



Función Pública

Sentencia 05520 de 2011 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., nueve (9) de junio de dos mil once (2011).

Radicación número: 25000-23-25-000-2005-05520-01(1117-09)

Actor: ELVIA MARIA MEJIA FERNANDEZ

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 26 de febrero de 2009, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A" accedió a las pretensiones de la demanda ordenando al ISS reliquidar la pensión de la actora en cuantía equivalente al 75% del promedio de lo devengado en el último año.

ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. ELVIA MARÍA MEJÍA FERNÁNDEZ, a través de apoderado, acudió a la jurisdicción en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo y pidió la nulidad parcial de la Resolución 014653 de junio 4 de 2004 por medio de la cual el Seguro Social resolvió una solicitud de prestaciones económicas en el sistema de pensiones, así como de la Resolución No. 044 de enero 13 de 2005 que al resolver el recurso de apelación, elevó la cuantía mensual pero desconoció su derecho a que se le aplique el régimen anterior.

Como consecuencia de tales declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la entidad demandada reliquidar su pensión con el 75% del promedio de los sueldos y demás factores salariales devengados en el último año de servicios prestados en la Contraloría General de la República y se de cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del C.C.A.

Los hechos de la demanda se resumen así:

Afirma que es beneficiaria del régimen de transición a que hace mención el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por consiguiente, se le debe aplicar las normas anteriores, que corresponden a la Ley 71 de 1988 y el Decreto 2709 de 1994.

Expone que trabajó en los sectores públicos y privado cotizando en el régimen de prima media al Instituto de Seguros Sociales en total durante 26 años, 7 meses y 8 días de los cuales 18 años, 1 mes y 13 días fueron cumplidos en el sector público y 8 años, 5 meses y 25 días en el sector privado, hasta el 1º de abril de 2004 cuando se retiró de la Contraloría General de la República.

Aclara que nació el 20 de septiembre de 1948, cumpliendo el mismo día y mes del año 2003 los requisitos para adquirir la pensión y al solicitar al Seguro Social dicha prestación, le fue reconocida en cuantía de \$2.969.996 con efectividad a partir del 1 de junio de 2004, pero sin considerarle el tiempo que trabajó en el Departamento Nacional de Planeación porque en criterio del ISS el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 no incluye para la pensión de jubilación por aportes el tiempo que no aportó a ninguna caja de previsión.

Interpuesto el recurso de apelación contra el acto que reconoció la pensión, se dictó la Resolución No. 0044 de 2005, quedando agotada la vía gubernativa.

Alega que se aplicó erradamente el Acuerdo 049 de 1990, cuando la norma que le resultaba aplicable en razón del régimen de transición era la Ley 71 de 1988 y su decreto reglamentario 2709 de 1994 y que además siempre le fueron descontados los aportes en todas y cada una de las entidades del Estado en donde laboró, lo que está probado con los correspondientes certificados.

Sostiene que conforme con el precitado Decreto 2709/94, "el salario base para la liquidación de esta pensión por aportes, será el salario

promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley, excepciones que no hacen relación al caso concreto de que se trata".

Como normas vulneradas invoca: artículos 2, 123, 29, 53 y 58 de la Constitución Política; artículos 1 y 3 de la Ley 33 de 1985; artículos 7 y 11 de la Ley 71 de 1988; artículos 19, 20, 22 del Decreto 1160 de 1989; Decreto 2709 de 1994 y artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Al desarrollar el concepto de violación propone los siguientes cargos:

1. Violación de normas constitucionales. Se vulneraron los derechos a la igualdad y al debido proceso por cuanto las cotizaciones constituidas ineficaces por la demandada son las emitidas en un Bono Tipo B, con cargo al Departamento Nacional de Planeación, en concurrencia con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Gobernación del Magdalena y está en poder del ISS. Ello quiere decir que para la prestación que se reclama dicho instituto recibió los aportes de las entidades obligadas, amén de los directamente recibidos como administradora forzosa del régimen de prima media con prestación definida para los servidores públicos.

2. Violación directa de la ley laboral e infracción directa del artículo 36 de la Ley 100/93. Por liquidar la pensión con factores que no corresponden a los salariales impuestos en el inciso 2º de la norma en cita para los servidores públicos en régimen de transición que en este caso no es otro que el contenido en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, que ordena la liquidación con el 75% del promedio de lo percibido por la actora en el último año como servidor público en el cargo de Vicecontralora de la Contraloría General de la República.

La exigencia de la norma en cuanto a edad y tiempo de servicio está plenamente satisfecha, luego para su reconocimiento debe tenerse en cuenta el ordenamiento prescrito para los servidores públicos que reúnen tales requisitos y la liquidación debe realizarse con el monto de los factores y sueldos devengados en el último año de servicios como ordena el inciso 3º debidamente actualizados. Sin embargo, el ISS decidió aplicar la legislación desfavorable contenida en el artículo 33 de la Ley 100/93 violando así el artículo 58 de la Constitución.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. El Instituto de Seguros Sociales se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 87-89) indicando que los actos acusados fueron expedidos por el ISS de conformidad con las normas vigentes y teniendo en cuenta únicamente la defensa de los intereses patrimoniales del Estado. La entidad demandada al expedir la Resolución No. 044 de 2005 dio aplicación a lo previsto en los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, la Circular 521 del 2 de diciembre de 2002 y la normatividad contenida en la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepción la de inepta demanda por no haberse agotado el requisito previo de procedibilidad de la conciliación, de acuerdo a lo normado en los artículos 35 a 37 de la Ley 640 de 2001.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las pretensiones de la demanda (fls. 153-167) por los motivos que se resumen de la siguiente manera:

Inicialmente aclaró que la conciliación prejudicial es requisito de procedibilidad en materia contencioso administrativa solamente en las acciones de reparación directa y controversias contractuales, no así en la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Respecto al asunto debatido, explicó que a la entrada en vigencia del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la actora tenía más de 35 años de edad y además superaba los 15 años de servicios, razón por la cual, le son aplicables las normas del régimen de transición previsto en dicha norma, es decir, que su pensión de jubilación por aportes debe ser liquidada conforme a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, en concordancia con el Decreto 2709 de 1994, ya que acreditó el requisito de efectuar más de 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo en una o varias de las entidades de previsión social del orden nacional y territorial y en el Instituto de Seguros Sociales y tener más de 55 años de edad por ser mujer.

Conforme con el artículo 9 de la Ley 71/88 la pensión de jubilación por aportes debe liquidarse en cuantía del 75% del promedio de lo devengado en el último año de salarios y sobre los cuales se hubiera efectuado aportes al ente de previsión social y no el promedio de lo devengado durante los diez últimos años de servicio, tal como erróneamente lo reconoció la demandada en los actos cuya nulidad se pretende.

Aclara que no obra dentro del expediente prueba alguna mediante la cual se acredite el retiro del servicio oficial de la actora del último cargo por ella desempeñado, razón por la cual no es posible establecer cuál es el último año de servicios, así como tampoco aparecen los factores sobre los cuales efectuó aportes al ISS en el período de liquidación pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

El Instituto de Seguros Sociales apeló la sentencia del Tribunal (fl. 191), para lo cual argumentó que el reconocimiento de la pensión de la actora se llevó a cabo conforme lo previsto en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 y para la liquidación de la misma se tuvo en cuenta el promedio de lo cotizado durante los últimos diez años, actualizado con el I.P.C. a partir del mes de marzo de 2003.

Aclara que el tiempo laborado en el Departamento Nacional de Planeación no se le tuvo en cuenta por no ser cotizado, por lo que no se dio aplicación a la Ley 71 de 1988 y al Decreto 2709 de 1994 art. 5, el cual establece que no se computará como tiempo para tener derecho a la pensión de jubilación por aportes, el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social.

En todo caso, a la actora se le liquidó la pensión con el 79% de lo cotizado durante los últimos diez años, actualizado con el I.P.C., de acuerdo

con el número de semanas cotizadas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante alega que su retiro definitivo del servicio oficial se produjo el 5 de febrero de 2004, consecuentemente, el último año de servicio ha de contarse entre el 6 de febrero de 2003 y el 5 de febrero de 2004.

Al desconocerse los días trabajados en el Departamento Nacional de Planeación porque no se cotizó a una caja de previsión, se vulnera las normas y la jurisprudencia que admiten que las entidades pueden directamente descontar los aportes para salud y pensión y por ese motivo se expidió el correspondiente bono pensional.

Destaca que el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año resulta aplicable para los trabajadores del sector privado pero no constituye el régimen anterior al que la accionante se encontraba afiliada, puesto que las normas aplicables son la Ley 71 de 1988 o la Ley 33 de 1985.

La parte demandada reiteró los argumentos del escrito de apelación y agregó que el Seguro Social modificó la fecha de causación de la pensión, la cual quedó a partir de marzo de 2003, así como el ingreso base de cotización, que ascendió a \$4.214.672, teniendo en cuenta los recursos interpuestos por la demandante ante el instituto.

- El agente del Ministerio Público concluyó que se debe confirmar la decisión de primera instancia porque la pensión de jubilación por aportes reconocida a la demandante debe reliquidarse teniendo en cuenta lo devengado durante el último año de servicios, conforme a lo estipulado en los artículos 9 de la Ley 71 de 1988 y 8 del Decreto 2709 de 1994. Hace notar que si bien el artículo 6 del decreto fue derogado por el Decreto 1748 de 1995, se debe recurrir entonces a la previsión que sobre el ingreso base de liquidación establece la Ley 71/88.

Igualmente, llama la atención respecto al tiempo trabajado en el Departamento Nacional de Planeación porque el Seguro Social no lo consideró a pesar de haber recibido por ese lapso, entre otros, un bono pensional conforme al oficio VPBP-2004-6048, por lo que dicha situación no puede ser obstáculo para el reconocimiento de la pensión.

En consecuencia, considera que los actos acusados resultan ilegales al sustentarse en normas diferentes a la regulación especial que regía la materia debatida, mezclando normas del régimen especial que amparaba a la actora con otras del general, incurriendo en escisión de los ordenamientos al tomar en cuenta, para liquidar el monto de la pensión de jubilación, la base salarial prevista para el régimen ordinario, transgrediendo, de paso, el principio de favorabilidad que estatuye el artículo 53 Superior y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (fls. 205-212).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problema jurídico

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, debe la Sala precisar si se ajustan o no a derecho los actos administrativos por medio de los cuales el Instituto de Seguros Sociales liquidó a la actora la pensión de jubilación por aportes con el promedio de lo cotizado en los últimos diez años y sin tener en cuenta el tiempo de servicios prestados en la Dirección Nacional de Planeación en razón a que dicha entidad no realizaba aportes a las cajas de previsión social.

En orden a resolver el problema jurídico planteado, la Sala pone de presente las siguientes reflexiones.

2. La creación de la pensión de jubilación por aportes

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

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

Así pues, en virtud de esta normatividad, los empleados oficiales y los trabajadores particulares que acrediten, 55 años si es mujer y 60 años si es varón y, 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo en una o varias entidades de previsión social o las que hagan sus veces, con los efectuados en el Seguro Social, tendrán derecho a recibir la prestación jubilatoria por efectos de la acumulación de aportes derivados de la relación de trabajo de carácter particular y oficial¹.

El precitado artículo tenía un párrafo que establecía lo siguiente: *"Para el reconocimiento de la pensión de que trata este artículo, a las personas que a la fecha de vigencia de la presente ley, tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarán aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes"*. Este párrafo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-012 del 21 de enero de 1994 disponiendo en el numeral segundo de su parte resolutive que *"su efecto se extiende al reconocimiento de los derechos pensionales adquiridos por las personas que hubieren cumplido con los requisitos previstos en el inciso 1o. del artículo 7o. de la ley 71 de 1988, esto es, por aportes hechos en cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades de previsión social oficial de cualquier orden, y en el Instituto de los Seguros Sociales, cuando cumplan el requisito de la edad"*.

En conclusión, "en virtud del artículo 7º de la ley 71 de 1988, la posibilidad de computar el tiempo servido en el sector público con el tiempo cotizado en el ISS, es un régimen pensional aplicable a quienes estuvieron vinculados laboralmente al sector oficial, a empleadores públicos y privados afiliados al I.S.S. o a ambos, y requieren de la suma de todos los aportes hechos, para reunir los requisitos para acceder al derecho de pensión"².

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

En desarrollo del modelo de seguridad social establecido en la Carta Política de 1991, fue expedida la Ley 100 de 1993, que crea el denominado "sistema de seguridad social integral".

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

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

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

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

4. La reglamentación de la pensión de jubilación por aportes

La Ley 71 de 1988, en lo que respecta a la pensión de jubilación por aportes, fue reglamentada inicialmente por el Decreto 1160 de 1989 (arts. 19 a 29). Esta reglamentación dispuso, entre otros aspectos, que no sería computable como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes el laborado en empresas privadas no afiliadas al ISS, ni tampoco "el laborado en entidades oficiales de todos los ordenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege" (art. 21). Esta limitación tenía lógica en el contexto de expedición de la Ley 71 de 1988 que ya se ha explicado.

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

El artículo 1º del Decreto 2709 de 1994 preceptuó:

"ARTICULO 1º. PENSION DE JUBILACION POR APORTES. La pensión a que se refiere el artículo 7º. de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.

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

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

"ARTICULO 8o. MONTO DE LA PENSION DE JUBILACION POR APORTES. El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75 % del salario base de liquidación. El valor de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley".

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

El artículo 10 *ibídem* determina la entidad de previsión pagadora, con el siguiente tenor literal:

"La pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la última entidad de previsión a la que efectuaron aportes, siempre y cuando el tiempo de aportación continuo o discontinuo en ellas haya sido mínimo de seis (6) años. En caso contrario, la pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la entidad de previsión a la cual se haya efectuado el mayor tiempo de aportes.

PARAGRAFO. Si la entidad de previsión obligada al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes es la Caja Nacional de Previsión Social, el pago de dicha prestación lo asumirá el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional a partir de 1995.

Si las entidades de previsión obligadas al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes son del orden territorial, dicha prestación, en el evento de liquidación de las mismas, estará a cargo de la entidad que las sustituya en el pago".

Respecto de qué tiempo se debe computar para efectos de la pensión de jubilación por aportes, el citado Decreto 2709 de 1994 estableció la misma restricción que traía la reglamentación anterior. Al respecto dispuso expresamente:

Artículo 5º. Tiempo de servicios no computables. No se computará como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes, el laborado en empresas privadas no afiliadas al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege (subraya la Sala).

Lo anterior significa que cuando se suma el tiempo de servicios de los sectores público y privado para efectos de la pensión de jubilación por aportes, la reglamentación estableció que sólo se toma en cuenta el tiempo cotizado al Instituto de Seguros Sociales con el cotizado a las cajas de previsión del sector público, excluyéndose en consecuencia el tiempo servido a entidades privadas que no cotizaron en el ISS como también el tiempo laborado en entidades oficiales en las cuales no se efectuaron aportes a entidades de seguridad social (ya sea las cajas de previsión o el Seguro Social).

Dado que esta reglamentación del Decreto 2709 de 1994, que es la vigente, fue expedida cuando ya regían la Constitución Política de 1991 y el sistema de seguridad social integral de la Ley 100 de 1993, ha surgido el interrogante jurídico de si la restricción citada del artículo 5º debe aplicarse o no, si se tiene en cuenta que en el marco del sistema prestacional anterior a la afiliación a la seguridad social, concretamente para el servidor público, no era obligatoria sino facultativa de las entidades empleadoras, de modo que la ausencia de cotización ni le era imputable a los servidores de las entidades ni afectaban los derechos pensionales, dado que de todas maneras el empleado tenía derecho a las prestaciones, con o sin afiliación a las entidades de previsión³.

Además es claro desde el punto de vista constitucional, que el derecho a la seguridad social es irrenunciable (C. P., art. 48), por lo cual en principio todo tiempo servido o cotizado a entidades públicas tiene vocación de aptitud para contabilizar los derechos pensionales.

En este orden de ideas, a jurisprudencia de esta Sección ha señalado que no puede negarse el derecho a la pensión de jubilación por aportes ni a su reliquidación cuando algunas de las entidades públicas no efectuaron aportes a cajas de previsión.

En efecto, en sentencia del 1º de marzo de 2001, con ponencia del C.P. Alberto Arango Mantilla, Expediente No. 66001-23-31-000-0527-01-485-2000, se dijo:

"(...) los nominadores tienen el deber de practicar a sus empleados y trabajadores los descuentos parafiscales que habrán de girar luego a las respectivas cajas de previsión a título de aportes. De suerte que la no aportación a los entes de previsión de los valores correspondientes, en nada podrá afectar el derecho a la pensión de jubilación. Y sencillamente, en el evento de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, la respectiva caja de previsión deberá realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes; una tesis contraria podría conducir al absurdo de que un funcionario público tuviere que asumir las consecuencias negativas de los yerros de la administración, cuando quiera que ésta incumpliere sus deberes frente al pago de los mencionados aportes" (subrayado propio del texto original).

Con este criterio, la Sala en la referida sentencia, así como en otras posteriores, ha decidido inaplicar la restricción que contiene el citado artículo 5º del Decreto 2709 de 1994.

En esta oportunidad, la Sala reitera el mencionado criterio para considerar que, para efectos de la pensión de jubilación por aportes que deba aplicarse en virtud del régimen de transición pensional establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se debe tener en cuenta el tiempo laborado en entidades oficiales, sin importar si dicho tiempo fue o no objeto de aportes a entidades de previsión o de seguridad social.

Queda por precisar cuál es el salario base de liquidación de la pensión de jubilación por aportes. Al respecto debe señalarse que el artículo 6 del

Decreto 2709 de 1994 que establecía el salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes fue derogado de manera expresa por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997.

Sobre este punto la Sala reitera en esta oportunidad lo que ha señalado esta Sub-Sección en la sentencia del 18 de marzo de 2010⁴, 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, 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".

3. El caso en estudio

3.1 De lo probado

Descendiendo al caso que ocupa la atención de la Sala, se encuentra que la actora efectuó cotizaciones al Seguro Social (Clínica Bautista, Fiduciaria Fondo de Inversiones, Empresa Regional de Comunicaciones y Consultorías del Caribe Ltda) e igualmente prestó sus servicios en el sector público (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Departamento del Magdalena, Departamento Nacional de Planeación, Superintendencia de Economía Solidaria y Contraloría General de la República) sumando en total 26 años, 5 meses y 20 días (fls. 5-25).

Igualmente, aparece probado que la señora Elvia María Mejía Fernández nació el 20 de septiembre de 1948, según el registro civil que reposa a folio 3 del plenario.

Mediante Resolución No. 014653 del 4 de junio de 2004 el Instituto de Seguros Sociales le concedió a la asegurada Elvia María Mejía Fernández una pensión de vejez por valor de \$2.969.996 a partir del 1º de julio de 2004, teniendo en cuenta *"el promedio de lo de lo devengado o cotizado durante los 10 últimos años, actualizado con el índice de precios al consumidor (I.P.C.), al cual se le aplica el porcentaje que le corresponde según el número de semanas cotizadas conforme a lo dispuesto por los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993."*

"Que para el caso concreto de la asegurada la liquidación se efectuó tomando en cuenta lo devengado durante 365 días anteriores a la última fecha de cotización arrojando un ingreso base de liquidación de \$3.907.889.00 al cual se le aplicó un porcentaje del 76%" (fls. 26-29).

Contra dicho acto administrativo la actora, mediante apoderada, interpuso recurso de apelación parcial, considerando que la pensión se debía liquidar con el 75% de lo devengado en el último año de servicios con los factores salariales dispuestos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 (fls. 30-37).

A través de la Resolución No. 00044 del 13 de enero de 2005 el ISS resolvió el recurso de apelación, modificando parcialmente el acto impugnado, y resolvió otorgar la pensión a partir del 6 de febrero de 2004 en cuantía de \$3.329.591. Expuso, además, *"(...) que no es posible acceder a la aplicación de la normatividad contenida en la Ley 71 de 1988 como lo reclama en el recurso interpuesto"* por existir tiempos de servicios no cotizados a cajas de previsión como lo fue el prestado en el D.N.P. y por tanto la pensión se le liquida *"con el promedio de lo cotizado y/o devengado durante el tiempo que le hacía falta para adquirir el derecho a la Pensión a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, y no con el promedio del último año de servicio (salvo una situación consolidada al 1º de abril de 1994)"*. Por tanto, se da aplicación al Decreto 758 de 1990 y a la Circular 521 del 2 de diciembre de 2002 emitida por la Dirección Jurídica Nacional-Unidad de Seguros (fls. 39-41).

3.2 Del fondo del asunto

El A quo accedió a las pretensiones de la demanda ordenando reliquidar la pensión de jubilación por aportes de la actora tomando como monto de la misma el "75% del promedio de lo devengado en último (sic) año de salarios, sobre los cuales se hubieran efectuado aportes al I.S.S." e invocando como fundamento normativo el artículo 9 de la Ley 71 de 1988.

Sin embargo, advierte la Sala que dicha norma no es aplicable al caso en estudio, pues de la lectura detenida y cuidadosa de la misma se encuentra que ella resulta aplicable para la reliquidación de la pensión de quienes han sido pensionados o han cumplido los requisitos para la misma pero "que no se hayan retirado del servicio de la entidad", situación muy diferente a la que ahora es objeto de estudio.

Tampoco puede liquidarse la pensión de jubilación por aportes con los factores de la Ley 33 de 1985 y teniendo en cuenta el último año por así preverlo la parte final del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 como señala la demandante en sus alegatos de conclusión, dado que para tener derecho a la liquidación de la pensión de jubilación prevista en la primera ley, esto es, con el último año de servicios, es indispensable que el trabajador oficial sirva o haya servido durante 20 años continuos o discontinuos en el sector público, requisito que no cumple la actora. En el caso de autos, la pensión fue reconocida con el régimen previsto en la Ley 71 de 1988 que permite la acumulación de tiempos o cotizaciones en el sector público con las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales como trabajador particular.

Aclarado lo anterior, encuentra la Sala que la actora, en efecto, es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por tanto, el régimen anterior que le es aplicable a su pensión no es otro que el establecido en la Ley 71 de 1988. Debe recordarse, en efecto, que la finalidad del régimen de transición pensional es preservar, bajo el principio de favorabilidad, las condiciones de edad, tiempo de servicio o cotizaciones y monto de la pensión, bajo las cuales esa persona hubiera adquirido el derecho a la pensión; de lo contrario, quedaría sujeta al régimen general, o sólo al régimen público o al régimen del Seguro Social, eventos que carecen de soporte constitucional y legal precisamente en virtud de lo dispuesto por la Ley 71 de 1988.

El beneficiario del régimen de transición se pensiona, como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, bajo las reglas referentes a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión establecidos en la norma anterior que le resulte aplicable, sin que sea jurídicamente posible acoger lo favorable de las diferentes disposiciones anteriores a la citada Ley 100 de 1993.

Lo anterior significa que quien se pensiona con las reglas del régimen de transición debe hacerlo en su integridad bajo el régimen pensional en el que cumpla los requisitos de las correspondientes normas, ya sea sector privado, público o de jubilación por aportes. Por tanto, la actora no puede pretender acogerse a las previsiones de la Ley 71 de 1988 y además que se le apliquen los factores que conforman el ingreso base de liquidación (I. B. L.) previstos en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 del mismo año por no acreditar 20 años como servidora pública (antes empleada oficial).

Por otra parte, resulta claro que el Instituto de Seguros Sociales no debió negarse a reconocer la pensión de jubilación por aportes a la actora y mucho menos excluir el tiempo de servicios prestado en el Departamento Nacional de Planeación alegando que el artículo 5 del Decreto 2704 de 1994 dispone que no se computará como tiempo para adquirir dicha prestación *"el laborado en empresas oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al Sistema de seguridad social que los protege"*., dado que esta Sala ha decidido y reiterado la inaplicación de esta norma, conforme se ha explicado a lo largo de esta providencia.

Adicionalmente es claro que el Departamento Nacional de Planeación efectuó el reconocimiento y pago del respectivo bono pensional, esto es, el I.S.S. cuenta con los dineros correspondientes a las semanas de cotización por el tiempo servido por la actora en dicha entidad del Estado del orden nacional, de modo que la no inclusión de estos tiempos pagados a través de un mecanismo jurídicamente válido para el cómputo de semanas, vulneraría los artículos 48 y 53 de la Carta pues la trabajadora quedaría desprotegida al ver disminuido el valor de su pensión aun cuando el Seguro Social haya recibido el valor del tiempo de servicios no cotizados.

3.3. De la no reformato in pejus

Pese a todo lo anterior, no puede la Sala proceder a revocar la decisión del a quo para acceder a la reliquidación solicitada por la actora, dado que esta última no apeló la decisión de primer grado, de suerte que debe procederse a confirmar la decisión del Tribunal que había accedido parcialmente a la reliquidación solicitada.

En este orden de ideas, la Sala confirmará la sentencia del Tribunal que accedió a las súplicas de la actora.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia del 26 de febrero de 2009, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las súplicas de la demanda interpuesta por ELVIA MARÍA MEJÍA FERNÁNDEZ.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y publíquese en los Anales del Consejo de Estado. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PAEZ

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

(Ausente en comisión de servicios)

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

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

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

3 Al respecto debe recordarse que la legislación prestacional anterior contenía un criterio de "efectividad de las prestaciones", consistente en que éstas debían ser reconocidas por la entidad de previsión social a la cual estuviera afiliado el empleado; y si no tuviere afiliación a ninguna entidad de previsión, la prestación respectiva debía ser suministrada directamente por la entidad o empresa oficial empleadora (ver: D. R. 1848 de 1969).

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

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 10:01:42