



# Sentencia 2009-01131 de 2019 Consejo de Estado

ACTIVIDAD DE ALTO RIESGO -Regulación legal / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL PARA ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO / INGRESO BASE DE COTIZACIÓN

En criterio de la Sala, teniendo en cuenta el marco normativo referido en acápite anteriores, así como el acervo probatorio allegado al proceso, al demandado Álvaro Comas García le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de alto riesgo prevista en el Artículo 140 de la Ley 100 de 1993, reglamentada por el Decreto 1835 de 1994 por haber desarrollado actividades clasificadas como de alto riesgo en el cuerpo de bomberos del Distrito de Barranquilla, aspecto que no se encuentra en discusión por las partes ya que no fue objeto de la apelación, razón por la cual, en tal sentido, le asiste razón al *A quo* al señalar que el Distrito deberá continuar pagando el derecho pensional del actor pero entendido este como pensión de vejez de alto riesgo. En cuanto al monto pensional, es claro para la Sala de Subsección que le resulta más favorable al actor la regla contenida en el Artículo 34 de la Ley 100 de 1993 en cuanto consagra la posibilidad de aumentar la tasa de reemplazo del 75 al 85%, teniendo en cuenta el número de semanas cotizadas por el actor para la fecha de adquisición del estatus pensional (2001), pues del acervo probatorio se extrae que el demandado prestó servicios por espacio de 27 años como empleado de la Alcaldía Distrital de Barranquilla (folios 87 y 88), y que prestó el servicio militar como soldado entre el 14 de febrero de 1971 y el 20 de enero de 1973, es decir, durante un 1 año y 11 meses y 7 días, para un total de 28 años y 11 meses y 7 días al servicio del Estado Colombiano que equivalen a 1488 semanas laboradas. En este punto es preciso recordar que esta Corporación ha sido diáfana al indicar que de conformidad con lo previsto en el Decreto 1950 de 1973 y las Leyes 48 de 1993 y 1861 de 2017, el tiempo de servicio militar obligatorio debe ser tenido en cuenta para el cómputo de la pensión.

FUENTE FORMAL : CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO – ARTÍCULO 268 / DECRETO 1835 DE 1994- ARTÍCULO 4 / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 34 INCISO 1º / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 289 / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 140 / LEY 4 DE 1992 / LEY 100 DE 1993- ARTÍCULO 21 / LEY 797 DE 2003 - ARTÍCULO 5 / DECRETO 1950 DE 1973 / LEY 48 DE 1993 / LEY 1861 DE 2017

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 08001-23-31-000-2009-01131-01(4229-14)

Actor: DISTRITO ESPECIAL INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA

Demandado: ÁLVARO COMAS GARCÍA

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Sentencia de Segunda Instancia. Decreto 01 de 1984

ASUNTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 18 de julio de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda instaurada por el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el señor Álvaro Comas García.

I.- ANTECEDENTES

Por conducto de apoderado judicial, el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el Artículo 85 del Código Contencioso Administrativo contra el señor Álvaro Comas García, con el fin que se declare la nulidad de la Resolución N° 248 del 18 de noviembre de 2003, «*Por medio de la cual se reconoce una pensión vitalicia de jubilación*», y en consecuencia, se ordene el reintegro de la totalidad de las sumas pagadas a la demandada desde el 5 de diciembre de 2003 hasta el día que se profiera la sentencia que decrete la nulidad del acto administrativo demandado.

De manera subsidiaria solicitó que se ordene la reliquidación de la prestación y el reintegro, a favor del Distrito de Barranquilla, de la diferencia de todas las sumas pagadas en exceso al demandado desde el día 5 de diciembre de 2003, hasta aquel en que se profiera la sentencia que decrete la nulidad del acto administrativo demandado.

1.2.- HECHOS<sup>1</sup>

El apoderado de la parte demandante señaló como fundamentos fácticos de la demanda, los siguientes:

El señor Álvaro Comas García laboró para el Cuerpo de Bomberos del Distrito de Barranquilla durante 26 años, 8 meses y 13 días.

Nació el 19 de febrero de 1951, por lo tanto, para la fecha en que le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación contaba con 52 años de edad.

El último cargo desempeñado por el demandado fue el de Jefe Departamento de Cuerpo de Bomberos - Secretaría de Gobierno del Distrito de Barranquilla.

Mediante Resolución N° 248 del 18 de noviembre de 2003, suscrita por el Secretario de Hacienda Distrital de Barranquilla, le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación en virtud de lo dispuesto en los Artículos 11 y 12 del Acuerdo 010 de 30 de diciembre de 1958.

1.3.- DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN<sup>2</sup>

Se invocó en la demanda la violación de las siguientes disposiciones normativas: los Artículos 4, 6, 13, 48 y 150 numeral 19 literales e. y f. de la Constitución Política, 1° de la Ley 33 de 1985, 33 y 36 de la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo N° 004 del 6 de marzo de 1989.

Como concepto de violación el apoderado de la demandante, en síntesis, adujo que el acto administrativo mediante el cual se reconoció la pensión vitalicia de jubilación al demandado con fundamento en el Acuerdo 010 de 1958, viola ostensiblemente los Artículos 4, 6, 48 y 150 de la Constitución Política, por cuanto la pensión de jubilación debió reconocerse en los términos establecidos en la ley.

Afirmó que el acto administrativo demandado determina que la prestación se concede con fundamento en la Ley 33 de 1985, norma que consagra que la edad para tener derecho a la pensión es de 55 años. No obstante, en el presente caso, al demandado se le reconoció la pensión al cumplir 50 años de edad con base en lo dispuesto en el Acuerdo 010 del 30 de diciembre de 1958, expedido por el Concejo Municipal de Barranquilla.

#### 1.4.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>3</sup>

El apoderado judicial del señor Álvaro Comas García se opuso a las pretensiones de la demanda.

Manifestó que el tiempo laborado por el demandado en el Distrito de Barranquilla fue de 27 años, pero para efectos pensionales debe tenerse en cuenta el Servicio Militar Obligatorio prestado durante un 1 año y 11 meses, para un total de 28 años y 11 meses al servicio del Estado Colombiano.

Señaló que el acto administrativo cuya nulidad se deprecia no transgrede disposición legal alguna. Agregó que el Distrito, al haber cotizado a favor del demandado sólo 4 semanas, está obligado a reconocer la pensión en los términos previstos por los Decretos 1281 de 1994, "Por el cual se reglamentan las actividades de alto riesgo.", 1835 de 1994, "por el cual se reglamentan las actividades de alto riesgo de los servidores públicos" y 2090 de 2003 "Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades."

Adujo que el personal adscrito a los cuerpos de bomberos son trabajadores de alto riesgo y como tal, están sometidos a unas reglas especiales para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez. Indicó que el Artículo 3º del Decreto 1835 de 1994 consagra que por cada 60 semanas cotizadas en exceso sobre las primeras 1000, se disminuirá en un (1) año la edad para pensionarse y que en ese mismo sentido lo prevén los Artículos 3º y 4º de los Decretos 1281 y 1835 de 1994 y 2090 de 2003.

Expresó que con base en tales disposiciones, es válido afirmar que el accionado cotizó más de 1750 semanas, por tanto, la edad para pensionarse era de 50 años y no de 55 como se afirma en el memorial introductorio.

Finalmente, propuso la excepción de "falta de causa para demandar" y expresó que el Acuerdo 010 de 1958 ha servido como sustento normativo para conceder el derecho pensional a una cantidad considerable de servidores del distrito.

No obstante, planteó que, si en gracia de discusión se aceptara que el mencionado Acuerdo no es aplicable, tendría que acudir al principio de la condición más favorable para el pensionado en cuanto al monto pensional, razón por la cual estima que el *quantum* inicial de su pensión debió ser el 85% de su salario promedio de cotización, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 34 de la Ley 100 de 1993, por haber laborado aproximadamente 28 años que equivalen a 1.750 semanas.

#### 1.5.- LA SENTENCIA APELADA<sup>4</sup>

El 18 de julio de 2014, el Tribunal Administrativo del Atlántico profirió sentencia de primera instancia mediante la cual declaró la nulidad parcial del Artículo primero de la Resolución N° 248 de 18 de noviembre de 2003 -expedida por el Secretario de Hacienda Distrital y el Jefe de División de Pensiones de Distrito de Barranquilla - en lo que se refiere a la expresión "vitalicia de jubilación", e indicó que en su lugar debería tenerse por pensión especial de vejez (Artículo 3 del Decreto 1835 de 1994).

Como consecuencia de lo anterior, dispuso que el Distrito de Barranquilla seguiría pagando la pensión al señor Álvaro Comas García, pero bajo ese concepto.

De otra parte, el *a quo* también declaró la nulidad parcial del Artículo segundo de la Resolución N° 248 de 18 de noviembre de 2003, expedida por el Secretario de Hacienda Distrital y el Jefe de División de Pensiones del Distrito de Barranquilla, en lo que se refiere a la expresión "con una mesada por valor de "2.821.666.00" (sic) y, en su lugar dispuso que la mesada sería equivalente al 75% del salario promedio de lo devengado en el último año de servicio.

Como consecuencia de lo anterior, determinó que el Distrito de Barranquilla seguiría pagando la pensión al señor Álvaro Comas García, pero con base en ese monto.

Finalmente, denegó las demás pretensiones de la demanda.

En tal sentido, el Tribunal consideró que el derecho pensional del demandado quedó consolidado el día 19 de febrero de 2001, de conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 010 de 1958, es decir, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y de la declaratoria de inexecutable de la expresión "o cumplan dentro de los dos años siguientes", contenida en el Artículo 146 de esa misma ley, razón por la cual concluyó que el acto administrativo de reconocimiento de la pensión, además de ser expedido por fuera de los parámetros legales, al fundamentarse en el Acuerdo 010 de 1958, no quedó jurídicamente avalado en virtud de lo establecido en el Artículo 146 *ibidem*.

De otra parte, hizo referencia al régimen pensional aplicable al personal del cuerpo de Bomberos del cual hacía parte el señor Álvaro García Comas, e indicó que de conformidad con lo establecido en el Artículo 3° del Decreto 1835 de 1994, la pensión especial de vejez se obtendrá con el lleno de los requisitos generales de edad (55 años para hombres y mujeres) y de tiempo de cotización (1000 semanas para el personal del DAS y del Cuerpo de Bomberos). Sin embargo, por cada 60 semanas de cotización especial adicionales a las primeras 1000 semanas, se disminuirá un año de edad sin que esta pueda ser inferior a 50 años.

Concluyó que el señor Comas García cumplió las 1000 semanas de cotización, que exige el numeral 2° del Decreto 1835 de 1994, para tener derecho a la pensión de vejez y que habría cotizado 388 semanas adicionales a las 1000, lo que representaría 6 periodos, cada uno de 60 semanas ( $388/60=6$ ).

Al aplicar tal disminución, el *a quo* consideró que el demandado cumplió con los requisitos establecidos en el Decreto 1835 de 1994 para acceder a la pensión especial de vejez, es decir, 1000 semanas de cotización en actividades de riesgo en el Cuerpo de Bomberos y 50 años de edad.

En cuanto al monto de la pensión, citó el Artículo 4° del Decreto 1835 de 1994, según el cual, quienes estuvieran vinculados al Cuerpo de Bomberos con anterioridad a su vigencia (4 de agosto de 1994), no tendrían condiciones menos favorables en lo que respecta al monto de la pensión a las existentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993, razón por la cual consideró que al demandado le era aplicable lo establecido en el Artículo 1° de la Ley 33 de 1985, que estableció como monto de la pensión el 75% del salario promedio de lo devengado en el último año de servicios.

Con base en lo anterior, concluyó que el demandado completó los requisitos establecidos en el Decreto 1835 de 1994, el día 16 de febrero de 2001 (sic), al cumplir 50 años de edad y tener 1000 semanas cotizadas y que siendo así, la pensión de jubilación sería equivalente al 75% del salario promedio de lo devengado en el último año de servicio y no el 100% de éste, como le había sido reconocida.

#### 1.6.- LA APELACIÓN<sup>5</sup>

El apoderado del señor Álvaro Comas García presentó recurso de apelación en contra de la decisión del Tribunal Administrativo del Atlántico, pues consideró que por un error involuntario, el *a quo*, al contabilizar el tiempo de servicio, tuvo en cuenta únicamente el prestado a la entidad demandante, pero no tuvo en cuenta un (1) año y once (11) meses en los que su poderdante prestó el servicio militar obligatorio.

En tal sentido, estima que la reliquidación de la pensión de jubilación del demandado debe ser en un 85% del promedio salarial devengado durante los últimos años de servicio.

Adujo que si bien al actor se le debe reconocer su pensión de jubilación de conformidad con lo señalado en la Ley 33 de 1985 y en el numeral 1° del Artículo 3° del Decreto 1835 de 1994, en el presente caso, le resulta más favorable lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.

En este punto, afirmó que el Artículo 34 de la Ley 100 de 1993 establecía que las pensiones de jubilación debían ser reconocidas en un monto máximo del 85% del salario base de liquidación, norma que fue modificada por la Ley 797 de 2003, que disminuyó el porcentaje para la liquidación de las prestaciones reguladas por el régimen general de pensiones determinando que a partir del año 2005 éste oscilaría entre el 80 y el 70.5%, pero, aclaró que ésta modificación fue posterior a la fecha en que el demandado adquirió el status pensional por lo que no resultaría aplicable.

Por lo expuesto, solicitó elevar la cuantía de la pensión de jubilación del señor Comas García al 85% del salario promedio de lo devengado durante los últimos diez (10) años de servicio, dando aplicación a lo señalado en el inciso primero del Artículo 34 de la Ley 100 de 1993, por cuanto adquirió el status pensional antes del 16 de febrero de 2001 (sic), fecha para la cual se establecía un monto máximo del 85% para la liquidación de la pensión de vejez; lo anterior en virtud del principio de favorabilidad.

#### 1.7.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Las partes guardaron silencio.

#### 1.8.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO<sup>6</sup>

El Ministerio Público, conceptuó que debe confirmarse la sentencia de primera instancia, toda vez que el inciso primero del Artículo 4° del Decreto 1835 de 1994 remite a la Ley 100 de 1993, pero sólo para aquellas personas que no están incluidas dentro de la relación de funcionarios que contempla el Artículo 2°, que ejecutan actividades peligrosas, y como en este caso sí está prevista la de bombero, no es posible acudir al Sistema General como lo pretende el demandado, razón por la cual consideró que para determinar el monto de la prestación es necesario aplicar la Ley 33 de 1985.

Concluyó entonces que en el presente caso el régimen de transición establecido en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite aplicar la regulación especial contenida en el Decreto 1835 de 1994 y ante el vacío sobre la liquidación, es evidente que se deben aplicar las Leyes 33 y 62 de 1985 que son las anteriores a la Ley 100 de 1993, pues no es cierto, como lo aduce el demandado que con el Régimen General pueda pensionarse a los 55 años, pues es evidente que la regulación exige para los hombres 60 años de edad.

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

## II. CONSIDERACIONES

### 1.- Problema jurídico

De conformidad con los argumentos expuestos en el recurso presentado por la parte demandada, a la Sala de Subsección le corresponde determinar si la pensión especial de vejez reconocida al señor Álvaro Comas García, en su calidad de beneficiario del régimen de transición consagrado en el Artículo 4° del Decreto 1835 de 1994<sup>7</sup>, debe ser reliquidada con fundamento en lo dispuesto en el inciso 1° del Artículo 34 de la Ley 100 de 1993, vigente para la época en la que adquirió el status pensional.

Para resolver el problema jurídico, la Sala se referirá al marco normativo de las pensiones de alto riesgo desarrollado por el Decreto 1835 de 1994 y a continuación analizará el caso concreto.

### 2.- Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso

#### 2.1. Antecedentes de la Actividad de Alto Riesgo en la Legislación Colombiana

Los Artículos 268 a 272 del Código Sustantivo del Trabajo consagraban una pensión de jubilación derivada del ejercicio de ciertas actividades consideradas riesgosas.

Acorde con dichas disposiciones, ostentaban tal categoría las desempeñadas por Ferroviarios (Art. 268), Radioperadores (Art. 269), Aviadores de Empresas Comerciales, trabajadores de empresas mineras que prestaran sus servicios en socavones, las de aquellos que se dedicaban a labores a temperaturas anormales (Art.270) y las de los profesionales y ayudantes de establecimientos particulares dedicados al tratamiento de la tuberculosis (Art. 272).

La normatividad en comento establecía unos requisitos especiales para que estas personas pudieran acceder a su derecho a la pensión. Sin embargo, el Artículo 289 de la Ley 100 de 1993, derogó todas las disposiciones que le fueran contrarias y, de manera específica, las consagradas en los Artículos 268, 269, 270, 271 y 272 del Código de Sustantivo del Trabajo, entre otras.

Así mismo, el legislador en el Artículo 140 de la Ley 100 de 1993, señaló que el Gobierno Nacional, de conformidad con lo establecido en la Ley 4ª de 1992, expediría el régimen de los servidores públicos que laboraran en actividades de alto riesgo, teniendo en cuenta una menor edad de jubilación o un número menor de semanas de cotización o ambos requisitos.

Fue así como, en virtud de lo anterior, se expidió el Decreto 1835 de 1994, a través del cual se reglamentaron las actividades de alto riesgo de los servidores públicos.

El Artículo 2º del Decreto en comento, enlistó las actividades que son consideradas de alto riesgo:

“Artículo 2º. Actividades de alto riesgo. En desarrollo del Artículo 140 de la Ley 100 de 1993, sólo se consideran actividades de alto riesgo las siguientes:

(...)

5. En los Cuerpos de Bomberos para los cargos descritos a continuación y que tengan como una de sus funciones específicas actuar en las operaciones de extinción de incendios y demás emergencias relacionadas con el objeto de los cuerpos de bomberos, así:

Capitanes

Tenientes

Subtenientes

Sargentos I

Sargentos II

Cabos

Bomberos.”

Por su parte, el Artículo 4º *ibídem* estableció un régimen de transición para los funcionarios de las entidades señaladas en ese capítulo, que

laboraran en las actividades descritas en los numerales 1o. y 5o. del Artículo 2o., de ese Decreto, que estuviesen vinculados a ellas con anterioridad a su vigencia, así:

“ARTICULO 4o. REGIMEN DE TRANSICION. <Artículo corregido por el Artículo 1o. del Decreto 898 de 1996. El nuevo texto es el siguiente:> Los funcionarios de las Entidades señaladas en este capítulo, que laboren en las actividades descritas en los numerales 1o. y 5o. del Artículo 2o., de este Decreto, que estuviesen vinculados a ellas con anterioridad a su vigencia, no tendrán condiciones menos favorables, en lo que respecta a la edad para acceder a la pensión de vejez o jubilación, el tiempo de servicio requerido o el número de semanas cotizadas y el monto de ésta pensión, a las existentes para ellos en las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

Para los demás servidores las condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez o jubilación, se regirán por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos, particularmente en lo relacionado al monto de las cotizaciones a cargo del respectivo empleador.”

Así mismo, el Artículo 13 del Decreto No. 1835 de 1994, expresamente señaló que la base para calcular las cotizaciones de los funcionarios y el ingreso base de liquidación serían los establecidos en los Artículos 18 y 21 de la Ley 100, y sus reglamentos.

Al respecto, el Artículo 21 de la Ley 100 de 1993, sobre el ingreso base de liquidación, dispone:

«ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.»

Y el Artículo 18 ibídem, dispuso que la base para calcular las cotizaciones por servicios en el sector público sería el salario mensual señalado por el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4 de 1992. La anterior disposición fue modificada por el Artículo 5° de la Ley 797 de 2003, que consagró como límite de la base de cotización 25 salarios mínimos, aclarando que en todo caso, el monto de la cotización mantendrá siempre una relación directa y proporcional al monto de la pensión.

Y el Artículo 34 de la Ley 100 de 1993 estableció lo siguiente:

«ARTÍCULO 34. El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1000 hasta las 1200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1200 hasta las 1400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el Artículo siguiente.»<sup>8</sup>

El aludido Artículo 34 de la Ley 100 de 1993, también fue modificado por la Ley 797 de 2003 en lo referente al monto de la pensión de vejez, indicando que el valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, y a partir del 2005 el valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.

3. Análisis del caso concreto.

Como motivo de censura, plantea el apoderado del demandado en su recurso de apelación que el *a quo*, al contabilizar el tiempo de servicio, tuvo en cuenta únicamente el prestado a la entidad demandante, pero no tuvo en cuenta un (1) año y once (11) meses en los que su poderdante prestó el servicio militar obligatorio. En tal sentido, estima que la reliquidación de la pensión de jubilación del demandado Álvaro Comas García debe ser en un 85% del promedio salarial devengado durante los últimos años de servicio, en aplicación del Artículo 34 de la Ley 100 de 1993, la cual le resulta más beneficiosa.

Al respecto, el Tribunal Administrativo del Atlántico en la sentencia de primera instancia declaró la nulidad parcial del Artículo primero de la Resolución N° 248 de 18 de noviembre de 2003 -expedida por el Secretario de Hacienda Distrital y el Jefe de División de Pensiones de Distrito de Barranquilla - en lo que se refiere a la expresión "vitalicia de jubilación", e indicó que en su lugar debería tenerse por pensión especial de vejez (Artículo 3 del Decreto 1835 de 1994) y en cuanto al monto, consideró que en virtud del régimen de transición consagrado en el Artículo 4° del mencionado Decreto, al demandado le era aplicable lo establecido en el Artículo 1° de la Ley 33 de 1985, que estableció como monto de la pensión el 75% del salario promedio de lo devengado en el último año de servicios y no el 100% de éste, como le había sido reconocida.

Para resolver la controversia se tendrá en cuenta el material probatorio obrante dentro del proceso cuya presunción de autenticidad no fue objetada por las partes y que le permite a esta Sala de Subsección tener por acreditados los siguientes hechos relevantes:

### 3.1. De lo probado en el proceso

a) Edad del demandado: Aunque no se aportó el registro civil de nacimiento del actor, la fotocopia de la cédula de ciudadanía allegada al folio 187 del expediente, cuya autenticidad no fue objetada por las partes, permite establecer que el señor Álvaro Comas García, nació el 19 de febrero de 1951, por lo tanto, para la fecha del reconocimiento pensional contaba con 52 años de edad.

b) Vinculación laboral del demandado y tiempo de servicios: De acuerdo con el certificado expedido por la Secretaría de Relaciones Laborales del Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla obrante a folios 87 y 88 del expediente, el señor Álvaro Comas García laboró en la Alcaldía Distrital de Barranquilla durante 27 años, tiempo durante el cual ejerció los siguientes cargos:

Bombero - Grupo Cuerpo de Bomberos, Motorista - Grupo Prevención Incendio, Motorista - Cuerpo de Bomberos - Secretaría de Gobierno, Sargento del Cuerpo de Bomberos - Secretaría de Gobierno, Teniente del Cuerpo de Bomberos - Secretaría de Gobierno, Jefe de Grupo de Prevención Incendio Cuerpo de Bomberos - Secretaría de Gobierno, Técnico I - Sección de Prevención de Incendios - Cuerpo de Bomberos - Secretaría de Gobierno, Director Departamento Técnico Operativo Cuerpo de Bomberos - Secretaría de Gobierno, Encargado del Comando de la División Cuerpo de Bomberos - Secretaría de Gobierno, Comandante División Cuerpo de Bomberos - Secretaría de Gobierno, Jefe División Cuerpo de Bomberos - Secretaría de Gobierno, Jefe de la Unidad Cuerpo de Bomberos - Secretaría de Gobierno, Director del Cuerpo de Bomberos - Secretaría de Gobierno y Jefe Departamento Cuerpo de Bomberos - Secretaría de Gobierno.

De acuerdo con lo anterior se desprende que si bien durante determinados interregnos el demandado ejerció algunos de los cargos enlistados en el numeral 5° del Artículo 2° del Decreto 1835 de 1994, (V.gr. Teniente, Sargento, y Bombero) también lo es que la mayor parte del tiempo laborado en el Cuerpo de Bomberos, ostentó empleos diferentes a los allí consagrados.

c). Prestación del servicio militar. Según certificación expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, Secretaría General, Grupo Archivo General, el demandado fue Soldado dado de alta el 14 de febrero de 1971 y dado de baja el 20 de enero de 1973<sup>9</sup>.

d). Semanas cotizadas. Al folio 126 del expediente se aportó el reporte de semanas cotizadas en pensiones, expedido por el ISS el 12 de febrero de 2009 que da cuenta de que el Distrito de Barranquilla cotizó 4 semanas con destino a pensión a favor del demandado, por el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2002 al 31 de julio de 2002.

De otra parte, obra a folio 442 el oficio de fecha 03 de septiembre de 2013, expedido por el Gerente de Gestión Humana de la Alcaldía de Barranquilla en el que informa con destino al proceso que «En lo que respecta a la certificación de pagos de aportes de pensión del demandado en el proceso de la referencia, nos permitimos indicarle que revisada minuciosamente la hoja de vida del señor ÁLVARO COMAS GARCÍA, no se evidencian soportes de pagos por concepto de aportes de pensión, situación esta que imposibilita discriminar detalladamente las semanas cotizadas y el tiempo al que corresponden.»



e). Reconocimiento pensional. Mediante Resolución N° 248 de 18 de noviembre de 2003, suscrita por el Secretario de Hacienda Distrital y el Jefe de División -Pensiones, se reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación al señor Álvaro Comas García<sup>10</sup>.

En la parte considerativa de dicho acto administrativo se indica que el último cargo por él ocupado fue el de Jefe de Departamento Cuerpo de Bomberos, adscrito a la Secretaría de Gobierno del Distrito de Barranquilla y que, a la fecha, contaba con 52 años cumplidos, y había prestado sus servicios al Distrito durante 26 años, 8 meses y 13 días, razón por la cual cumplía con los requisitos para aspirar al reconocimiento de la pensión de jubilación, en virtud de lo dispuesto en los Artículos 11 y 12 del Acuerdo 010 de diciembre 30 de 1958.<sup>11</sup>.

f). El Acuerdo N° 010 de 1958, en su Artículo 11 establece que “Los trabajadores al servicio del Municipio, que habiendo prestado servicios continuos o discontinuos en distintas entidades de derecho público por 20 años o más y hayan cumplido 50 años o más años de edad, tendrán derecho a reclamar la pensión de jubilación desde la fecha en que dejaron de prestar servicios.”<sup>12</sup>

El Artículo 12 de este mismo Acuerdo establece que si el tiempo trabajado hubiere sido exclusivamente al servicio del Municipio, por más de 20 años continuos o discontinuos, el valor de la pensión será igual al último sueldo devengado.<sup>13</sup>

Establecidos los anteriores supuestos fácticos, le corresponde a la Sala resolver el problema jurídico planteado.

### 3.2.- Análisis Sustancial

El *A quo* consideró que en el caso bajo estudio, el señor Comas García cumplió con los requisitos establecidos en el Artículo 3<sup>14</sup> del Decreto 1835 de 1994 para acceder a la pensión de vejez, por haber cotizado 388 semanas adicionales a las 1000, lo que representaría 6 periodos, cada uno de 60 semanas, en tal sentido, al aplicar la disminución de un año de edad por cada 60 semanas, cumplió el requisito de edad de 50 años para acceder al reconocimiento pensional de alto riesgo.

En cuanto al monto de la pensión, precisó el tribunal que resultaba aplicable lo previsto por la Ley 33 de 1985, por cuanto el Artículo 4° del Decreto 1835 de 1994, estableció un régimen de transición para quienes estuvieran vinculados al Cuerpo de Bomberos con anterioridad a su vigencia (4 de agosto de 1994), en el sentido de no tener condiciones menos favorables en lo que respecta al monto de la pensión a las existentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993, razón por la cual estableció como monto de la pensión el 75% del salario promedio de lo devengado en el último año de servicios.

En criterio de la Sala, teniendo en cuenta el marco normativo referido en acápites anteriores, así como el acervo probatorio allegado al proceso, al demandado Álvaro Comas García le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de alto riesgo prevista en el Artículo 140 de la Ley 100 de 1993, reglamentada por el Decreto 1835 de 1994 por haber desarrollado actividades clasificadas como de alto riesgo en el cuerpo de bomberos del Distrito de Barranquilla, aspecto que no se encuentra en discusión por las partes ya que no fue objeto de la apelación, razón por la cual, en tal sentido, le asiste razón al *A quo* al señalar que el Distrito deberá continuar pagando el derecho pensional del actor pero entendido este como pensión de vejez de alto riesgo.

En cuanto al monto pensional, es claro para la Sala de Subsección que le resulta más favorable al actor la regla contenida en el Artículo 34 de la Ley 100 de 1993 en cuanto consagra la posibilidad de aumentar la tasa de reemplazo del 75 al 85%, teniendo en cuenta el número de semanas cotizadas por el actor para la fecha de adquisición del estatus pensional (2001), pues del acervo probatorio se extrae que el demandado prestó servicios por espacio de 27 años como empleado de la Alcaldía Distrital de Barranquilla (folios 87 y 88), y que prestó el servicio militar como soldado entre el 14 de febrero de 1971 y el 20 de enero de 1973<sup>15</sup>, es decir, durante un 1 año y 11 meses y 7 días, para un total de 28 años y 11 meses y 7 días al servicio del Estado Colombiano que equivalen a 1488 semanas laboradas.

En este punto es preciso recordar que esta Corporación ha sido diáfana al indicar que de conformidad con lo previsto en el Decreto 1950 de 1973 y las Leyes 48 de 1993 y 1861 de 2017, el tiempo de servicio militar obligatorio debe ser tenido en cuenta para el cómputo de la pensión<sup>16</sup>.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que el demandado adquirió el status pensional el 19 de febrero de 2001, es decir en vigencia de

la Ley 100 de 1993, y completó 488 semanas adicionales a las 1000, le asiste el derecho a que su pensión se liquide de acuerdo con el Artículo 34 ibídem, cuyo texto establecía lo siguiente:

«ARTÍCULO 34. El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1000 hasta las 1200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1200 hasta las 1400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el Artículo siguiente.»<sup>17</sup>

En ese orden de ideas y de conformidad con el contenido inicial del Artículo 34 de la Ley 100 de 1993, vigente para la época en que el demandado cumplió los requisitos para acceder a la pensión de vejez (19 de febrero de 2001)<sup>18</sup> el monto mensual de su pensión de vejez será del 85% del Ingreso Base de Liquidación, toda vez que superó las 1400 semanas que consagra la norma, completado el monto máximo del 85% allí previsto<sup>19</sup>.

En cuanto al ingreso base de liquidación, el mismo se determinará con base en lo establecido en el Artículo 21 de la Ley 100 de 1993, norma vigente y aplicable para la fecha de adquisición del status pensional.

Además de lo anterior, debe aclararse por la Sala que al demandado no le era aplicable la Ley 33 de 1985 en razón a la naturaleza de las actividades que desarrollaba y que justificaban la pensión de alto riesgo que le fue reconocida, pues acorde con la excepción contenida en el Artículo 1º ibídem, dicho régimen general de pensiones no le era aplicable a los empleados oficiales sujetos a pensiones con un régimen especial:

«ARTÍCULO 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

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

-

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

PARÁGRAFO 1º. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, solo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.

PARÁGRAFO 2º. 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 (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55), 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 3º. En todo caso, los empleados oficiales que a la vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley.»

En consecuencia, contrario a lo considerado por el tribunal, las disposiciones consagradas en la Ley 33 de 1985, no son aplicables al caso bajo estudio.

Por último, a folios 484 a 497 del expediente obra fotocopia de la sentencia de fecha 29 de noviembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico dentro del proceso radicado con el número 2012-00352-01, allegada por el demandando con el escrito de alegatos, decisión de la cual se advierte que no declaró la ilegalidad de la Resolución N° 248 del 18 de noviembre de 2003 objeto de la presente demanda, razón que habilita a la Sala para emitir pronunciamiento sobre la legalidad de dicho acto administrativo, al tenor de lo dispuesto en el Artículo 175 del C.C.A.

Así las cosas, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado modificará el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, el 18 de julio de 2014, por las razones expuestas en esta providencia.

#### 4. Costas

Con fundamento en lo previsto en el Artículo 171 del C.C.A., no habrá condena en costas, toda vez que de la conducta procesal desplegada por la parte vencida en el proceso, no se advierte temeridad o mala fe.

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,

#### FALLA:

PRIMERO: MODIFÍCASE el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia proferida el 18 de julio de 2014, por el Tribunal Administrativo del Atlántico, el cual quedará así:

“SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad parcial del Artículo segundo de la Resolución N° 248 de 18 de noviembre de 2003, expedida por el Secretario de Hacienda Distrital y el Jefe de División de Pensiones de Distrito de Barranquilla, en lo que se refiere a la expresión "con una mesada por valor de "2.821.666.00" y en su lugar se dispone que el monto mensual de su pensión especial de vejez será del 85% del Ingreso Base de Liquidación, de conformidad con lo establecido en el Artículo 34 de la Ley 100 de 1993, vigente para la fecha en que adquirió el status pensional (19 de febrero de 2001). El Ingreso Base de Liquidación se determinará con base en lo establecido en el Artículo 21 de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, el Distrito de Barranquilla seguirá pagando al señor Álvaro Comas García la pensión, pero en las condiciones aquí descritas”.

SEGUNDO: CONFÍRMASE en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Efectúense las anotaciones correspondientes en el programa “Justicia Siglo XXI” y ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ RAFAEL

FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Folios 1 a 4.

2. Folios 4 a 7.

3. Folios 81 a 85.

4. Folio 500 a 525.

5. Folios 527 a 536.

6. Folio 547 a 554.

7. «Por el cual se reglamentan las actividades de alto riesgo de los servidores públicos»

8. Texto vigente para la fecha en que el señor Comas García adquirió el status pensional (19 de febrero de 2001), esto es, antes de la modificación que al respecto introdujo el Artículo 10 de la Ley 797 de 2003.

9. Folio 89.

10. Folio 19 a 23.

11. Ibídem.

12. Folios 158 a 161.

13. Ibídem.

14. Artículo 3º. Requisitos para obtener la pensión de vejez. Los servidores públicos que ingresen a partir de la vigencia del presente Decreto, a las actividades previstas en los numerales 1º y 5º del Artículo 2º, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando cumplan los siguientes requisitos:

1. 55 años de edad.

2. 1.000 semanas de cotización especial en las actividades citadas en el inciso 1º de este Artículo.

La edad para el reconocimiento de la pensión especial de vejez se disminuirá en un año por cada sesenta (60) semanas de cotización

especial, adicionales a las primeras 1000 semanas, sin que dicha edad pueda ser inferior a 50 años.

Parágrafo 1º. A los servidores públicos de las entidades de que trata este capítulo, se les reconocerá el tiempo de servicios prestado a las fuerzas armadas.

Parágrafo 2º. Los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y del Ministerio Público que laboren en los cuerpos de seguridad de estas entidades les será aplicable lo dispuesto en este capítulo.

15. Folio 89.

16. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, Bogotá, D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil diecinueve (2019). radicación número: 25000-23-42-000-2013-00328-01(0862-14).

17. Texto vigente para la fecha en que el señor Comas García adquirió el status pensional (19 de febrero de 2001), esto es, antes de la modificación que al respecto introdujo el Artículo 10 de la Ley 797 de 2003.

18. De acuerdo con el análisis realizado por el *a quo* en la sentencia de primera instancia.

19. Se aclara que aun cuando el Artículo 34 citado fue modificado por la Ley 797 de 2003 que disminuyó el porcentaje para la liquidación de las prestaciones reguladas por el régimen general de pensiones, determinando que a partir del año 2005 éste oscilaría entre el 80 y el 70.5%, esta modificación fue posterior a la fecha en que el demandado adquirió el status pensional, por lo tanto no le es aplicable dicha modificación.

---

*Fecha y hora de creación: 2021-12-05 02:22:59*