

PENSIÓN DE VEJEZ – Por acumulación de aportes / PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES – Suma de tiempo de cotización y de servicios en el sector público y en el privado / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN – Beneficiario / RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE VEJEZ – Conforme al régimen de acumulación de aportes

[L]a Sala infiere incluso que el mismo demandante estima como probable que el régimen aplicable para él es el previsto en la Ley 71 de 1988, al solicitar en la demanda que se le aplique este régimen en forma subsidiaria. Dilucidado lo anterior, reitera la Sala que el actor, en efecto, es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por tanto, el régimen anterior que le es aplicable a su pensión no es otro que el establecido en la Ley 71 de 1988. Debe recordarse, en efecto, que la finalidad del régimen de transición pensional es preservar, bajo el principio de favorabilidad, las condiciones de edad, tiempo de servicio o cotizaciones y monto de la pensión, bajo las cuales esa persona hubiera adquirido el derecho a la pensión; de lo contrario, quedaría sujeta al régimen general, o sólo al régimen público o al régimen del Seguro Social, eventos que carecen de soporte constitucional y legal precisamente en virtud de lo dispuesto por la Ley 71 de 1988. El beneficiario del régimen de transición se pensiona, como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, bajo las reglas referentes a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión establecidos en la norma anterior que le resulte aplicable, sin que sea jurídicamente posible acoger lo favorable de las diferentes disposiciones anteriores a la citada Ley 100 de 1993, en este caso se debe aplicar en su integridad la ley 71 de 1989 reglamentada por el Decreto 2709 de 1994, normatividad que regula integralmente el salario base y el monto de la pensión en sus artículos 6 y 8 arriba analizados.

Por todo lo anteriormente expuesto y una vez analizadas y valoradas las pruebas en conjunto como lo establece la sana crítica, esta Sala modificará el numeral 5° de la sentencia apelada en el sentido que la pensión de vejez del demandante se fijará y liquidará conforme el régimen de acumulación de aportes establecido en la Ley 71 de 1988 y en sus decretos reglamentarios, como el Decreto 2709 de 1994, en una cuantía del 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicios, es decir, el lapso comprendido entre el 30 de noviembre de 2005 y el 30 de noviembre de 2006, incluyendo todos los factores salariales creados de conformidad con el artículo 150 numeral 19 literales e) y f) de la Constitución Política.

FUENTE FORMAL: LEY 71 DE 1988 / DECRETO 2709 DE 1994 / LEY 100 DE 1993

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., nueve (09) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 25000-23-42-000-2013-02240-01(0490-14)

Actor: JAIME DÍAZ CORREA

Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 22 de octubre de 2013, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C" accedió a las pretensiones de la demanda ordenando a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones reliquidar la pensión del actor en cuantía equivalente al 90% del salario mensual base de liquidación conforme con el parágrafo 1º del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad.

ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. JAIME DÍAZ CORREA, a través de apoderado, acudió a la jurisdicción en ejercicio de la acción prevista en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y pidió la nulidad parcial de la Resolución 014847 de 28 de Abril de 2006, mediante la cual se concedió una pensión de vejez al demandante y de la Resolución 0009794 del 12 de Marzo de 2007, mediante la cual se reajustó la citada pensión. Igualmente, solicitó la nulidad del acto ficto negativo originado en la negación de la petición radicada bajo el número 051411 del 25 de Mayo de 2011, mediante la cual se dio reconocimiento de la pensión de vejez con base en el Decreto 758 de 1990.

Como consecuencia de tales declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, requirió que se ordene a la entidad demandada reliquidar su pensión con el 90% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante las últimas 100 semanas de servicio, en la forma señalada por los artículos 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, incluyendo los factores prestacionales base de los aportes para dicha prestación enlistados entre otros en el Decreto 1045 de 1978.

2. HECHOS DE LA DEMANDA. Los hechos de la demanda se resumen así:

Afirma que es beneficiario del régimen de transición a que hace mención el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por consiguiente, se le deben aplicar las normas anteriores, que corresponden según el demandante a los artículos 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990, reglamentado (sic) por el Decreto 758 del mismo año y el Decreto 1045 de 1978, y de manera subsidiaria solicitó que se aplique la Ley 71 de 1988.

Expone que trabajó en los sectores privado y público en los cuales realizó aportes para su pensión, laborando aproximadamente 31 años y cotizando 1580 semanas.

Manifestó que el último cargo desempeñado por el demandante fue el de Secretario 440-05, de la planta global de la Personería de Bogotá, el que ejerció desde el 02 de marzo de 1992 hasta el día 30 de noviembre de 2006.

Señaló que nació el 16 de diciembre de 1945 en la ciudad de Bogotá D.C.

Menciona que mediante Resolución 014847 del 28 de Abril de 2006 y la Resolución 0009794 del 12 de Marzo de 2007 proferidas por el ISS, se le reconoció una pensión pero se le desconoció el régimen de transición pensional del que es beneficiario, porque se le tuvo en cuenta como monto el 78.58% del promedio de lo devengado en los últimos diez años laborados, cuando el Acuerdo 049 de 1990, reglamentado (sic) por el Decreto 758 del mismo año, ordena que se tenga en cuenta lo promediado en las últimas 100 semanas de cotización y adicionalmente le aplica como factores salariales los contenidos en el Decreto 1158 de 1994, que no le son aplicables a su poderdante, por no ser una norma del régimen de transición y por no ser estos los factores salariales que le corresponden.

Indica, que el demandante solicitó la reliquidación de la pensión al ISS, mediante sustentación de la reclamación administrativa de fecha 25 de Mayo de 2011 con radicación número 51411, de la cual no recibió respuesta configurándose el silencio administrativo negativo.

Como normas vulneradas invoca: artículos 1, 2, 4, 11,12, 16, 25, 29, 39,46, 48 53 y 58 de la Constitución Política y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Al desarrollar el concepto de violación propone los siguientes cargos:

1. Violación de normas constitucionales: Manifiesta que a partir de la Constitución Política de 1991 con la implantación del estado social de derecho se reconoce al trabajo, como valor, principio, derecho y deber que merece la especial protección del Estado.
2. Violación directa de la ley laboral. Por liquidar la pensión con factores que no corresponden a los salariales impuestos en el Acuerdo 049 de 1990 y en subsidio por haber violado lo establecido en la Ley 71 de 1988.
3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 75-81) indicando que los actos acusados fueron expedidos por el ISS de conformidad con las normas vigentes y teniendo en cuenta únicamente la defensa de los intereses patrimoniales del Estado.

Manifestó que el demandante pese a ser beneficiario de la transición no se encuentra cobijado por el Acuerdo 049 de 1990, ni por la Ley 71 de 1988 puesto que no cumple los requisitos establecidos por las citadas normas.

Propuso como excepciones la de «Carácter ejecutoriado del acto administrativo»; «Presunción de legalidad»; «Inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir»; «Prescripción»; «Excepción genérica».

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las pretensiones de la demanda (fls. 93-99) por los motivos que se resumen de la siguiente manera:

Respecto al asunto debatido, explicó que a la entrada en vigencia del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el actor tenía más de 35 años de edad y además superaba los 15 años de servicios, razón por la cual, le son aplicables las normas del régimen de transición previsto en dicha norma.

Incluso sobre la pertenencia al régimen de transición manifestó que no existe duda de las partes porque la misma entidad demandada acepta que el demandante cumple los requisitos del régimen de transición.

Sobre el monto de la pensión dijo que con base en un párrafo de la sentencia número 1117-2009 del 09 de junio de 2011, del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección «B», al monto de la pensión debatida se le podría aplicar lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Por tales razones, declaró la ocurrencia del silencio administrativo negativo, y en consecuencia, la configuración del acto ficto negativo como efecto de ese silencio de la administración frente a la petición radicada bajo el número 051411 del 25 de mayo de 2011 mediante la cual se solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez con base en el Decreto 758 de 1990.

También declaró la nulidad parcial de la Resolución 014847 del 28 de Abril de 2006 y de la Resolución 0009794 del 12 de marzo de 2007, en cuanto negaron la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, reliquidar y pagar al demandante la pensión de vejez establecida en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en cuantía equivalente al 90% del salario mensual base de liquidación conforme al parágrafo 1º del artículo 20 de dicho decreto. El reconocimiento y pago de este derecho se hará con efectos fiscales a partir del 25 de mayo de 2008 por prescripción de las mesadas anteriores a esa fecha.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones apeló la sentencia del Tribunal (folios 100-104), para lo cual argumentó que el reconocimiento de la pensión de la actora se llevó a cabo conforme lo previsto en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 y para la liquidación de la misma se tuvo en cuenta el promedio de lo cotizado durante los últimos diez años.

En consecuencia, manifestó que no se encuentra conforme con la liquidación de la pensión con base en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad.

Insiste que al tenor literal del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que regula el régimen de transición del cual es beneficiario el actor, señala que las personas que cumplan con las condiciones descritas en la norma podrán adquirir la pensión de vejez con los requisitos de i) edad ; ii) tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y iii) monto de la pensión establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados, y que las demás condiciones y requisitos de pensión serán los consagrados en el sistema general de pensiones, es decir, en la Ley 100 de 1993.

Expresó que en este orden de ideas, por expresa disposición legal, el régimen de transición se circunscribe a tres ítems, dentro de los cuales no se encuentran las reglas para el cómputo de las semanas cotizadas, por lo tanto, deben ser aplicadas las del sistema general de pensiones, que se encuentran en el parágrafo 1 del artículo 33, norma que permite expresamente la acumulación de cotizaciones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante en esta instancia presentó alegatos de conclusión (folios 131-137) con argumentos similares a los formulados en la demanda.

La parte demandada en sus alegatos (folios 151-157) reiteró los argumentos del escrito de apelación.

El agente del Ministerio Público concluyó que el demandante es beneficiario del régimen de transición pero el régimen anterior que se le debe aplicar es el establecido en la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta que se desempeñó tanto en el sector público como en el privado.

Insistió entonces que el Demandante no tiene derecho al régimen especial contenido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 750 del mismo año, porque esta normatividad se aplica a quienes hayan laborado exclusivamente en el sector privado por 500 semanas o 1000

semanas discontinuas y el demandante cotizó tanto en el sector público como en el Instituto de Seguros Sociales 1050 semanas (folio 11), razón por la cual el reconocimiento de la pensión del demandante se debe hacer con base en la Ley 71 de 1988.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problema jurídico

Bajo el marco de lo decidido en la sentencia de primera instancia y lo alegado en el recurso de apelación, y teniendo en cuenta que no existe duda en que el actor es beneficiario del régimen de transición, el problema jurídico se contrae a dilucidar cuál es la normativa aplicable al demandante para liquidar su pensión de vejez.

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala pone de presente las siguientes reflexiones.

2. La pensión de jubilación por acumulación de aportes.

En el régimen de prestaciones sociales y de seguridad social anterior a la Constitución de 1991 y la Ley 100 de 1993, el sistema pensional aplicable a los trabajadores del sector privado era diferente al aplicable a los servidores públicos, al punto de que por regla general no era posible, para efectos de la pensión, sumar el tiempo servido en una u otra calidad de vínculo laboral.

Para solucionar esta situación el Congreso expidió la Ley 71 de 1988, la cual, en su artículo 7 de la Ley 71 de 1988 consagró la denominada «pensión de jubilación por acumulación de aportes» también conocida como «pensión de jubilación por aportes», es decir, aquella que se obtiene sumando los tiempos de cotización y de servicios en el sector público y en el privado.

En este orden, en virtud de esta normatividad, los empleados oficiales 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 las que hagan sus veces, con los efectuados en el Seguro Social, tendrán derecho a recibir la prestación jubilatoria por efectos de la acumulación de aportes derivados de la relación de trabajo de carácter particular y oficial[1].

El precitado artículo tenía un párrafo que establecía lo siguiente: «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». Este párrafo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-012 del 21 de enero de 1994 disponiendo en el numeral segundo de su parte resolutive que «su efecto se extiende al reconocimiento de los derechos pensionales adquiridos por las personas que hubieren cumplido con los requisitos previstos en el inciso 1o. del artículo 7o. de la ley 71 de 1988, esto es, por aportes hechos en cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades de previsión social oficial de cualquier orden, y en el Instituto de los Seguros Sociales, cuando cumplan el requisito de la edad».

En suma, «en virtud del artículo 7º de la ley 71 de 1988, la posibilidad de computar el tiempo servido en el sector público con el tiempo cotizado en el ISS, es un régimen pensional aplicable a quienes estuvieron vinculados laboralmente al sector oficial, a empleadores públicos y privados afiliados al I.S.S. o a ambos, y requieren de la suma de todos los aportes hechos, para reunir los

requisitos para acceder al derecho de pensión»[2].

3. La pensión por acumulación de aportes y la expedición de la Ley 100 de 1993

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".

En la regulación del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, se estableció, en la misma línea de lo que había dispuesto la Ley 71 de 1988, la posibilidad de acumular para efectos pensionales, los tiempos de servicios y de cotizaciones acumulados tanto en el sector público como en el sector privado. En efecto, la Ley 100 creó dos regímenes pensionales de libre elección por parte de los afiliados –el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual- y respecto de ambos contempló la posibilidad de que se tomara indistintamente el tiempo servido o cotizado como trabajador del sector privado o en calidad de servidor público.

En este orden, en el régimen de prima media, los requisitos de edad y tiempo de cotización para la pensión de vejez fueron establecidos en el artículo 33, y la misma norma señaló en parágrafo que "para efecto del cómputo de las semanas" se debe tener en cuenta, entre otros, lo cotizado en cualquiera de los dos regímenes (lo cual comprende, entre otros, lo cotizado al Seguro Social o a cajas de previsión), el tiempo laborado como servidor público (así no se hubiera cotizado), así como el tiempo servido a empleadores privados que pagaban directamente pensiones.

De otra parte, en el régimen de ahorro individual, la pensión de vejez se causa sin requisitos de edad y tiempo de servicios, con base en el capital acumulado en cuenta de ahorro pensional. La referida cuenta se nutre de cotizaciones obligatorias y voluntarias, los rendimientos financieros y el bono pensional. Con respecto a este último, la legislación dispone que el bono pensional por traslado al régimen de ahorro individual se causa por tiempo servido a entidades públicas, como también por el tiempo cotizado tanto al Seguro Social como a cualquier caja de previsión (Ley 100 de 1993, art. 118; D. L. 1299 de 1994, art. 2°).

Se puede apreciar que la Ley 100 de 1993, al unificar los tiempos de servicio en los sectores público y privado para efectos pensionales, hizo en principio innecesaria la aplicación de la Ley 71 de 1988 para estos efectos. No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que la Ley 100 de 1993, al fijar nuevas reglas y requisitos para el reconocimiento de las pensiones, dispuso igualmente un régimen de transición pensional –en su artículo 36- conforme al cual quienes cumplieran determinados requisitos para ser sujetos de dicho régimen, tendrían derecho a que su pensión se reconociera con los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión del régimen que anteriormente les fuera aplicable.

Dentro del marco del régimen de transición, es posible 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 cotizado como 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.

4. La reglamentación de la pensión de jubilación por acumulación de aportes.

La Ley 71 de 1988, en lo que respecta a la pensión de jubilación por aportes, fue reglamentada inicialmente por el Decreto 1160 de 1989 (arts. 19 a 29). Esta reglamentación dispuso, entre otros aspectos, que no sería computable como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de

jubilación por aportes el laborado en empresas privadas no afiliadas al ISS, ni tampoco "el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege" (art. 21). Esta limitación tenía lógica en el contexto de expedición de la Ley 71 de 1988 que ya se ha explicado.

Posteriormente, la reglamentación de la pensión de jubilación por aportes fue regulada por el Decreto 2709 del 13 de diciembre de 1994, que derogó la mayor parte de los artículos del anterior decreto relacionados con esta modalidad de pensión de jubilación. Como se observa, esta nueva reglamentación se expidió estando ya en vigencia el sistema de seguridad social integral establecido en la Ley 100 de 1993.

El artículo 1o del Decreto 2709 de 1994 preceptuó:

«ARTICULO 1o. PENSION DE JUBILACION POR APORTES. 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.».

Respecto al monto de esta prestación, el artículo 8º señaló:

«ARTICULO 8o. MONTO DE LA PENSION DE JUBILACION POR APORTES. 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.».

Adicionalmente, es importante recordar que el artículo 6º del citado Decreto 2709 de 1994 que determinaba el ingreso base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes con el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, fue expresamente derogado por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997.

No obstante, esta Corporación mediante sentencia de la Sección Segunda, radicación número: 11001-03-25-000-2011-00620-00(2427-11), proferida el 15 de mayo de 2014, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, declaró la nulidad parcial del artículo 24 del Decreto 1474 de 1997 «Por el cual se derogan, modifican y/o adicionan algunos artículos del Decreto reglamentario 1748 de 1995 y se dictan otras disposiciones», proferido por el Presidente de la República, solamente en la parte que derogó el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994.

En efecto, en la citada providencia de la Sección Segunda se manifestó lo siguiente:

«Sin embargo, advierte la Sala que en el presente caso la derogatoria del artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, desconoció la finalidad del régimen de transición como mecanismo de protección ante el cambio legislativo, el artículo 1 de la Ley 100 de 1993, que señala «El sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten» y el artículo 48 de la Constitución Política al prever que «Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.»

En suma concluye la Sala que se impone declarar la nulidad parcial del artículo 24 del

Decreto 1474 de 1997, en cuanto derogó el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994.».

En consecuencia, el efecto de esa nulidad parcial es que el precitado artículo 6 del Decreto 2709 de 1994 se encuentra actualmente vigente.

En ese orden, el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, sobre el salario base de liquidación señala lo siguiente:

«Artículo 6°. Salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes. Derogado por el art. 24, Decreto Nacional 1474 de 1997. **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.»

3. El Caso en concreto.

3.1 De lo probado

Descendiendo al caso que ocupa la atención de la Sala, se acredita que el actor efectuó, como empleado de diferentes empresas del sector privado, cotizaciones al Seguro Social e igualmente prestó sus servicios en el sector público (Contraloría de Bogotá y Personería de Bogotá), siendo el último cargo desempeñado el de Secretario, Código 440, Grado 5, de la Personería de Bogotá, cuya renuncia se le aceptó a partir del primero de diciembre de 2006 (folio 9), acreditando las 1050 semanas como mínimo exigidas para su pensión (folio 11).

Igualmente, aparece probado que el Señor Jaime Díaz Correa identificado con C.C. nro. 17.137.151 nació el 16 de diciembre de 1945 en la ciudad de Bogotá., según el respectivo documento de identidad que obra en el expediente (folio 4).

De igual forma se vislumbra que mediante Resolución No. 014847 del 28 de abril de 2006 y por la Resolución 0009794 del 12 de Marzo de 2007, el Instituto de Seguros Sociales le concedió al actor una pensión de vejez por valor de \$1.288.795.00 a partir del 1º de Enero de 2007, teniendo en cuenta «el promedio de lo devengado o cotizado durante los 10 últimos años, actualizado con el índice de precios al consumidor (I.P.C.), conforme a lo indicado por el artículo 21 y 34 de la Ley 100 de 1993.».

«Que para el caso concreto del asegurado la liquidación se efectuó tomando en cuenta lo devengado durante 3650 días anteriores a la última fecha de cotización arrojando un ingreso base de liquidación de \$1.590.972.00 al cual se le aplicó un 78.55%» (folios 9-13).

Mediante petición radicada el 25 de mayo de 2011, el actor solicitó la reliquidación de la pensión de vejez con base en lo señalado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo señalado en el Decreto 758 de 1990 y demás normas concordantes que le sean favorables. (folios 6-7). Petición que no tuvo respuesta por parte del ISS.

3.2 Del fondo del asunto

El A quo accedió a las pretensiones de la demanda ordenando reliquidar y pagar al demandante «...la pensión de vejez establecida en el Acuerdo 049 por aportes del demandante tomando como monto de la misma en cuantía equivalente al 90% del salario mensual base de liquidación conforme el parágrafo 1º del artículo 20 de dicho decreto. El reconocimiento y pago de este derecho se hará con efectos fiscales a partir del 25 de mayo de 2008.».

No obstante, advierte la Sala que dicha norma no es aplicable al caso en estudio, pues de la lectura detenida y cuidadosa de la misma y de la normatividad que regula la pensión por acumulación de aportes, se encuentra que el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 959 de la misma anualidad, no resulta adecuado para la reliquidación de la pensión del demandante, quien ha cotizado tanto en el sector privado como en el sector público, porque es evidente que la norma que creó y reguló esa posibilidad de acumular los aportes en los dos sectores laborales aludidos no es otra diferente a la Ley 71 de 1988 tal como se analizó ut supra.

En el mismo sentido se ha pronunciado esta corporación en múltiples sentencias, entre otras, en las recientes providencias del 19 de febrero de 2016, radicación número: 25000-23-25-000-2007-00612-01(2302-13) y del 27 de abril de 2016 radicación número: 25000-23-25-000-2011-00088-01(1218-13) de la Sección Segunda, Subsección «A».

Para abundar en razones, la Sala infiere incluso que el mismo demandante estima como probable que el régimen aplicable para él es el previsto en la Ley 71 de 1988, al solicitar en la demanda que se le aplique este régimen en forma subsidiaria.

Dilucidado lo anterior, reitera la Sala que el actor, en efecto, es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por tanto, el régimen anterior que le es aplicable a su pensión no es otro que el establecido en la Ley 71 de 1988.

Debe recordarse, en efecto, que la finalidad del régimen de transición pensional es preservar, bajo el principio de favorabilidad, las condiciones de edad, tiempo de servicio o cotizaciones y monto de la pensión, bajo las cuales esa persona hubiera adquirido el derecho a la pensión; de lo contrario, quedaría sujeta al régimen general, o sólo al régimen público o al régimen del Seguro Social, eventos que carecen de soporte constitucional y legal precisamente en virtud de lo dispuesto por la Ley 71 de 1988.

El beneficiario del régimen de transición se pensiona, como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, bajo las reglas referentes a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión establecidos en la norma anterior que le resulte aplicable, sin que sea jurídicamente posible acoger lo favorable de las diferentes disposiciones anteriores a la citada Ley 100 de 1993, en este caso se debe aplicar en su integridad la ley 71 de 1989 reglamentada por el Decreto 2709 de 1994, normatividad que regula integralmente el salario base y el monto de la pensión en sus artículos 6 y 8 arriba analizados.

Por todo lo anteriormente expuesto y una vez analizadas y valoradas las pruebas en conjunto como lo establece la sana crítica, esta Sala modificará el numeral 5º de la sentencia apelada en el sentido que la pensión de vejez del demandante se fijará y liquidará conforme el régimen de acumulación de aportes establecido en la Ley 71 de 1988 y en sus decretos reglamentarios, como el Decreto 2709 de 1994, en una cuantía del 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicios, es decir, el lapso comprendido entre el 30 de noviembre de 2005 y el 30 de noviembre de 2006, incluyendo todos los factores salariales creados de conformidad con el artículo 150 numeral 19 literales e) y f) de la Constitución Política.

En este orden la Sala constata que conforme con el certificado expedido por la Personería de Bogotá D.C. visible a folio 8, el demandante devengó asignación básica mensual, prima de vacaciones, bonificación por servicios y prima de navidad.

En caso que no se hubiere realizado los descuentos por aportes, en la proporción que le corresponde al trabajador, sobre los factores salariales que en esta providencia se reconocen, se autorizará a la entidad accionada a efectuar los citados descuentos en forma proporcional de conformidad como lo ha establecido esta Corporación en las sentencias de unificación del 04 de agosto de 2010, radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila y del 25 de febrero de 2016 radicación número: 25000-23-42-000-2013-01541-01(4683-13) C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

En consecuencia se autoriza a la entidad accionada a realizar los descuentos proporcionales por aportes a seguridad social sobre los factores salariales devengados cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal.

Los demás decisiones y previsiones de la sentencia apelada se confirmarán.

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 y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO. MODIFICAR el numeral 5° de la sentencia del 22 de octubre de dos mil trece (2013), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección «C», por medio de la cual el citado Tribunal accedió parcialmente a las súplicas de la demanda interpuesta por JAIME DÍAZ CORREA, en el sentido que la pensión de vejez del demandante se fijará y liquidará conforme el régimen de acumulación de aportes establecido en la Ley 71 de 1988 y en su decreto reglamentario el Decreto 2709 de 1994, en una cuantía del 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicios, es decir, en el lapso comprendido entre el 30 de noviembre de 2005 y el 30 de noviembre de 2006, incluyendo todos los factores salariales creados de conformidad con el artículo 150 numeral 19 literales e) y f) de la Constitución Política, es decir, incluyendo la asignación básica mensual, prima de vacaciones, bonificación por servicios y prima de navidad.

Se autoriza a la entidad accionada a realizar los descuentos proporcionales por aportes a seguridad social sobre los factores salariales devengados cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal.

SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO. En firme esta decisión, envíese al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Relatoria JORM

[1] Corte Constitucional. Sent. C-623 del 4 de noviembre de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara.

[2] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No. 1718 proferido el 9 de marzo de 2006. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.



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

