

**PENSION DE JUBILACION – Reliquidación con base en la Ley 71 de 1988 /
REGIMEN DE TRANSICION – Tiempo laborado / TIEMPO LABORADO –
Entidades publicas y privadas / ACUMULACION DE APORTES –
Reconocimiento pensional /**

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. Así las cosas, la norma que regula la situación del actor es la contenida en la Ley 71 de 1988, norma que estableció un beneficio pensional en el artículo 7, según el cual, las personas que hubieren efectuado cotizaciones en virtud del tiempo laborado en condición de empleados públicos y privados pudieran acceder a la pensión de jubilación, pues las leyes que se habían expedido con anterioridad regularon en forma independiente el régimen pensional de cada uno de estos sectores.

FUENTE FORMAL: LEY DE 1988 – ARTICULO 7 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 36

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C.; trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-25-000-2012-01566-01(1676-13)

Actor: NEPOMUCENO CARREÑO REMOLINA

Demandado: INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 24 de enero de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la cual accedió a las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

NEPOMUCENO CARREÑO REMOLINA, por intermedio de apoderado y en

ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó del Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de la Resolución No. 041945 del 15 de noviembre de 2011, expedida por el Instituto de Seguros Sociales mediante la cual negó la reliquidación de la pensión reconocida.

Solicitó igualmente, la nulidad del acto ficto o presunto producto del silencio de la entidad demandada, frente a la solicitud de reliquidación de la pensión de vejez en los términos de la Ley 71 de 1988 y los artículos 24 y 25 del Decreto 1160 de 1989, radicada el 13 de febrero de 2012.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, solicita condenar al Instituto de Seguros Sociales a reliquidar su pensión de vejez de conformidad con lo establecido en la Ley 71 de 1988 y los artículos 24 y 25 del Decreto 1160 de 1989.

Ordenar a la demandada que la reliquidación solicitada se efectúe a partir del 3 de mayo de 2009, fecha a partir de la cual se le hizo el reconocimiento pensional, tal reliquidación debe ser sobre el 75% del promedio de los ingresos salariales indexados devengados durante el último año de servicios prestados, incluyendo, además de la asignación básica mensual, todos los factores salariales devengados.

Ordenar el pago de todas las diferencias pensionales causadas por la reliquidación a favor del actor, que no fueron pagadas por la administración.

Ordenar el reconocimiento y pago de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y de los ajustes de valor de conformidad en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

Los **HECHOS** que sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda, son los siguientes:

El señor Nepomuceno Carreño Remolina, nació el 3 de mayo de 1949 y prestó sus servicios en el sector público por más de 17 años, concretamente en la Caja de Crédito Agrario y en el Distrito Capital.

Igualmente estuvo vinculado en el sector privado, tiempo durante el cual cotizó al Instituto de Seguros Sociales un total de 277.99 semanas.

La última vinculación del actor con el Estado fue en la Secretaría de Gobierno de Bogotá, como Jefe de la Oficina de Asuntos Disciplinarios, donde laboró como empleado público desde el 15 de enero de 2007 hasta el 29 de febrero de 2008.

Para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante tenía más de 40 años de edad y más de 15 de servicios, situación que lo hace beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por consiguiente, la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión que se deben tener en cuenta en el caso del actor, son las contenidas en la Ley 71 de 1988.

Mediante Resolución No. 031324 del 25 de octubre de 2010, el Instituto de Seguros Sociales reconoció al actor una pensión mensual vitalicia de Vejez, con efectos a partir del 3 de mayo de 2009, prestación que fue liquidada de manera equivocada pues tuvo en cuenta el promedio de los ingresos de los últimos 10 años de servicio, es decir, no aplicó el régimen contenido en la Ley 71 de 1989 y en el Decreto 1160 de 1989, como lo debió hacer desde el principio.

El 28 de febrero de 2011, el demandante solicitó al Instituto de Seguros Sociales la reliquidación de la pensión de vejez que le fue reconocida, solicitud que fue negada mediante Resolución No. 041945 del 15 de noviembre de 2011 en la que además se manifiesta que contra ella no procede recurso alguno.

El 13 de febrero de 2012, solicitó nuevamente a la entidad demanda la reliquidación de su pensión de vejez en los términos de la Ley 71 de 1988, por concurrir en su vida laboral tiempos públicos y privados. No obstante, hasta la fecha de presentación de la demanda no hubo pronunciamiento alguno.

Finalmente, advierte que como el retiro del servicio del actor ocurrió el 28 de febrero de 2008 y el reconocimiento pensional se realizó con efectos fiscales a partir del 3 de mayo de 2009, la entidad demandada debe actualizar dicho concepto teniendo en cuenta la fecha de retiro y la fecha de consolidación del

derecho pensional.

NORMAS VIOLADAS-

- Constitución Política; 2, 11, 25, 48, 53 y 229.
- Ley 71 de 1988.
- Decreto 1160 de 1989.
- Ley 100 de 1993.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Obra en el expediente escrito de contestación de la demanda por parte del Instituto de Seguros Sociales, de la que se extrae, lo siguiente:

Para liquidarle la pensión de vejez al actor, se le tuvo en cuenta el promedio de lo devengado o cotizado durante los últimos 10 años de servicio debidamente actualizados con base en el Índice de Precios al Consumidor, además se le tomó como ingreso base de liquidación la suma de \$4'429.904 a la que se le aplicó un porcentaje del 78%, es decir, que la mesada asciende a la suma de \$3'455.325.

Señala que según lo establecido en el párrafo cuarto del artículo 17 de la Ley 549 de 1999, todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al Instituto de Seguros Sociales, serán utilizados para financiar la pensión, razón por la cual, el tiempo cotizado al ISS no público, no se puede tener en cuenta para la liquidación de la pensión, pero sí para el financiamiento de la misma.

El régimen de transición de la Ley 100 de 1993, no hace excepción alguna respecto de los factores base de liquidación de la pensión ni de la forma de liquidarla y en esas condiciones ambos aspectos se determinan de conformidad con lo dispuesto en la referida ley y sus decretos reglamentarios y no con lo señalado en normas anteriores, pues los empleados del sector público del orden nacional fueron incorporados al Sistema General de Pensiones a partir del 1 de abril de 1994, por mandato expreso de los artículos 1 y 2 del Decreto 691 de 1994.

En relación con los factores salariales que se deben tener en cuenta, señaló la entidad que son los que se encuentran establecidos en el Decreto 1158 de 1994 y,

respecto de la indexación de la primera mesada pensional solicitada, aclaró que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 establece el reajuste correspondiente para que las pensiones no pierdan su valor adquisitivo, el cual equivale al incremento que se hace anualmente de conformidad con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE y en esas condiciones no hay lugar a la indexación solicitada, pues teniendo en cuenta el IPC certificado anualmente la prestación reconocida ha venido siendo actualizada.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia proferida el 29 de marzo de 2012, declaró la nulidad del acto demandado y accedió a las súplicas de la demanda, con fundamento en las siguientes razones:

En aquellos eventos en los cuales el empleado no haya laborado todo el tiempo al servicio del Estado, sino que también haya prestado sus servicios en entidades privadas, le es aplicable lo dispuesto en la Ley 71 de 1988 (régimen anterior a la Ley 100 de 1993) que consagra la pensión por aportes.

Dicha norma establece como requisito para acceder a la pensión de jubilación, que los empleados oficiales acrediten 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados a una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces del orden nacional, departamental, municipal y distrital y al Instituto de Seguros Sociales y 60 años de edad si es varón y 55 si es mujer.

La pensión por aportes, es aquella que se obtiene de sumar tiempos de cotización en el sector público y en el privado, esto es, que los empleados públicos y los trabajadores particulares que acrediten 55 años de edad si es mujer y 60 si es varón y 20 de aportes cotizados en cualquier tiempo en una o varias entidades de previsión y el Instituto de Seguros Sociales, tienen derecho a acceder a una pensión de jubilación en las condiciones de la referida ley.

En el caso del demandante, por encontrarse cobijado por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, le son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 71 de 1988, pues además de haber acreditado 20 años de aportes en los términos de dicha ley, cuenta con 60 años de edad.

En relación con la liquidación de la pensión a que tiene derecho el actor, señaló el

a quo que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado la misma se debe calcular con el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios e incluyendo todas aquellas sumas que habitualmente recibía como retribución de sus servicios, además en el evento de no haberse efectuado aportes legales sobre los mismos, se deberán realizar las correspondientes deducciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas.

En virtud del principio de inescindibilidad de la ley, el régimen contenido en la Ley 71 de 1988 debe ser aplicado en su integridad, es decir, que la parte actora no puede acogerse a lo más favorable de uno y otro.

Finalmente en relación con el tope pensional, precisó que el artículo 2° de la Ley 71 de 1988 y el artículo 8° del Decreto 2709 de 1994, consagran que el valor de la pensión por aportes no puede ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, ni superior a 15 veces dicha suma.

No obstante, en aplicación al principio de favorabilidad y en atención a que para el momento en que el actor adquirió el status pensional, esto es, el 3 de mayo de 2009, se encontraba vigente la Ley 797 de 2003 y en esas condiciones es posible ordenar el tope sea el de 25 salarios mínimos mensuales vigentes.

Finalmente, como la parte demandante solicita la indexación de la primera mesada pensional en razón a que su retiro del servicio se produjo el 28 de febrero de 2008 y adquirió el status pensional el 3 de mayo de 2009, según las previsiones del artículo 21 de la Ley 100 de 1993 dicha petición es procedente para las personas que se pensionaron en vigencia de esa norma, sin embargo, el Consejo de Estado ha señalado que en economías inestables como la nuestra, el mecanismo de la revalorización de las obligaciones dinerarias se convierte en un factor de equidad, que permite el pago del valor real de las acreencias en razón al hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda y en esas condiciones hay lugar a ordenar la indexación deprecada.

RAZONES DE LA APELACIÓN

A folios 137 y 141 del expediente, obran recursos de apelación interpuestos por las partes demandante y demandada respectivamente, de cuyas razones de

inconformidad se destacan, las siguientes:

Parte demandante-

Radica su inconformidad en el hecho de que en la reliquidación de la pensión de jubilación ordenada por el a quo, no se incluyó la prima de vacaciones como factor salarial a pesar de estar relacionada dentro del certificado expedido por la entidad demandada para el efecto.

Parte demandada-

Las normas aplicadas para el reconocimiento de la pensión de jubilación, fueron las contenidas en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 del mismo año, es por tal motivo que la respectiva liquidación fue llevada a cabo por un grupo interdisciplinario conformado por el Instituto de Seguros Sociales, el cual realiza un análisis minucioso y exhaustivo normativo, previendo precisamente cualquier decisión que contraría la constitución y la ley.

El Decreto 758 de 1990, en su artículo 12 previó como requisitos para acceder a la pensión de vejez tener 60 años de edad si es varón y 55 si es mujer y haber cotizado un mínimo de 500 semanas pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o haber acreditado un total de 1000 semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo al ISS, requisitos que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento.

De conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o semanas cotizadas y el monto de la pensión de las personas que a la entrada en vigencia de la referida ley tuvieran 35 años de edad si es mujer y 40 si es hombre o llevaran 15 años o más de servicios, serían las establecidas en los regímenes anteriores al cual se encontraban afiliados.

Es claro que la referida norma, al establecer la aplicación del régimen de transición, exige que se deben respetar los requisitos de edad, el tiempo de servicio o semanas cotizadas para acceder a la pensión de jubilación, sin embargo, el cálculo del monto de la prestación debe efectuarse en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, teniendo en cuenta las condiciones

y requisitos consagrados en el Sistema General de Pensiones y en esas condiciones no existe la obligación por parte del ISS de efectuar la reliquidación ordenada con base en el promedio de lo devengado durante el último año de servicio, pues reitera que la liquidación la hizo de conformidad con el referido artículo.

Comoquiera que la pensión fue reconocida en estricto cumplimiento de la ley laboral y fue liquidada adecuadamente dentro de los parámetros normativos por los cuales se rigió la relación laboral, no hay lugar a ordenar la reliquidación de la pensión reconocida.

Para resolver, se

CONSIDERA

La controversia se circunscribe a determinar si a la parte actora le asiste el derecho a que la pensión que le fue reconocida con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, le sea reliquidada en los términos de la Ley 71 de 1988 y si en la liquidación de la prestación se debe incluir como factor salarial la prima de vacaciones.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia que puso fin a la primera instancia, señaló que el demandante se encuentra bajo el supuesto fáctico de la Ley 71 de 1988, reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, que regula la pensión de los empleados oficiales y trabajadores que acrediten 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social o de las que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de Seguros Sociales, para quienes se prevé una pensión de jubilación siempre y cuando cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón o cincuenta y cinco (55) o más años si es mujer.

La parte demandada considera que no se puede reliquidar la pensión reconocida en los términos de la Ley 71 de 1988, pues señala que la dicha prestación fue reconocida con fundamento en la norma que le era aplicable al actor, es decir, el Acuerdo 049 de 1990 por encontrarse cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Obra en el expediente (fl. 244 Cd. 2) que NEPOMUCENO CARREÑO REMOLINA prestó sus servicios, así:

- Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, desde el 10 de abril de 1967 hasta el 30 de septiembre de 1977.
- Universidad Distrital Francisco José de Caldas, desde el 28 de agosto de 1986 hasta el 12 de diciembre de 1986. (fl. 9 Cd. 2)
- Sociedad Jurídica Financiera, desde el 13 de octubre de 1989 hasta el 31 de octubre de 1989.
- TELECOM Santafé de Bogotá, desde el 19 de diciembre de 1989 hasta el 30 de marzo de 1990.
- Sociedad Jurídica Financiera, desde el 31 de enero de 1990 hasta el 1 de marzo de 1994.
- Bogotá- Distrito Capital- Secretaría Distrital, desde el 1 de diciembre de 1995 hasta el 31 de diciembre de 1995.
- Personería de Bogotá, desde el 1 de enero de 1996 hasta el 30 de septiembre de 1996.
- Servibienes y Cobranzas LTDA., del 1 al 30 de noviembre de 1996, del 1 de diciembre de 1996 hasta el 31 de diciembre de 1997 y del 1 de enero al 31 de marzo de de 1998.
- Contraloría de Santafé de Bogotá, entre el 1 de abril de 1998 y el 28 de febrero de 2001.
- Secretaría Distrital de Bogotá, entre el 1 de enero de 2007 y el 31 de marzo de 2008.

En consecuencia, de la información relacionada anteriormente se establece que el demandante cotizó para pensión un total de 1.080 semanas al Instituto de Seguros Sociales entre entidades públicas y privadas, por vinculación con las empresas **1)** Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero; **2)** Sociedad Jurídica Financiera Ltda; **3)** empresa Telecom; **4)** Bogotá Distrito Capital; **5)** Personería de Bogotá, **6)** Servibienes y Cobranzas CIA LTDA; y **7)** la Contraloría de Santafé de Bogotá.

Igualmente obra en el expediente, (fl. 179 Cd. 2) que el actor efectuó aportes a entidades diferentes al Instituto de Seguros Sociales, por un total de 765 días, esto es, 2 años, 1 mes y 15 días.

No es materia de discusión el requisito de edad, pues el señor NEPOMUCENO CARREÑO REMOLINA, nació el 3 de mayo de 1949 en el Municipio del Cocuy, Departamento de Boyacá, según registro civil de nacimiento que obra a folio 5 del Cd.2 del expediente.

Así las cosas, se tiene que NEPOMUCENO CARREÑO REMOLINA para el día 1º de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 contaba con más de 44 años, 10 meses y 28 días de edad, por consiguiente es incuestionable que se hallaba en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En reiterados pronunciamientos ha expresado la Sala que el sistema de transición es un beneficio que la ley confiere, consistente en que las personas que cumplan los presupuestos en ella señalados, tienen derecho a que la pensión se regule en forma diferente a la regla general prevista en la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, obra en el expediente que el señor NEPOMUCENO CARREÑO REMOLINA prestó servicios por 23 años, 2 meses y 2 días a entidades del Estado y privadas y realizó aportes al Instituto de Seguros Sociales. (fl. 179 Cd.), es decir, que el actor efectuó aportes en virtud de vinculaciones de carácter público y privado.

Ahora bien, con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 el régimen que regula la posibilidad de reconocimientos pensionales por acumulación de tiempos tanto en el sector público como en el privado es la Ley 71 de 1988, la cual establece el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes en los siguientes términos:

El artículo 7º de la Ley 71 de 1988, establece:

Los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades de previsión social o de las que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o Distrital y en el Instituto de 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.

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.

Así las cosas, la norma que regula la situación del actor es la contenida en la Ley 71 de 1988, norma que estableció un beneficio pensional en el artículo 7, según el cual, las personas que hubieren efectuado cotizaciones en virtud del tiempo laborado en condición de empleados públicos y privados pudieran acceder a la pensión de jubilación, pues las leyes que se habían expedido con anterioridad regularon en forma independiente el régimen pensional de cada uno de estos sectores.

Ahora bien, se observa del material probatorio que obra en el expediente, que como el régimen anterior del cual es beneficiario el demandante en virtud de la transición contenida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es el contenido en la Ley 71 de 1988, bajo dicha normatividad el actor, a la fecha, acredita la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a la pensión de jubilación en los términos arriba mencionados tal como lo advirtió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia apelada.

Por lo expuesto, se confirmará la sentencia del 24 de enero de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual accedió a las súplicas de la demanda

En merito 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

CONFÍRMASE la sentencia del 24 de enero de 2013, proferida por el Tribunal

Administrativo de Cundinamarca, por medo de la cual declaró la nulidad de los actos acusados dentro del proceso promovido por el señor NEPOMUCENO CARREÑO REMOLINA, contra el Instituto de Seguros Sociales y accedió a las súplicas de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen. **CÚMPLASE.**

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO