

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE LA CIUDAD
DE TUNJA**

Carrera 11 N° 17-53 Piso 4

Tunja, diecinueve (19) de septiembre de dos mil catorce (2014)

Radicación No. 15001-33-33-007-2013-00018-00
Demandante: Claudina Garzón Espitia
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones
Controversia: Reliquidación de Pensión de Jubilación

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

Entra al despacho el proceso de la referencia, con el objeto de que se dicte sentencia de fondo, en consecuencia el Despacho, en presencia de los presupuestos procesales y en ausencia de causal de nulidad alguna que invalide lo actuado, así procederá.

I.- DECLARACIONES Y CONDENAS

La Ciudadana **CLAUDINA GARZÓN ESPITIA**, actuando por intermedio de apoderado judicial, ejerce medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en contra de la **ADMNISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, con el siguiente petitum:

- 1.- Se declare la Nulidad parcial de la Resolución No. 019764 de fecha 13 de junio de 2011, mediante la cual se le otorgó en forma incompleta el derecho pensional a la demandante.
- 2.-Declarar la Nulidad de la Resolución No. 23956 de junio 27 de 2012, por medio de la cual el extinto Seguro Social negó la reliquidación de la pensión de la demandante.
- 3.- Como consecuencia de la anterior declaración a título de restablecimiento del Derecho se ordene a la entidad accionada a reliquidar y pagar la pensión de la demandante con el 75% del salario promedio que sirvió de base para calcular los aportes durante el último año de servicios, con inclusión de todos los factores salariales devengados, esto es, entre el 30 de abril de 2004 y el 30 de marzo de 2005, pues el ingreso base de liquidación con el cual se liquidó la pensión de la demandante fue con el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años, como quiera que es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

4.-Adicionalmente a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada a reconocer y pagar a la actora, una pensión mensual por la suma de \$1.414.758 pesos, valor resultante de la sumatoria de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, de acuerdo a la certificación de sueldos y factores salariales de 2013 expedida por la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, efectiva a partir del 1º de julio de 2011.

5.- Se ordene a la demandada al pago de los incrementos anuales correspondientes y a reconocer indexación sobre las sumas que se han dejado de percibir por concepto de pensión, hasta la fecha en que efectivamente se produzca el pago.

6.- Se condene a la demandada a pagar a la demandante intereses de mora, causados por el injusto retardo en el pago del valor real de la pensión de jubilación, a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Las anteriores peticiones tienen como fundamento los siguientes,

II. HECHOS

1.- La señora CLAUDINA GARZÓN ESPITIA nació el 18 de enero de 1955, adquiriendo sus estatus de pensionada el 18 de enero de 2010, por lo que el extinto Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones, le reconoció pensión de jubilación mediante la Resolución No. 019764 de 13 de junio de 2011, teniendo en cuenta para liquidarla los últimos 10 años de servicio.

2.- A través de petición de fecha 10 de enero de 2012 la demandante solicito la reliquidación de su pensión de jubilación de acuerdo a la normatividad más favorable y con inclusión de todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicios, conforme a la certificación expedida por la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja.

3.- El Instituto de los Seguros Sociales a través de la Resolución No. 23956 del 27 de junio de 2012 negó la solicitud de reliquidación pensional.

4.- Señala que la demandante laboró en el sector Público por más de 20 años.

5.- Advierte que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía más de 16 años de trabajo y más de 35 años de edad, por lo que es beneficiaria del régimen de transición.

6.- Se expone que la demandante se desempeñó como auxiliar de enfermería, en diferentes entidades, como el Hospital Regional San Salvador de Chiquinquirá, la Caja Nacional de Previsión y en el Hospital San Rafael de Tunja.

III. NORMAS VIOLADAS

Invoca como normas vulneradas, las siguientes:

- **CONSTITUCIONALES.**

Preámbulo, artículos 2, 6, 13, 25, 46, 53 y 58.

• **LEGALES.**

Decreto 1045 de 1978
Leyes 33 y 62 de 1985.
Ley 100 de 1993 artículo 36 inciso 2.
Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social artículo 127.

IV. CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se resume el concepto de violación, en los siguientes argumentos:

- Indica que la entidad demandada vulneró el derecho a la igualdad de la demandante por darle un tratamiento disímil frente a otras que se encuentran en las mismas condiciones. Señala que se vulneró el principio de favorabilidad pues la accionada le impide acceder a una pensión de vejez liquidada conforme a las normas más favorables, como lo son el Decreto 1045 de 1978, leyes 33 y 65 de 1985, por ser beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. También desconoce los derechos adquiridos de la accionante, pues se desconoce a que su pensión de vejez sea liquidada conforme a la normatividad anterior a la ley 100 de 1993, esto es de acuerdo con la ley 33 de 1985 y no como lo señala la accionada esto es con el Decreto 1158 de 1994.
- Aduce que vulnera las normas arriba mencionadas como quiera que la administradora de pensiones reconoció la pensión de vejez teniendo en cuenta la edad y el tiempo de servicios exigidos por la normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, por ser beneficiaria del régimen de transición, pero el cálculo del monto de la mesada pensional se estableció conforme a esta ley, desconociendo los derechos adquiridos de la demandante.

V. TRÁMITE PROCESAL

1. La demanda fue presentada el 25 de junio de 2013; mediante auto de fecha 31 de octubre de 2013 (fls. 86 a 88) se procedió a admitir la demanda.
2. Según constancia secretarial visible a folio 95 el término de traslado de la demanda venció el 14 de marzo de 2014, lapso dentro del cual la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- no contestó la demanda. (fl. 97).
3. El 6 de mayo de 2014, se llevó cabo audiencia inicial la cual se desarrolló de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, llegado el proceso hasta la etapa probatoria (fls. 100-109).
4. A través de audiencia de pruebas llevada a cabo los días 2 de julio de 2014¹ y 4 de agosto del año que avanza², se incorporó las pruebas documentales decretadas y allegadas al proceso, se prescindió de la audiencia de alegatos y juzgamiento, se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión por

¹ Folios 120-122 del expediente.

² Folios 133-135 del expediente.

escrito y se advirtió a las partes que una vez concluido este término, dentro de los 20 días siguientes se proferiría sentencia.

5. A folios 137 y 138 del plenario obra escrito de alegatos de conclusión presentado por el apoderado de la entidad demandada, a folios 139 a 145 militan los alegatos de la parte demandante y concepto rendido por el Agente del Ministerio Público a folios 146 a 153.

7. Finalmente el expediente ingresó al Despacho para dictar sentencia el día 26 de agosto de 2014.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSION

1. Parte Demandada. (fls. 137 a 138)

El apoderado de la parte demandada sostiene que no hay lugar a la prosperidad de las pretensiones, por cuanto no es posible aplicar el IBL establecido por la ley 33 de 1985 ni sus factores salariales porque la sentencia de la Corte Constitucional C-358 de 2013 señaló que debe tomarse como base lo establecido en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993. Adicionalmente, que el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece que para quienes a la entrada en vigencia de esta ley les quedara menos de 10 años para adquirir este derecho, el IBL será el que corresponda del promedio de lo devengado en dicho término, y para aquellos que les faltare más de 10 años será el promedio de los 10 años de cotizaciones anteriores al cumplimiento de la edad o el de toda la historia laboral si es más benéfico para el afiliado, siempre que se cuente con más de 1250 semanas de cotización. Ahora bien, frente a los factores salariales expone, que deben tenerse en cuenta aquellos a título remunerativo, es decir, aquellos reportados y certificados por la entidad. Finalmente, solicita que en el evento de la prosperidad de las pretensiones se declare la prescripción de las mesadas, con anterioridad a los 3 años contados a la fecha de radicación de la demanda.

2. Parte demandante (fls. 139 a 145)

La apoderada de la parte demandante, reitera los argumentos expuestos en el libelo introductor. Destaca para el caso concreto, que la demandante es beneficiaria del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, por haber laborado 23 años al servicio de Salud del Departamento de Boyacá, como se desprende de las pruebas obrantes en el expediente. Indica que en el último año de servicios, esto es en el periodo comprendido entre el 30 de abril de 2004 y el 30 de marzo de 2005, devengó los siguientes emolumentos, sueldo, horas extras, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones.

3. Ministerio Público. (fls. 146-153)

Esta agencia del Ministerio Público hizo un análisis de la demanda, y del material probatorio obrante en el proceso con el fin de determinar si hay lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos acusados y en consecuencia ordenar a reliquidar la pensión de la demandante, para concluir lo siguiente:

- La señora CLAUDIA GARZÓN ESPITIA nació el 18 de enero de 1955 e ingresó a prestar sus servicios el día 20 de diciembre de 1977 en forma continua hasta el 30 de diciembre de 1993, es claro que para la entrada

en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es para el primero de abril de 1994, la demandante contaba con más de 35 años de edad y más de 15 años de servicio, de lo cual se desprende que cumple con los dos requisitos exigidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con el régimen de transición, por lo cual son aplicables la Ley 33 y 62 de 1985.

- Expone como últimos pronunciamientos jurisprudenciales en relación con los factores salariales pensionales de los trabajadores amparados por el régimen de transición de la ley 100 de 1993, entre los cuales se encuentran los siguientes: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia del 4 de agosto de 2010, expediente No. 0112-2009; sentencia del 3 de febrero de 2011, C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 2007-1044.18; C.P. Dr. Bertha Lucía Ramírez de Páez, expediente 2007-00112; C.P. Luís Rafael Vergara Quintero, expediente 2002-2629.
- Con base en lo anterior, indica que se deben tener en cuenta como factores salariales aquellos que en su momento fueron excluidos y que según el certificado de salarios que se anexó al expediente expedido por el Hospital San Rafael de Tunja, fueron devengados y cancelados en el último año de servicios; por ende se debe reliquidar la pensión de la demandante.

VII. CONSIDERACIONES

1. Problema Jurídico Principal

¿Determinar si a la parte actora le asiste el derecho a que la pensión que le fue reconocida con fundamento en la Ley 71 de 1988, le sea reliquidada en los términos de la Ley 33 y 62 de 1985, incluyendo para tal fin el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios?

• Problemas Jurídicos Asociados

a) ¿Cuáles son los parámetros para determinar el régimen aplicable a aquellas personas que son beneficiarias del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero que tienen aportes a Cajas de Previsión Social y el Seguro Social por haber trabajado en el sector Público y Privado?

2. Marco Jurídico y jurisprudencial.

2.1 De la reseña normativa del derecho.

A fin de resolver el proceso de la referencia, el Despacho considera indispensable precisar sobre los siguientes aspectos: 1.- Régimen de Transición de la Ley 100 de 1993. Reglas para determinar el régimen jurídico pensional anterior. 2.- Normas que han regulado el derecho a la pensión ordinaria de jubilación. 3.- Pensión de Jubilación por aportes, Ley 71 de 1988. 4.- Actos Administrativos acusados en temas de reliquidación de pensiones. 5.- El caso concreto.

2.1.1.- Régimen de Transición de la Ley 100 de 1993. Reglas para determinar el régimen jurídico pensional anterior.

La Ley 100 de 1.993, cuya vigencia en materia pensional tuvo comienzo el 1° de abril de 1.994, por haberlo establecido así el mismo ordenamiento en su artículo 151, consignó en el artículo 36 el régimen de transición, de la siguiente manera:

"Art. 36.- Régimen de Transición.- *La edad para acceder a la pensión vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2.014, 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.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos. (inexequible el aparte destacado)

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARAGRAFO. *Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero 1° del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del*

sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio."

Como se observa, el nuevo Sistema de Seguridad Social adoptado mediante la Ley 100 de 1.993, consagró el régimen de transición con el propósito de beneficiar a un sector de los trabajadores del Estado, en cuanto permite que obtengan el reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo el régimen que se les haya venido aplicando en cada caso, siempre y cuando su situación se ajuste a los requisitos de tiempo de servicio o número de semanas cotizadas correspondiente a quince (15) o más años, así como al de edad, que deberá ser de 35 años para el caso de las mujeres y de 40 años cumplidos en los hombres, al momento de entrar en vigencia la nueva normatividad.

Este precepto consagra para quienes satisfacen las exigencias allí enunciadas las condiciones del régimen antiguo en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto de la pensión. Sobre los alcances del régimen de transición la Sección Segunda -Subsección "B" del Consejo de Estado en sentencia de 8 de junio de 2000, proferida dentro del expediente 2729-99 con ponencia del Dr. ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO sostuvo:

"... el régimen de transición es un beneficio que la ley concede al servidor, consistente en que se le aplican las disposiciones legales anteriores para efectos del reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando se cumplan las hipótesis que la misma norma de transición consagra.

El régimen previsto en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1.993, relativo a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, ampara a quienes al entrar en vigencia el sistema tuviera 35 años o más de edad para mujeres o 40 años o más para hombres, o haber cotizado por 15 o más años, hipótesis que se cumplían a cabalidad en el sub - lite, pues a la muerte del causante del derecho pensional señor ALFONSO VELEZ SALAZAR, tenía más de 50 años de edad y había prestado sus servicios por más de 20 años, Es claro entonces que la pensión se regía por la normatividad anterior.

Se agrega a lo anterior que, son de la esencia del régimen de transición, la edad el tiempo de servicio y el monto de la pensión. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconoce dicho beneficio.

(...)" Resaltado fuera del texto original

Ahora bien, tendiendo como base que las personas que son beneficiarias de este régimen de transición, tiene derecho a que su pensión de jubilación y de vejez, sea reconocida con la normatividad anterior, esto es con los requisitos exigidos en ella, edad, tiempo de servicios o cotización y el monto de la misma. A pesar de esta regla, hay supuestos de hecho que dificultan el establecimiento del régimen jurídico anterior, pues hay ocasiones como en el caso bajo examen, donde la persona si bien antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 fue servidora pública, posteriormente hace sus aportes como trabajadora del sector privado. En consecuencia, es necesario establecer según lo expuesto cual es el régimen jurídico a la que pertenece la demandante.

El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, en sentencia del 9 de junio de 2011, expediente 25000-23-25-000-2005-05520-01(1117-09), expuso:

"(...) 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 o cuantía de la pensión del régimen que anteriormente les fuera aplicable.

En virtud del régimen de transición pensional establecido en la Ley 100 de 1993, es posible obtener la pensión de vejez conforme a las reglas del Seguro Social vigentes con anterioridad a la Ley 100, esto es, aplicando el último reglamento pensional del Seguro Social anterior a la mencionada ley, y que se consagró en el Acuerdo 049 de 1990 del ISS, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Igualmente, en virtud del régimen de transición, también es posible obtener la pensión de jubilación del sector público, tanto la del régimen general –establecida en la Ley 33 de 1985- como la que corresponde a los regímenes especiales oficiales vigentes con anterioridad a la Ley 100.

En este contexto del régimen de transición, 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."

Así mismo, llama la atención del Despacho un pronunciamiento jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral³, que permite intuir que no es posible aplicar a los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, cualquier régimen jurídico anterior, veamos:

"En lo que respecta al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que señaló el Tribunal es que, para estar matriculado en él, solo era necesario el cumplimiento de una determinada edad o 15 años de servicios cotizados, lo que no supone un mal entendimiento de la norma, pues eso es lo que se desprende de su inciso primero cuando señala: '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, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.'

Ahora bien, de las consideraciones del Tribunal no se desprende que éste hubiera entendido que por el hecho de estar inmerso el afiliado en el régimen de transición señalado le resultaba aplicable cualquier norma anterior a la vigencia del nuevo sistema general de pensión, como se lo

³ Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de mayo 24 de 2011 (asunto de rad. N° 41830), M. P. Francisco Javier Ricaurte Gómez. Tomado de Corte Constitucional, sentencia T- 105 de 2012 M.P. NILSON PINILLA PINILLA.

recrimina la censura, pues nada dijo expresamente sobre el punto ni ello, tampoco, cabe suponerlo del hecho que hubiera aplicado la Ley 71 de 1988, ya que específicamente sobre esta normatividad estimó que resultaba enteramente aplicable a la demandante toda vez que, consideró, su artículo 7 era claro en afirmar como condición para el otorgamiento de la pensión, el cumplimiento de 20 años de aportes que resaltó podían ser sufragados "en cualquier tiempo, a partir de su vigencia", sin que se requiriera que los aportes al ISS se hubiesen realizado con anterioridad a la vigencia o con retrospectividad a la Ley 100 de 1993.

De manera que no fue que hubiera entendido el sentenciador que, por virtud del régimen de transición, a la actora le resultaba aplicable cualquier norma vigente con anterioridad a la Ley 100 de 1993, sino que, en el caso específico del régimen previsto en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, resultaba enteramente aplicable porque, a su juicio, las semanas cotizadas al ISS lo podían ser en cualquier tiempo anterior o posterior a la vigencia de la mencionada Ley 100 de 1993.

Y es que no aparece tampoco equivocada la tesis del ad quem, pues del hecho que la demandante hasta el 1 de abril de 1994 solo hubiere cotizado en el sector público no deviene inexorablemente que no hubiere estado en la posibilidad de acumular ese tiempo con el cotizado al ISS, en virtud de lo previsto en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, facultad que de ninguna manera podía considerarse truncada por el hecho de haber entrado en vigor el nuevo sistema general de pensiones, si, como ocurre en este caso, la actora quedó inmersa en el régimen de transición, que le permitía conservar tal posibilidad."

Por otra, parte el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil en pronunciamiento del 9 de marzo de 2006, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo, expediente 11001-03-06-000-2006-00014-00 (1718)⁴, que cuando el servidor público no cumple los requisitos de la Ley 33 de 1985 de forma integral y requiere acumular tiempos de cotización con el sector privado, el régimen aplicable es el de la Ley 71 de 1988, como a continuación se transcribe:

"La cuestión es entonces: para el destinatario del régimen de transición, que el 1º de abril de 1994 tenía vinculación laboral como empleado público o trabajador oficial, que requiere acumular tiempos públicos y cotizaciones al ISS para completar el requisito del tiempo y pensionarse, ¿cuál es el régimen "anterior" aplicable?

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

⁴ Tomado de Corte Constitucional, sentencia T- 105 de 2012 M.P. NILSON PINILLA PINILLA.

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,⁵ 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."

Se puede extraer, de los diferentes pronunciamientos traídos en consideración, que para determinar cuál es el régimen jurídico a aplicar a las personas beneficiarias del régimen de transición, se tiene que la persona debe cumplir los requisitos del régimen anterior de forma integral, si es del sector público los señalados en la ley 33 de 1985 que exigen que el tiempo de servicio sea exclusivo al sector público, y cuando es en el sector privado de la misma manera. Cuando no es posible que la persona haya cumplidos este requisito de servicio exclusivo a uno u otro régimen, y requiere para acceder al derecho pensional acumular el tiempo servido en el sector público con el sector privado, la ley aplicable será la 71 de 1988.

A continuación, entonces se abordará el estudio de la pensión ordinaria de jubilación en el sector público y el régimen de la pensión por aportes contemplada en la Ley 71 de 1988, como quiera que la demandante reclama que su pensión sea reliquidada conforme al régimen general y la accionada

⁵ "Constitución Política, Art. 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: / Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. / El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. / Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. / La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores."

reconoció la prestación social conforme a la ley 71 de 1988. Esto con el fin de determinar si hay lugar a conceder o no las pretensiones de la demanda.

2.1.2- Normas que han regulado el derecho a la pensión ordinaria de jubilación.

Las normas que en materia de pensión ordinaria de jubilación han regulado este derecho como régimen general, son las siguientes:

- El literal b) del art. 17 de la Ley 6 de 1945 estableció una pensión vitalicia de jubilación en favor de los empleados y obreros nacionales de carácter permanente que cumplieran 50 años de edad y 20 de servicios. tal precepto consagró:

*"Art. 17.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:
(...)*

b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, (...)"

En materia pensional esta Ley rigió en el ámbito nacional hasta la expedición del Decreto 3135 de 1.968.

- Posteriormente, el art. 27 del Decreto 3135 de 1968 en concordancia con el artículo 68 del Decreto 1848 de 1969, varió la edad de jubilación de los varones y la estableció en 55 años, continuando con los mismos 20 años de servicio; mientras que las mujeres siguen adquiriendo su derecho pensional a los 50 años de edad, norma que cobijo exclusivamente a los empleados oficiales del orden nacional. El Decreto 3135 de 1.968 disponía:

*"Art. 27.- El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación **equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio**" (Derogado por el art. 25 de la Ley 33 de 1.985).- Resaltado y subrayado fuera del texto original.*

- El monto pensional del 75% fue incorporado mediante el artículo 4 de la Ley 4 de 1966, que modificó en su parte pertinente el literal b) del art. 17 de la Ley 6 de 1945.

- El art. 1 de la Ley 33 de 1985 equiparó la edad de hombres y mujeres para efectos de jubilación, se estableció la regla general para la pensión de los empleados oficiales de todos los niveles, y se consagraron unas excepciones, bajo el siguiente tenor literal:

*"Art. 1.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación **equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario**"*

promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

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

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

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

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

"Art. 25.- Esta Ley rige a partir de su sanción y deroga los artículos 27 y 28 del Decreto extraordinario 3135 de 1.968 y demás disposiciones que sean contrarias.

Tal como concluye el Consejo de Estado⁶, la Ley 33 de 1.985, obliga desde el 13 de febrero de 1.985, fecha de su promulgación, aplicable al sector público sin distinción; para la pensión ordinaria de jubilación exige que el empleado oficial haya servido 20 años continuos o discontinuos y tenga 55 años de edad. De su aplicación exceptúa tres casos: 1-) Los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. 2-) Los empleados oficiales que a la fecha de entrar a regir hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones que regían con anterioridad. 3-) Y los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores. Destaca adicionalmente que esta Ley en su artículo 25 derogó en forma expresa el artículo 27 del Decreto 3135 de 1.968.

- Factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de pensión de jubilación según el régimen de transición. -

- De conformidad con la jurisprudencia antes transcrita, y otros pronunciamiento que ha hecho el H. Consejo de Estado⁷, se establece que la aplicación del régimen anterior incluye el atinente a la edad, tiempo de servicio

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección "B" C.P.: TARSICIO CÁCERES TORO. Sentencia 24 de Noviembre de 2.005 Rad. No.: 15001-23-31-000-2000-00030-01.

⁷ Consejo de Estado, sentencias del 8 de junio y 21 de septiembre de 2000, expedientes No. 2729 y 470, Magistrados Ponentes: Drs. ALEJANDRO ORDÓNEZ MALDONADO y NICOLÁS PÁJARO PEÑARANDA.

y monto de la pensión, pues es de la esencia del régimen de transición, la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconoce dicho beneficio, así, al establecer la cuantía de la pensión con fundamentos en factores cuya normatividad no le es aplicable, es desnaturalizar el régimen de beneficio producto de la transición.

- Por su parte distintas disposiciones regulan la prestación pensional, las cuales tienen un marco de aplicación según el tiempo y las entidades a las cuales se presto el servicio. La Ley 6° de 1.945, la reguló para los servidores públicos nacionales, luego se extendió para los del orden territorial; posteriormente el Decreto Ley 3135 de 1.968 reguló esta prestación para los empleados nacionales, y los empleados territoriales dejaron de estar sometidos a esa disposición cuando se expidió la Ley 33 de 1.985.

En relación con los factores salariales para liquidar la pensión, se expidió el Decreto 1045 de 1978, que señaló:

"Artículo 45. De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) *La asignación básica mensual;*
- b) *Los gastos de representación y la prima técnica;*
- c) *Los dominicales y feriados;*
- d) *Las horas extras,*
- e) *Los auxilios de alimentación y transporte;*
- f) *La prima de navidad;*
- g) *La bonificación por servicios prestados;*
- h) *La prima de servicios;*
- i) *Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;*
- j) *Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto - ley 710 de 1978;*
- k) *La prima de vacaciones;*
- l) *El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;*
- m) *Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968."*

La modificación de los requisitos y monto de la pensión de jubilación de los servidores públicos de todos los órdenes, prevista en el Decreto 1045 de 1978, se produjo con la expedición de la **Ley 33 de 1985**, que derogó expresamente los artículos 27 y 28 del Decreto 3135 de 1968, unificó la edad de pensión a cincuenta y cinco (55) años, y determinó que dicha prestación se debía liquidar con base en el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes realizados por el pensionado durante el último año de servicios, los cuales fueron discriminados en su artículo 3 así:

"ARTICULO 3º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trata de empleados del orden nacional:

- *Asignación básica*
- *Gastos de representación*
- *Prima técnica*
- *Dominicales y feriados*
- *Horas Extras*
- *Bonificación por servicios prestados*
- *Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.*

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

A continuación la Ley 62 de 1.985 modificó el art. 3 de la Ley 33 de 1.985, de la siguiente forma:

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

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

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

Ahora, el objeto del presente apartado radica en la intelección, alcance o entendimiento que ha de otorgarse al artículo 1 de la ley 62 de 1985, de conformidad con la Sentencia de Unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo de fecha 4 de agosto de 2010, expediente 0112-09, siendo Consejero Ponente, el Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila; en la que concluyó que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. Pronunciándose en los siguientes términos:

"... Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción, de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

169

(...) Entonces, si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social, no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar...".

(...) Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los **factores que constituyen salario**, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación, directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos pro antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional.15 (Al respecto, ver el concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.)

(...) No es posible incluir la indemnización de vacaciones toda vez que las vacaciones no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador, por lo cual, no es posible computarlas para fines pensionales. En efecto, esta Corporación ha precisado que la compensación monetaria, que se otorga al trabajador cuando no disfruta de sus vacaciones, no puede servir de base salarial para liquidar la pensión de jubilación. Por estas razones se comparte la decisión de primera instancia, en la medida que no ordenó la inclusión de este factor dentro del salario base de liquidación pensional.

Tampoco es posible tener en cuenta la bonificación por recreación...". (subrayado fuera de texto).

En consecuencia y de conformidad con la sentencia de unificación citada, para liquidar la Pensión de Jubilación es válido tener en cuenta todos los **factores que constituyen salario**, es decir, aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más

de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio, así mismo las primas de navidad y de vacaciones que constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías. Exceptuándose, lo relativo a la bonificación por recreación y la indemnización de vacaciones.

2.1.3. Pensión de Jubilación por aportes, Ley 71 de 1988.

Se tiene que esta modalidad de pensión cumple una función primordial en nuestro Estado Social de Derecho, por cuanto permitió que las personas que no cumplieran la totalidad de los requisitos en el régimen privado o el público, pudiesen acumular su tiempo de servicio para obtener su pensión de vejez o jubilación, pues antes de esta normatividad no se permitía tal situación, lo que constituye un avance significativo para lograr la protección del ser humano, en los diferentes riesgos sociales, como es la vejez.

Lo anterior, fue expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-012 de 1994, M.P. ANTONIO BARRERA CARBONELL, de la siguiente forma:

*"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."*⁸

El artículo 7 de la ley 71 de 1988 establece los requisitos para acceder a la pensión de jubilación por aportes, así:

"Artículo 7.- Reglamentado por el Decreto Nacional 2709 de 1994. 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."

El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Alfonso Vargas Rincón, sentencia de fecha 13 de febrero de 2014, expediente 25000-23-25-000-2012-01566-01(1676-13), expuso:

⁸ Posición Reiterada en sentencia de la Corte Constitucional C-623 de 1998.

"La pensión de jubilación por acumulación de aportes, resulta de la sumatoria de tiempos cotizados en el sector público y privado. Este sistema permitió que quienes durante su trayectoria laboral, hubieren prestado sus servicios a entidades de naturaleza pública y empleadores del sector privado pudieran consolidar su derecho a la pensión, lo cual no era posible hasta la promulgación de la Ley 71 de 1988."

Por su parte, el Decreto 2709 de 1994 por medio el cual se reglamentó el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, señaló:

"Artículo 1º. Pensión de jubilación 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."

En ese orden, son dos los requisitos exigidos para adquirir el estatus de pensionado de acuerdo a este régimen, acreditar 20 años de cotización en cualquier tiempo en cualquier caja de previsión o el seguro social, 55 años de edad si es mujer o 60 años de edad si es hombre.

En cuanto al salario base de liquidación de la pensión por aportes, el artículo 6 del mencionado Decreto 2709 de 1994 que fue derogado por el Decreto 1474 de 1997, preceptuaba lo siguiente:

*"Artículo 6º. 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."

Teniendo en cuenta, que esta norma establecía el salario base para liquidar la pensión por aportes, fue derogada claramente por el Decreto 1474 de 1997, este Despacho procede analizar algunos pronunciamientos del Consejo de Estado, con la finalidad de determinar cuál es la norma que establece la forma de liquidar la pensión por aportes.

Se encuentra que el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE, en sentencia del 18 de marzo de 2010, expediente 15001-23-31-000-2002-02202-01(2322-08), expuso lo siguiente:

"Por otra parte, advierte la Sala que el Tribunal Administrativo de Boyacá invocó equivocadamente como fundamento normativo para el caso sub exámine el artículo 6º del Decreto 2709 de 1994 para establecer que el ingreso base de liquidación "corresponde al salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios", norma ésta que, como se advirtió anteriormente, fue derogada de manera expresa por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, razón por la cual, la nueva 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 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que dispone:

"El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior [beneficiarios del régimen de transición] que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE".

Dicha conclusión resulta acorde con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 19 y en el inciso 2º del artículo 22 del Decreto 1474 de 1997 al señalar que los bonos pensionales que haya lugar a expedir por razón de la pensión de jubilación por aportes serán reconocidos y pagados por la entidad competente para expedir dichos bonos en el nivel nacional o territorial y que el ingreso base de liquidación para el bono de los beneficiarios del régimen de transición "se establecerá de acuerdo con el tercer inciso del artículo 36 de la Ley 100 de 1993".

La anterior postura jurisprudencial fue reiterada por el Consejo de Estado⁹, Sección Segunda, Subsección B, C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE, en sentencia del 9 de junio de 2011, expediente 25000-23-25-000-2005-05520-01(1117-09), así:

"Sobre este punto la Sala reitera en esta oportunidad lo que ha señalado esta Sub-Sección en la sentencia del 18 de marzo de 2010¹⁰, en el sentido de que 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 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993"

3. Actos Administrativos acusados en temas de reliquidación de pensiones.

Sobre el particular, debe traerse a colación la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 09 de Febrero de 2006, Radicación número.: 25000-23-25-000-2003-06180-01(5059-05), Consejero Ponente: Tarsicio Cáceres Toro, ha manifestado que:

"[S]e advierte que cuando se trata de una NUEVA PETICIÓN DE RELIQUIDACIÓN PENSIONAL, para incluir factores pensionales, no es necesario acusar en nulidad el ACTO DE RECONOCIMIENTO PENSIONAL que tiempo atrás se dictó. Normalmente este acto es demandable cuando en su momento contra él se interpone recurso en vía gubernativa con la finalidad ya señalada, sin que haya de por medio una posterior PETICIÓN DE RELIQUIDACIÓN con su propio acto administrativo resolutorio." (Negrilla fuera de texto).

En la misma perspectiva, el Tribunal Administrativo de Boyacá, del 24 de noviembre de 2011, Magistrado Ponente Jorge Eliécer Fandiño Gallo, en la que se indicó que:

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, sentencia del 4 de agosto de 2010, 25000-23-25-000-2004-01406-01(1628-06).

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B". Sent. del 18 de marzo de 2010. Ref.: 150012331000200202202 01Nº (2322-2008) C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

"(...)

*Si un pensionado presenta nueva petición de reliquidación, para incluir factores pensionales, no es necesario demandar el acto de reconocimiento pensional que tiempo atrás se expidió, **pues este acto es demandable cuando en su momento contra él se interponen recursos gubernativos**. Pero si pasado cierto tiempo se presenta otra solicitud de reliquidación, solo debe acusarse este acto, siempre y cuando no sea susceptible de los recursos gubernativos, porque en caso de proceder, deberá interponerlos, haciéndose necesario demandar, tanto el acto inicial como los actos proferidos con ocasión de los recursos."* (Negrilla fuera de texto)."

Así las cosas, conforme al criterio del Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Boyacá si pasado cierto tiempo se presenta una solicitud de reliquidación, solo debe acusarse este acto, siempre y cuando no sea susceptible de los recursos gubernativos, es decir, cuando se trata de una nueva petición de reliquidación pensional, solicitando la inclusión de factores salariales no es necesario acusar el acto de reconocimiento pensional.

En el sub-lite, la parte actora acusa de nulidad la Resolución No. 019764 del 13 de junio de 2011 emitida por el Seguro Social por medio de la cual se le reconoce la pensión de jubilación, y la Resolución No. 23956 del 27 de junio de 2012, por la cual esta entidad resolvió la solicitud de reliquidación elevada por la demandante de forma desfavorable. En consecuencia, siguiendo la posición jurisprudencial antes señalada, el Despacho tendrá como demandada la Resolución 23956 del 27 de junio de 2012, que fue el acto que negó la solicitud de reliquidación de pensión elevada por la parte actora.

4.-CASO CONCRETO.-

Al plenario con los medios de prueba allegados se puedo acreditar que:

- La demandante nació el 18 de enero de 1955.¹¹
- La señora Claudina Garzón Espitia se vinculó con el Hospital San Salvador de Chiquinquirá del 20 de diciembre de 1977 al 15 de septiembre de 1983, en el cargo de auxiliar de enfermería.¹²
- Luego se vinculó a la Caja Nacional de Previsión desde el 16 de septiembre de 1983 al 30 de diciembre de 1993, como auxiliar de enfermería.¹³
- Posteriormente se vinculó con la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja¹⁴ en el cargo de auxiliar de Enfermería Código 555 Grado 31, de la siguiente forma:

ORDEN DE TRABAJO	PERIODO
401 DE 1998	11 al 30 JUNIO
498 DE 1998	01 al 30 JULIO
586 DE 1998	01 al 30 AGOSTO

¹¹ Folio 13 y 132 CD que contiene el expediente administrativo de la demandante.

¹² Folios 15 y 24 del expediente. Así como folio 132 CD que contiene el expediente administrativo de la demandante.

¹³ Folio 16 del expediente. Así como folio 132 CD que contiene el expediente administrativo de la demandante.

¹⁴ Folios 31 y 32 del expediente.

668 DE 1998	01 al último de SEPTIEMBRE
794 DE 1998	09 AL 31 DE OCTUBRE
803 DE 1998	01 AL 10 NOVIEMBRE
1010 DE 1998	17 AL 30 DE NOVIEMBRE
1080 DE 1998	1 AL 7 DICIEMBRE
1124 DE 1998	08 AL 30 DICIEMBRE
0026 DE 1999	05 AL 30 ENERO
115 DE 1999	1 AL 15 FEBRERO
203 DE 1999	17 AL 28 FEBRERO
286 DE 1999	1 AL ÚLTIMO DE MARZO
402 DE 1999	1 AL 12 DE ABRIL
482 DE 1999	3 AL ULTIMO DE MAYO

A través de nombramiento provisional desde el 1 junio de 1999 hasta el 8 de abril de 2005.

- Luego según el reporte de semanas cotizadas expedido por el Instituto del Seguro Social, de fecha 22 de mayo de 2012¹⁵, se puede constatar los empleadores que hicieron aportes a pensiones así:

COOPERATIVA MULTIACT, del 01 de abril de 2005 al 30 de abril de 2005.

SOLUCIONES C.T.A. del 1º de junio de 2005 al 31 de octubre de 2005; 1º de enero de 2006 al 28 de febrero de 2006; 1º de mayo de 2006 al 31 de mayo de 2006; 1º de agosto de 2006 al 31 de agosto de 2006; 1º de octubre de 2006 al 31 de diciembre de 2006.

HOSPITAL SAN RAFAEL del 1º de octubre de 2006 al 31 de octubre de 2006.

SOLUCIONES C.T.A. del 1º de enero de 2007 al 28 de febrero de 2007.

COOPERATIVA DE TRAB. Del 1º de abril de 2007 al 31 de diciembre de 2007; del 1º de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2008.

SOLUCIONES C.T.A del 1º de enero de 2009 al 31 de marzo de 2011.

- Según se observa a folio 33 del expediente certificación emitida por el Gerente General de la Cooperativa de Trabajo Asociado Soluciones C.T.A., de fecha 27 de octubre de 2011, la demandante se retiró de esta empresa el día 30 de junio de 2011.
- A través de la Resolución No. 019764 del 13 de junio de 2011 emitida por el Seguro Social, se reconoció pensión de jubilación a la demandante por un valor de \$800.462 pesos, a partir de primero de julio de 2011.¹⁶
- El día 10 de enero de 2012 la demandante radicó derecho de petición ante el Seguro Social, solicitando la reliquidación de la pensión de

¹⁵ Folios 133 del expediente. Así como folio 132 CD que contiene el expediente administrativo de la demandante.

¹⁶ Folios 34 y 39 del expediente.

jubilación teniendo en cuenta el 75% del salario promedio que sirvió de base para calcular los aportes durante el último año de servicios.¹⁷

- Por medio de la Resolución No. 23956 del 27 de junio de 2012, el Seguro Social resolvió la solicitud de reliquidación elevada por la demandante de forma desfavorable.¹⁸
- Conforme a la certificación emitida por la Subgerencia Administrativa y Financiera de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, se puede establecer que la demandante entre el 8 de abril de 2004 al 8 de abril de 2005, devengó los siguientes emolumentos: Sueldo, horas extras, bonificación, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.¹⁹
- La demanda fue presentada el día 25 de junio de 2013.²⁰

Descendiendo al caso concreto, tenemos que la demandante al 1º de abril de 1994 fecha en la cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993, tenía 39 años de edad, teniendo como derrotero su fecha de nacimiento que tuvo lugar el día 18 de enero de 1955. Así mismo, se encontraba vinculada desde el 20 de diciembre de 1977, primero al Hospital San Salvador de Chiquinquirá y luego a la Caja Nacional de Previsión, sin solución de continuidad, en consecuencia al 1º de abril de 1994, contaba con 16 años, 3 meses y 11 días de servicio. En ese orden, es claro para el Despacho, que la demandante es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

De otra parte, la demandante adquirió el estatus de pensionada el día 18 de enero de 2010, pues cumplió 55 años de edad y más de 20 años de servicio, tanto en el sector público como en el sector privado.

Se hace claridad que si bien, la demandante acreditó haber laborado como servidora oficial antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no acreditó haber laborado 20 años continuos o discontinuos como servidora pública exclusivamente, por lo que no es aplicable la ley 33 de 1985, pues según las pruebas obrantes en el proceso, se encuentra que estuvo vinculada al Hospital San Salvador de Chiquinquirá y Caja Nacional de Previsión. Así mismo, se vinculó al Hospital San Rafael de Tunja como servidora pública y como contratista (ordenes de trabajo). Finalmente se prestó sus servicios a través de Cooperativas de Trabajo Asociado.

También, es claro que no es posible acceder a la reliquidación de la pensión en comento, como lo señala la demandante, esto es teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, comprendido este entre el 30 de abril de 2004 y el 30 de marzo de 2005, como lo sugiere la parte actora, puesto que si bien ese año corresponde al último año laborado como servidora pública, en esa fecha no adquirió el estatus de pensionada, pues este se configuró el día 18 de enero de 2010, cuando la accionante cumplió los 55 años de edad.

¹⁷ Folios 40 y 50 del expediente.

¹⁸ Folios 69 y 71 del expediente. Así como folio 132 CD que contiene el expediente administrativo de la demandante.

¹⁹ Folios 51-52 y 73-74 del expediente.

²⁰ Folio 75 del expediente.

Pues hasta tanto no se cumplan los dos requisitos, tiempo de servicio y edad no ha nacido el derecho a la pensión²¹, como lo señalado la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos:

*"Para la Sala es claro, que mientras no se reúnan los requisitos legales para obtener derecho a una pensión, tal aspiración constituye apenas una mera posibilidad de adquirirlo; **es decir, que mientras el trabajador no cumpla con los requisitos del tiempo de servicio y de la edad, no tiene un derecho cierto, sino una expectativa de derecho a la jubilación.**"²²*

De otra parte, no es posible acceder a la suplicas de la demanda, en el entendido que el régimen aplicable a la demandante por ser beneficiaria del régimen de transición de la ley 100 de 1993, no es el régimen general del sector público, pues como se indicó no es viable aplicar la normatividad anterior de forma caprichosa, pues para tal fin se debe verificar que el beneficiario cumpla a cabalidad los requisito de éste. En ese sendero, se reitera, si bien la demandante laboró la mayor parte del tiempo como servidora pública este no fue exclusivo al servicio del estado, sino que tuvo que laborar en el sector privado para completar el tiempo de servicio. En consecuencia la accionada aplicó en debida forma la normatividad porque reconoció la pensión de jubilación conforme a lo establecido en la Ley 71 de 1988.

Adicionalmente, para efectos de liquidar la pensión de la demandante aplicó el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Situación que resulta acorde con lo expuesto por el Consejo de Estado, pues no es posible aplicar el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, que señalaba que correspondía al promedio de lo devengado en el último año de servicios, norma que fue derogada por el Decreto 1474 de 1997, normas que reglamentan el régimen de la pensión de jubilación por aportes, más aún cuando lo que solicita la demandante es desfavorable, ya que en el último año de servicios devengó el salario mínimo mensual legal vigente, esto es en el periodo comprendido entre el 18 de enero de 2009 al 17 de enero de 2010, fecha en la que cumplió el estatus de pensionada.

En ese orden de ideas, se denegará la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

4. Costas.-

El artículo 188 del CPACA dispone que:

"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

Conforme a lo anterior y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso²³ en la liquidación de costas habrá de tenerse en

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 1º de agosto de 2013, expediente 11001-03-25-000-2009-00090-00(1211-09), señaló "Así la adquisición del estatus de pensionado acontece con la concurrencia de los dos requisitos señalados por la norma precitada (...) relativos al tiempo de servicios y a la edad."

²² Sentencia C-012 de 1994

²³ Disposición aplicable a partir de la fecha conforme lo dispuso la sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado, de fecha 25 de junio de 2014, siendo C.P. Enrique Gil Botero, en el expediente:

cuenta que, solo habrá lugar a ellas, cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Ahora bien, al valorar en el presente caso la condena en costas, encuentra el Despacho que si se causaron tanto gastos procesales como agencias en derecho. En ese entendido y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 365 del C.G.P. y lo dispuesto en el Acuerdo 1887 de 2003, se condena a la parte demandante al pago de costas y se señala como agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación, **el tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda.** Por Secretaría, Líquidense.

III. DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

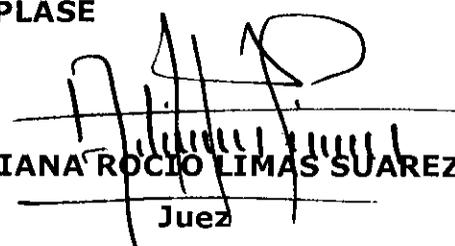
FALLA:

PRIMERO.- DENEGAR las pretensiones de la demanda interpuesta por la señora **CLAUDINA GARZÓN ESPITIA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, por las razones expuestas.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas a la señora **CLAUDINA GARZÓN ESPITIA**, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP. En cuanto a Las agencias en derecho se establece en la suma correspondiente **al tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Por Secretaría líquidense.

TERCERO.- En firme la sentencia, háganse las comunicaciones del caso y archívese el proceso previa anotación en el programa "Justicia Siglo XXI". Si al liquidarse los gastos ordinarios del proceso quedaren remanentes a favor del consignante, desde ahora se ordena la devolución correspondiente. Desde ahora se autoriza la expedición de las copias que soliciten las partes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ADRIANA ROCIO LIMAS SUAREZ
Juez

ARLS/FJCM



**JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

*La presente providencia se notificó por Estado Electrónico
Nro. 37 Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial,
Hoy, 24 de SEPTIEMBRE de 2014 siendo las 8:00 A.M.*

ANDRÉS VARGAS CASTRO
Secretario