS, una persona que pueda acreditar uno u otro sin necesidad de acumularlos, puede entonces acceder a la pensión, bajo el régimen de la ley 33 de 1985 o del ISS, según el caso; pero en la hipótesis consultada, esto es que requiera acumular aportes, se le negaría la posibilidad de pensionarse si se desconoce la ley 71 de 1988 como el régimen pensional aplicable por necesitar la suma de su vinculación pública y privada.

Con la vigencia de la ley 100 de 1993, la ley 71 de 1988 se torna en el 'régimen anterior' aplicable a la persona de la hipótesis de la consulta, pues precisamente la finalidad del régimen de transición es preservar, bajo el principio de favorabilidad, las condiciones de edad, tiempo y monto de la pensión, bajo las cuales esa persona hubiera adquirido el derecho a la pensión; de lo contrario, esa persona quedaría sujeta al régimen general de la ley 100, o sólo al régimen público o sólo al régimen del ISS, y ello implicaría que o no se podría pensionar o que, tratándose del ISS, el derecho a la pensión se reduciría al pago de una indemnización compensatoria, eventos que carecen de soporte constitucional y legal precisamente en virtud del régimen de la ley 71 de 1988.

Desconocer que la ley 71 de 1988 contiene uno de los regímenes pensionales 'anteriores' a la ley 100, y en particular el que resuelve la hipótesis descrita en la consulta, sería absurdo, como lo indica la misma solicitud de concepto del Sr. Ministro, y también sería violatorio de los principios constitucionales que rigen las condiciones del trabajo en especial los referentes a la

igualdad, la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales y la favorabilidad en caso de duda en la aplicación e interpretación de las normas que regulan el tema laboral, los cuales adquieren mayor relevancia para los destinatarios del régimen de transición de la ley 100 de 1993, pues el pilar de esa transición es precisamente la conservación del régimen pensional derivado de su vida laboral.”.(Subrayas ajenas al **texto citado**).

Las especificidades en referencia a la “pensión de jubilación por aportes” se hallan primordialmente en el Decreto 2709 de diciembre 13 de 1994, que reglamentó el artículo 7º de la aludida Ley 71 de **1988**.

El artículo 1º de este decreto señaló:

“La pensión a que se refiere el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.

Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público.”.

Dispuso en su artículo 3º que la pensión de jubilación por aportes es incompatible con las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y retiro por vejez y, en caso de concurrencia, se podrá optar por la más favorable. Y en el caso bajo estudio el actor no cuenta con ninguna de las anteriores.

El artículo 5º del mencionado decreto, respecto del tiempo de servicios no computables, señala: **“No se computará como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes, el laborado en empresas privadas no afiliadas al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege.”**

El artículo 5º del Decreto 2709 de 1994 fue anulado por la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante sentencia del 28 de febrero de 201

, al estimar que el Presidente de la República había excedido la potestad reglamentaria, toda vez que los tiempos computables relacionados con el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes, tiene reserva de ley, es decir, es privativo del legislador; y como el artículo 7º de la Ley 71 de 1988 no contempló restricción alguna frente al cómputo del tiempo de servicio para efectos de acreditar los 20 años de servicio exigidos, los periodos laborados en empresas privadas no afiliadas al I.S.S., y los laborados en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aportaron al sistema de seguridad social, deberán ser tenidos en consideración para el reconocimiento pensional

Salario base para liquidar pensión de jubilación por aportes.

Por su parte, el artículo 6º ibídem, establece el salario base para la liquidación de la pensión por aportes, en los siguientes términos:

“El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley.

Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá **certificar lo pagado por los citados conceptos durante el período correspondiente.” (Resaltado ajeno al artículo).**

Vale anotar aquí que el artículo 6° fue expresamente derogado por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997

y, a su vez, el artículo 24 fue declarado ajustado a la legalidad mediante sentencia del 22 de septiembre de 2010 de la Sección Segunda de esta Corporación, al estimar que no había existido exceso de la facultad reglamentaria por parte del Presidente de la República, ni violación del principio de unidad de materia, como lo alegaba el demandante en esa ocasión.

Con lo cual no se contaba con un parámetro para establecer el salario base de liquidación en esta clase de pensiones. Ante este vacío normativo generado por la derogatoria del artículo 6° del Decreto 2709 de 1994, la Sección Segunda había acuñado tesis conforme la cual “la regla jurídica para determinar el ingreso base de liquidación (IBL) de las personas beneficiarias del régimen de transición y que tengan derecho a la pensión de jubilación por aportes es la establecida en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993”, tal y como lo hizo en sentencia del 9 de junio de 2011

.

Sin embargo, en reciente fallo de fecha 15 de mayo de 2014, la Sección Segunda del Consejo de Estado

, **resolvió** declarar la nulidad parcial del artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, proferido por el Presidente de la República, “**solamente en la parte que derogó el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994.**”, pero por motivos diversos a los que había analizado la Sección Segunda en la sentencia del 22 de septiembre de 2010.

Como no existió modulación de los efectos de la sentencia del 15 de mayo de 2014, significa que aplica la regla general conforme la cual los efectos de los fallos de nulidad de los actos administrativos son hacia el pasado, ex tunc, por ende se hace de cuenta que producen efectos desde el momento en que se profirió el acto anulado, en este caso desde el 30 de mayo de 1997 en que se dictó el Decreto 1474, que en su artículo 24 había decretado la derogatoria del artículo 6° del Decreto 2709 de 1994, de ahí que se hace de cuenta que este último nunca salió del mundo jurídico.

Por su parte, el artículo 8° del Decreto 2709 de 1994, en lo atinente al monto de la pensión de jubilación por aportes dispone:

El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75% del salario base de liquidación. El valor de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley.

Así pues, conforme la Ley 71 de 1988 y su decreto reglamentario, se concibió el beneficio pensional como un respaldo para que las personas que hubieran efectuado cotizaciones durante el tiempo laborado como empleados públicos y privados, pudieran obtener la pensión de jubilación sumando tiempos del uno y otro, ya que las normas que se habían expedido con antelación regulaban en forma separada el régimen pensional de cada uno de estos sectores.

En este orden de ideas, el marco normativo que regula la situación del actor es la Ley 71 de 1988 y no la Ley 33 de 1985.

Como para el 2005 y 2006, en que el actor elevó petición a CAJANAL e interpuso recurso de reposición, no contaba con 60 años de edad, no era legalmente factible que la accionada le hubiera reconocido esta prestación ni siquiera bajo el régimen de la Ley 71 de 1988, por lo tanto -como lo dijo el Tribunal en su decisión-, los actos cuestionados que negaron el reconocimiento pensional en su momento se hallaban ajustados a derecho.

Pero como en el transcurso de la primera instancia el Sr. José Oswaldo González González cumplió 60 años de edad, a los que llegó el 15 de enero de 2009, es acertada la posición del Tribunal que, dados los hechos y la prueba existente, haya ordenado a la demandada el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes conforme la Ley 71 de 1988, a partir del 16 de enero de 2009, así el accionante hubiera invocado en la demanda su reconocimiento al amparo de la Ley 33 de 1985 y, ello podía hacerlo, “en atención a los principios constitucionales de favorabilidad en materia laboral; prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades; y de lo dispuesto en el artículo 170 del C.C.A, el cual permite al fallador contencioso, para restablecer el derecho particular, estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar éstas.

.

Finalmente, no queda duda que de la obligación pensional debe hacerse cargo la entidad accionada y no el Instituto de Seguro Social; pues, como lo dejó dicho el a quo al resolver las excepciones de falta de legítimo contradictor y de inexistencia de la obligación, si bien conforme el artículo 1

del Decreto 2709 de 1994 la pensión de jubilación por aportes la debe asumir la última entidad de previsión a la que se efectuaron los mismos, no lo es menos que será así siempre y cuando el tiempo de aportación haya sido como mínimo 6 años, en caso contrario será reconocida y pagada por la entidad de previsión a la cual se haya efectuado el mayor tiempo de aportes, y está probado que el demandante sólo cotizó al Seguro Social como trabajador independiente en el año 2004, entre tanto a CAJANAL lo hizo como empleado público del 7 de octubre de 1971 al 30 de noviembre de 1991, descontados 153 días no laborados.

5. Decisión

5.1. Corolario de los aspectos probados y de las precedentes consideraciones en torno al marco normativo aplicable, queda establecido que la prestación pensional del accionante, como beneficiario del régimen de transición dispuesto en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe serle reconocida y pagada por la institución demandada, no dentro del marco de la Ley 33 de 1985 sino de los parámetros del régimen de pensión de jubilación por aportes dispuesta en la Ley 71 de 1988.

Queda despejado igualmente que para cuando el demandante hizo solicitud de reconocimiento pensional en 2005, no cumplía con el presupuesto de edad para que le fuera concedida ni siquiera bajo el régimen de pensión de jubilación por aportes, pues no contaba con 60 años de edad, de suerte que -como quedó dicho por el Tribunal y lo reiteró la Sala en anteriores renglones- la negativa de la accionada contenida en los actos administrativos cuestionados se ajustaron a la juridicidad, motivo por el cual el a quo no declaró su nulidad.

Pero como adquirió el status jurídico bajo el régimen de la Ley 71 de 1988 el 15 de enero de 2009, que cumplió 60 años de edad estando en curso la primera instancia, su pensión es efectiva a partir del 16 de enero de 2009, salvo que se hubiere vinculado nuevamente al servicio, en cuyo caso tal prestación se reconocerá a partir del retiro definitivo, como certeramente lo resolvió el Tribunal.

5.2. Ahora, conforme lo dispone el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el beneficiario del régimen de transición se pensiona bajo las reglas referentes a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión establecidos en la norma anterior que le resulte aplicable, entendiendo por monto no sólo el porcentaje de la prestación pensional, sino lo atinente al ingreso base para realizar su liquidación; de ahí que no sea jurídicamente factible acoger lo favorable de las diferentes disposiciones anteriores a la citada Ley 100 de 1993 para establecer el ingreso base de liquidación, porque por esa vía se desconoce el principio de inescindibilidad de la norma.

Lo anterior significa que quien se pensiona con las reglas del régimen de transición debe hacerlo en su integridad bajo el régimen pensional en el que cumpla los requisitos de las correspondientes normas, que en este caso es la Ley 71 de 1988, por ende no pueden acogerse las previsiones de esta norma para algunos aspectos y, para establecer la forma de liquidarla, acudir lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, pues, como se dejó explicado, esta ley no aplica al actor precisamente porque no acreditó 20 años de servicio continuos o discontinuos en el sector público.

Por ello no comparte la Sala la consideración del Ministerio Público en su concepto, que aduciendo la derogatoria del artículo 6° del Decreto 2709 de 1994 y amparado en una errónea lectura del artículo 11 de la Ley 71 de 1988

, estimó que se debe acudir a la Ley 33 de 1985 para liquidar la pensión del demandante, y que como los factores relacionados en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 del mismo año, lo están por vía enunciativa y no taxativa según la sentencia de unificación de la Sección Segunda del 4 de agosto de 2010, que cita en su escrito.

Y es una lectura errónea del artículo 11 de la Ley 71 de 1988 la que hace la Agencia Fiscal, porque este artículo no está diciendo que ante un eventual vacío en ella se deba acudir a la Ley 33 de 1985, sino que, como lo dijo la misma Corte Constitucional en la Sentencia C-623 de 1998, citada en precedentes apartes de este proveído, su entendimiento es que **“la creación de esta modalidad pensional no modifica ni altera la aplicación de los regímenes ordinarios establecidos con anterioridad para regular esta prestación jubilatoria, es decir, la legislación preexistente al momento de la expedición de la ley 71 de 1988.”, nada más.**

Aquí debe reiterarse que, ante la derogatoria expresa hecha por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997 al artículo 6° del Decreto 2709 de 1994, que contemplaba el parámetro en la determinación del salario base para la liquidación de la pensión por aportes, en un comienzo y ante el vacío normativo esta Corporación venía acogiendo como regla lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero, con ocasión de la nulidad parcial del artículo 24 hecha en la sentencia del 15 de mayo de 2014, la regla dispuesta en el artículo 6° continúa vigente.

5.3. El Tribunal se ajustó a lo consagrado en el artículo 6° del Decreto 2709 de 1994, cuando ordena a la accionada reconocer al Sr. González pensión de jubilación por aportes conforme el régimen de la Ley 71 de 1988, señalando en el numeral 2° de la parte resolutive

de su decisión, aclarado por Auto complementario del 28 de febrero de 2013 (reverso fl.193), que debe hacer la liquidación “con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios (salario base de liquidación)...”, y que “[e]l salario base de liquidación deberá estar constituido por aquellos factores que comporten salario sobre los cuales se realizaron aportes o debiéndose efectuar no se hicieron por incuria del empleador, caso en el cual la entidad de previsión social podrá hacer los respectivos descuentos y liquidará la pensión de acuerdo con la ley.”. (Subrayas no son de lo citado).

Lo que significa que deben tenerse en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación todo lo que haya recibido el demandante de manera habitual y como retribución por su labor, salvo que se trate de un factor expresamente excluido por la ley para tales efectos, entre el 30 de noviembre de 1990 y el 30 de noviembre de 1991, que corresponde al último año de servicio del Sr. González en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; para lo cual la accionada deberá actualizar dichos valores a la fecha en que se hace efectiva la pensión, es decir, 16 de enero de 2009 y, partir de ahí, hacer los reajustes legales anuales sobre la mesada pensional. No otro es el alcance de lo resuelto por el a quo.

Si bien el Tribunal ordenó que de resultar factores sobre los que no se hubieren hecho cotizaciones la accionada podrá hacer los respectivos descuentos, esta Sala -para efectos de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional en las condiciones que lo dispuso el Acto Legislativo 01 de 2005 que modificó el artículo 48 Superior- debe adicionar lo siguiente: los eventuales valores que deba descontar de las mesadas en el porcentaje que corresponda al actor y los montos que deba cobrar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, deberán ser traídos a valor presente a través del cálculo que realice un actuario designado para ello por la demandada; de lo contrario se estarían recuperando sumas que han sufrido el impacto de la pérdida adquisitiva, ahondando por esa vía la problemática financiera pensional.

Dicho todo lo anotado y sin lugar a consideraciones adicionales, se impone confirmar la sentencia del Tribunal.

Decisión

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,

F A L L A

CONFIRMAR la sentencia del 13 de diciembre de 2012, proferida por la Sección Segunda, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

El cumplimiento de la presente decisión corresponde a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP-, como sucesora procesal de CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN, tal como quedó aceptado en proveído del 11 de diciembre de 2013, visible a fls.241-242.

Reasume la representación judicial de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscal de la Seguridad Social -UGPP- el apoderado principal, Dr. CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA, conforme memorial visible a fl.274.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN
VARGAS R I N C Ó N

ALFONSO

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de agosto de 2019

