

REGIMEN ESPECIAL DE EMPLEADOS DE LA RAMA JUDICIAL Y DEL MINISTERIO PUBLICO – Para su aplicación se requiere que los 20 años de servicio se hayan prestado en entidades públicas / REGIMEN ESPECIAL DE LA RAMA JUDICIAL Y DEL MINISTERIO PÚBLICO - No es posible computar el tiempo de servicio prestado en entidades públicas y en empresas privada / PENSION DE JUBILACIÓN POR APORTES – Computo de servicio prestado en entidades públicas y en empresas privadas . Regulación legal

La demandante invocó la aplicación del Decreto 546 de 1971, por el cual se estableció un régimen especial a favor de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, disponiendo que la liquidación de la pensión de jubilación se haría en la forma ordinaria establecida para los empleados de la Rama Administrativa del Poder Público, salvo que hubieren prestado sus servicios por lo menos 10 años en la Rama Jurisdiccional o en el Ministerio Público o en ambas. Sin embargo, esta normatividad, artículo 6, implícitamente consagra como requisito para el reconocimiento pensional que los 20 años hayan sido laborados en el sector público, toda vez que para la época en que fue expedida no era posible computar los tiempos prestados al servicio de entidades públicas y de empleadores privados, pues esta posibilidad se previó por primera vez con la expedición de la Ley 71 de 1988, la cual, se evidencia es posterior al régimen especial en comento. Este criterio interpretativo tiene plena consonancia con la lectura armónica del Decreto 546 de 1971, el cual, en sus artículos 7 y 8, Obsérvese que en las precitadas normas se prevé que en caso de que el empleado de la rama judicial y/o del Ministerio Público no acredite los 10 años de servicio en una o ambas instituciones, tendrá derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación en los términos que se reconoce a los demás empleados de la Rama Ejecutiva del Estado, lo cual supone que los servicios se hayan prestado en entidades públicas. Igualmente, se estipula que en caso de que el servidor haya laborado por lo menos 3 años en las instituciones en referencia, pero no tuviere los 10 años de servicio requeridos, y que deba desvincularse de la administración por haber llegado a la edad de retiro forzoso, podrá pensionarse con el régimen especial siempre y cuando acredite 20 años de tiempo laborado en el sector público. Entonces, del análisis de las disposiciones contenidas en el Decreto 546 de 1971 se concluye que los 20 años de servicio deben ser de orden público sin que sea posible acumular tiempos laborados en el sector privado. La actora no tenía derecho a obtener su pensión de vejez con 50 años de edad, pues las normas que invoca son de aplicación exclusiva para el personal que haya prestado sus servicios a entidades del orden oficial en la forma antes prevista; y, la disposición que establece la pensión permitiendo acumular tiempos de servicio prestados al sector privado y público, es la Ley 71 de 1988, que exige 55 años de edad para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación en el caso de las mujeres.

FUENTE FORMAL : DECRETO 546 DE 1971 ARTÍCULO 6 / DECRETO 546 DE 1971 – ARTICULO 7 / DECRETO 546 DE 1971 – ARTICULO 8 / LEY 71 DE 1988 – ARTICULO 7

REGIMEN DE TRANSICIÓN - Aplicación / PENSION DE JUBILACIÓN POR APORTES – Reconocimiento por tiempo prestado en entidades públicas y en empresas privadas. Requisitos / PENSION DE JUBILACIÓN POR APORTES - Reconocimiento por cumplir con el requisito de edad en el trámite de la instancia, así no se cumpliera en el momento de la reclamación. Principio de favorabilidad. Principio de realidad sobre las formalidades

Del material probatorio allegado al expediente así como de los actos administrativos demandados, se evidencia que como el régimen anterior del cual es beneficiaria la accionante 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, la demandante, a la fecha, ya acredita la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a la pensión de jubilación. En efecto, el tiempo laborado y cotizado al ISS y a CAJANAL es superior a 20 años y, además, cumplió los 55 años de edad el 14 de diciembre de 2007. Si bien es cierto, que para la época que hizo su reclamación a la entidad no reunía el requisito de edad, pues para ese entonces contaba con cincuenta (50) años, no es menos cierto que a la fecha, y en el trámite de esta instancia, la actora cumplió cincuenta y cinco (55), motivo por el cual es dable acceder al reconocimiento de la pensión por aportes, y no a la especial de jubilación pretendida en la demanda, en atención a los principios constitucionales de favorabilidad en materia laboral; prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades; y de lo dispuesto en el artículo 170 del C.C.A., el cual permite al fallador contencioso, para restablecer el derecho particular, estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar éstas.

FUENTE FORMAL : LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 36 / LEY 71 DE 1988 – ARTICULO 7 / DECRETO 2709 DE 1994 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 170

NOTA DE RELATORIA : Sobre la pensión por aportes, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 25 de octubre de 2007, MP. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil nueve (2009).-

Radicación número: 25000-23-25-000-2005-00670-01(1489-08)

Actor: GLADYS LEONOR MARTINEZ PINEDA

AUTORIDADES NACIONALES.-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 29 de noviembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, que negó las súplicas de la

demanda incoada por Gladys Leonor Martínez Pineda contra la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL.

LA DEMANDA

GLADYS LEONOR MARTÍNEZ PINEDA, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca declarar la nulidad de los siguientes actos (Fls. 22 a 35):

- Resolución No. 12846 de 25 de junio de 2004, proferida por la Subgerencia de Prestaciones Económicas de CAJANAL, que le negó a la actora el reconocimiento de su pensión de vejez.
- Resolución No. 15493 de 4 de agosto de 2004, suscrita por la Subgerencia de Prestaciones Económicas de CAJANAL, que desató el recurso de reposición interpuesto contra el anterior acto administrativo y lo confirmó.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad accionada a:

- Reconocerle su pensión vejez en cuantía del 75% de la asignación más alta devengada durante el último año de servicios, tal como lo dispone el Decreto 546 de 1971, teniendo en cuenta la asignación básica mensual, gastos de representación, bonificación por servicios prestados y primas de servicio, navidad, vacaciones y especial de servicios. Además, efectuar los ajustes legales.
- Indexar y ajustar el valor de las condenas de conformidad con el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, teniendo en cuenta que los intereses moratorios empiezan a causarse a partir de la ejecutoria del fallo.
- Dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

La actora nació el 14 de diciembre de 1952, por lo cual, cuenta con más de 52 años de edad; además, laboró durante más de 20 años al servicio del Estado, de los cuales 10 años fueron prestados al Ministerio Público.

Por haber cumplido los requisitos contemplados por el Decreto 546 de 1971, el cual consagra un régimen especial de pensiones para los empleados de la Rama Judicial y el Ministerio Público, solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez.

CAJANAL, mediante la Resolución No. 12846 de 25 de junio de 2004, negó la prestación solicitada, por lo cual, la actora interpuso recurso de reposición, que fue desatado en forma desfavorable a través de la Resolución No. 15493 de 4 de agosto de 2004.

LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 25, 53, 58, 83, 90, 122, 123, 124 y 125.

Del Código Contencioso Administrativo, los artículos 36 y 85.

La Ley 57 de 1887.

La Ley 33 de 1985.

La Ley 100 de 1993.

El Decreto 546 de 1971.

El Decreto 717 de 1978.

El Decreto 911 de 1978.

La demandante consideró que los actos acusados estaban viciados de nulidad, por las siguientes razones:

La entidad accionada negó el reconocimiento del beneficio pensional deprecado por considerar que la situación de la actora se encontraba regulada por las disposiciones de la Ley 71 de 1988; sin embargo, aplicar dicha Ley, en lugar del Decreto 546 de 1971, contraría el principio constitucional de favorabilidad en materia laboral.

En efecto, debe darse aplicación al régimen especial porque el mismo prevalece frente al general y, además, resulta ser más beneficioso para la parte demandante.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, mediante sentencia de 29 de noviembre de 2007, negó las súplicas de la demanda con los siguientes argumentos (Fls. 254 a 264):

Se encuentra acreditado que la actora efectuó cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales en virtud de vinculaciones del orden público y privado.

Por otra parte, los destinatarios del régimen especial previsto por el Decreto 546 de 1971 son quienes hayan prestado sus servicios al Estado durante 20 años, de los cuales por lo menos 10 debieron haberse laborado en la Rama Judicial o en el Ministerio Público.

La demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo cual, la disposición aplicable es la Ley 71 de 1988, que permite acumular tiempos de servicio prestados en entidades públicas y a empleadores privados, tal como ocurre en su caso. Además, los tiempos laborados en el sector público no corresponden a 20 o más años, caso en el cual sí serían aplicables las disposiciones especiales invocadas.

Entonces, los actos acusados conservan su presunción de legalidad, por cuanto, la demandante al momento de elevar la petición no tenía los 55 años de edad que exige la Ley 71 de 1988 para el reconocimiento pensional.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, al sustentar la impugnación, expuso los motivos de inconformidad que a continuación se enuncian (Fls. 266 a 274):

La actora es beneficiaria del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; además, trabajó durante más de 10 años al servicio del Ministerio Público, por lo cual, le resulta aplicable el régimen especial consagrado

por el Decreto 546 de 1971 y, en consecuencia, la edad que se exige para pensionarse es de 50 años y no de 55 como lo establece la Ley 71 de 1988.

La normatividad anterior a la expedición de la Ley 100 de 1993 que regula el caso concreto, es la establecida en el Decreto 546 de 1971, que previó un régimen especial de pensiones para los empleados de la Rama Judicial y el Ministerio Público.

Además, los 20 años de servicio que se exigen para acceder a la pensión en aplicación del régimen especial no tienen que ser prestados necesariamente en el sector público, pues la norma no estableció expresamente esta obligación. Una interpretación distinta se torna desfavorable al trabajador y, por lo tanto, pugna con los mandatos constitucionales vigentes en materia laboral.

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

CONSIDERACIONES

El problema jurídico se contrae a determinar si la señora Gladys Leonor Martínez Pineda tiene derecho a que CAJANAL le reconozca su pensión de jubilación teniendo en cuenta los requisitos de edad y tiempo de servicio que exige el régimen excepcional de pensiones vigente para los funcionarios de la Rama Judicial y del Ministerio Público.

Mediante el recurso de alzada, la actora solicitó revocar la sentencia del *A quo* por considerar que es beneficiaria del régimen especial de pensiones previsto por el Decreto 546 de 1971 para los funcionarios de la Rama Judicial y el Ministerio Público, toda vez que laboró durante más de 10 años al servicio de esta última institución y, por lo tanto, tiene derecho a pensionarse con 50 años de edad, teniendo en cuenta el monto de la prestación que la misma norma prevé.

Con el objeto de resolver el problema expuesto, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

- De conformidad con el Registro Civil de Nacimiento, la demandante nació el 14 de diciembre de 1952 (Fl. 129).

- El 28 de noviembre de 2003 la actora solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez, teniendo en cuenta el régimen especial previsto por el Decreto 546 de 1971 para los empleados de la Rama Judicial y el Ministerio Público (Fls. 17 a 21).

- El 25 de junio de 2004, por medio de la Resolución No. 12846, la Subgerencia de Prestaciones Económicas de CAJANAL le negó a la accionante el reconocimiento de la prestación periódica solicitada por considerar que la normatividad aplicable a su caso es la Ley 71 de 1988, toda vez que laboró al servicio de instituciones públicas y privadas y, en consecuencia, su derecho pensional únicamente se consolida cuando cumpla 55 años de edad (Fls. 2 a 4).

Además, indicó que el tiempo de servicio acreditado por la accionante correspondía al siguiente:

ENTIDAD	DESDE	HASTA	DÍAS
Instituto de Seguros Sociales	1978-04-16	1981-03-15	1050
INURBE	1981-03-16	1981-05-30	38
Instituto de Seguros Sociales	1981-03-16	1981-05-30	38
INURBE	1981-06-01	1982-11-16	526
Instituto de Seguros Sociales	1983-05-02	1983-07-15	74
Contraloría General de la República	1983-07-16	1983-12-19	77
Instituto de Seguros Sociales	1983-07-16	1983-12-19	77
Contraloría General de la República	1983-12-20	1984-05-17	148
Instituto Colombiano de la Reforma Agraria	1984-05-18	1984-08-21	47
Contraloría General de la República	1984-05-18	1984-08-21	47
Contraloría General de la República	1984-08-22	1987-05-27	996
Instituto de Seguros Sociales	1988-04-12	1988-05-26	47
Instituto Colombiano de la Reforma Agraria	1988-09-06	1989-06-04	269
Instituto de Seguros Sociales	1989-06-05	1989-06-06	1
Instituto Colombiano de la Reforma Agraria	1989-06-05	1989-06-06	1
Instituto Colombiano de la Reforma Agraria	1989-06-07	1989-08-29	83

Instituto de Seguros Sociales	1989-08-30	1989-11-28	45
Instituto Colombiano de la Reforma Agraria	1989-08-30	1989-11-28	45
Instituto Colombiano de la Reforma Agraria	1989-11-29	1990-09-20	292
Instituto de Seguros Sociales	1990-09-21	1990-11-18	29
Instituto Colombiano de la Reforma Agraria	1990-09-21	1990-11-18	29
Instituto de Seguros Sociales	1990-11-19	1990-12-04	16
Procuraduría General de la Nación	1990-11-23	2001-09-02	3869

- El 15 de julio de 2004 la accionante interpuso los recursos de reposición y apelación contra la anterior decisión (Fls. 9 a 15).

- El 4 de agosto de 2004, por medio de la Resolución No. 15493, la Subgerencia de Prestaciones Económicas de la entidad accionada desató el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 12846 de 25 de junio de 2004, confirmándola en todas sus partes. Agregó que con este acto quedaba agotada la vía gubernativa (Fls. 5 a 8).

- De acuerdo con el documento contentivo de los períodos de afiliación al régimen de pensiones I.S.S., la actora efectuó cotizaciones a dicha institución en virtud de las siguientes vinculaciones de carácter privado (Fl. 144):

Razón Social	Desde	Hasta	Días
Martínez Arango Francisco A	1978/04/16	1981/05/31	1142
Universidad Noct. La Gran Colombia	1983/05/02	1983/12/19	232
Universidad Noct. La Gran Colombia	1984/05/18	1984/08/21	96
Corporación Universitaria Piloto de Colombia	1988/04/12	1988/05/28	47
Corporación Universitaria Piloto de Colombia	1989/06/05	1989/06/06	2
Corporación Universitaria Piloto de Colombia	1989/08/30	1989/11/28	91
Corporación Universitaria Piloto de Colombia	1990/09/21	1990/12/04	75

De conformidad con el anterior acervo probatorio, procede la Sala a desatar la controversia teniendo en cuenta i) el régimen de transición previsto por la Ley 100 de 1993 y ii) el régimen pensional aplicable en el caso concreto.

i) Régimen de transición

La Ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social integral, con el objetivo de amparar a la población en las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, para los afiliados y sus beneficiarios, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales y a crear mecanismos de carácter económico que contrarrestaran las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se veían sometidos.

No obstante lo anterior, la referida ley en su artículo 36 preceptúa lo siguiente:

ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

(...).”

Se observa, entonces, que la Ley 100 de 1993 creó un régimen de transición, que ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

Teniendo en cuenta las pruebas allegadas al expediente, se acreditó que al 1 de abril de 1994 la actora tenía más de 35 años de edad, por lo cual se encuentra dentro de las previsiones del régimen de transición de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, es pertinente determinar cuál era la norma anterior que regulaba su situación pensional para efectos de establecer los requisitos de edad y tiempo de servicio que debía acreditar como presupuestos para acceder a la pensión de jubilación reclamada.

ii) Régimen pensional aplicable en el caso concreto

Para efectos de determinar el régimen pensional que rige la situación particular de la actora, es preciso establecer el carácter público o privado, o ambos, de la vinculación laboral que tuvo durante el tiempo de servicio que le sirve de fundamento para solicitar su pensión de jubilación, pues tal naturaleza es esencial al momento de establecer las disposiciones aplicables al *sub júdice*.

En primer lugar, se encuentra acreditado que la demandante efectuó cotizaciones al Instituto del Seguro Social y a CAJANAL. Tales aportes se efectuaron en virtud de la actividad personal desplegada para el señor Martínez Arango Francisco, la Universidad La Gran Colombia, la Corporación Universitaria Piloto de Colombia, y como consecuencia de la vinculación al INURBE, la Contraloría General de la República, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y la Procuraduría General de la Nación.

De lo anterior se deduce que la actora efectuó aportes en virtud de vinculaciones de carácter público y privado, teniendo en cuenta, además, que el tiempo laborado en entidades públicas no es igual o superior a 20 años.

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:

“Artículo 7. A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden

nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas.

Parágrafo. 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.”.¹

No obstante, la demandante invocó la aplicación del Decreto 546 de 1971, por el cual se estableció un régimen especial a favor de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, disponiendo que la liquidación de la pensión de jubilación se haría en la forma ordinaria establecida para los empleados de la Rama Administrativa del Poder Público, salvo que hubieren prestado sus servicios por lo menos 10 años en la Rama Jurisdiccional o en el Ministerio Público o en ambas.

En efecto, el artículo 6 estableció:

“Artículo 6º. Los funcionarios y empleados a que se refiere este decreto, tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres, y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas.”.

Sin embargo, esta normatividad implícitamente consagra como requisito para el reconocimiento pensional que los 20 años hayan sido laborados en el sector público, toda vez que para la época en que fue expedida no era posible computar los tiempos prestados al servicio de entidades públicas y de empleadores

¹ El citado parágrafo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-012 de 21 de enero de 1994, Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Además, el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 fue modificado por los artículos 33 de la Ley 100 de 1993 y 9 de la Ley 797 de 2003.

privados, pues esta posibilidad se previó por primera vez con la expedición de la Ley 71 de 1988, la cual, se evidencia es posterior al régimen especial en comento.

Este criterio interpretativo tiene plena consonancia con la lectura armónica del Decreto 546 de 1971, el cual, en sus artículos 7 y 8, prescribe:

“ARTÍCULO 7o. Si el tiempo de servicio exigido en el primer inciso del artículo anterior se hubiere prestado en la rama jurisdiccional o en el Ministerio Público en lapso menor de 10 años, la pensión de jubilación se liquidará en la forma ordinaria establecida para los empleados de la rama administrativa del Poder Público.

*ARTÍCULO 8o. Los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público que deban separarse de su cargo por cumplimiento de la edad de retiro forzoso, tendrán derecho al producirse su retiro, a una pensión vitalicia de jubilación que se les liquidará o reliquidará con el 75% de la mayor asignación devengada en el último año de servicio y sin límite de cuantía, siempre que el beneficiario hubiere servido durante 20 años, continuos o discontinuos, **en el servicio oficial**, de los cuales los últimos 3 por lo menos, lo hayan sido en la rama jurisdiccional o en el Ministerio Público.”.* (El resaltado es de la Sala).

Obsérvese que en las precitadas normas se prevé que en caso de que el empleado de la rama judicial y/o del Ministerio Público no acredite los 10 años de servicio en una o ambas instituciones, tendrá derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación en los términos que se reconoce a los demás empleados de la Rama Ejecutiva del Estado, lo cual supone que los servicios se hayan prestado en entidades públicas.

Igualmente, se estipula que en caso de que el servidor haya laborado por lo menos 3 años en las instituciones en referencia, pero no tuviere los 10 años de servicio requeridos, y que deba desvincularse de la administración por haber llegado a la edad de retiro forzoso, podrá pensionarse con el régimen especial siempre y cuando acredite 20 años de tiempo laborado en el sector público.

Entonces, del análisis de las disposiciones contenidas en el Decreto 546 de 1971 se concluye que los 20 años de servicio deben ser de orden público sin que sea posible acumular tiempos laborados en el sector privado.

En este orden de ideas, la norma que regula la situación de la actora es la Ley 71 de 1988. En torno a la naturaleza jurídica de la pensión de jubilación por aportes

consagrada en dicha norma, la Corte Constitucional se ha pronunciado en el siguiente sentido²:

“El artículo 7o. de la Ley 71 de 1988 consagra la denominada pensión de jubilación por acumulación de aportes, es decir, aquella que se obtiene sumando los tiempos de cotización en el sector público y privado. Así pues, a partir de esta normatividad, los empleados oficiales y públicos 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 de las que hagan sus veces, con los efectuados ante el I.S.S., tendrán derecho a acceder a la prestación jubilatoria mediante la acumulación de aportes y cotizaciones derivados de la relación contractual particular u oficial y la legal y reglamentaria.

En relación con esta modalidad pensional, ya la Corte en sentencia No. C-012 de 1994 señaló que "la filosofía de la acumulación de los aportes prevista en el artículo 7o. es la de que la parte de ingresos del empleado oficial o trabajador que se destina a la formación de los fondos de pensiones en las entidades de previsión social, permitan a éstas cumplir con el pago de la pensión de jubilación".

Ahora bien, la creación de esta modalidad pensional no modifica ni altera la aplicación de los regímenes ordinarios establecidos con anterioridad para regular esta prestación jubilatoria, es decir, que la legislación preexistente al momento de la expedición de la ley 71 de 1988, sigue vigente (para el empleado oficial, la ley 33 de 1985, entre otras, y para los demás trabajadores, el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo). En efecto, según el artículo 11 de la misma ley 71, "esta ley y las leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 4a. de 1976, 44 de 1980, 33 de 1985, 113 de 1985 y sus decretos reglamentarios, contienen los derechos mínimos en materia de pensiones y sustituciones pensionales y se aplicarán en favor de los afiliados de cualquier naturaleza de las entidades de previsión social, del sector público en todos sus niveles y de las normas aplicables a las entidades de previsión social del sector privado, lo mismo que a las personas naturales y jurídicas que reconozcan y paguen pensiones de jubilación, vejez e invalidez".

De otra parte, y como lo ha expresado la Corte en sentencia No. C-012 de 1994 (MP. Dr. Antonio Barrera Carbonell), "es evidente, que a través del inciso 1° del artículo 7° de la ley 71 de 1988 se consagró para "los empleados oficiales y trabajadores" el derecho a la pensión de jubilación con 60 años o más de edad, si es varón, y 55 años o más de edad, si es mujer, cuando se acrediten aportes durante 20 años a diferentes entidades de previsión social y al ISS. Pero con anterioridad, los regímenes jurídicos sobre pensiones no permitían obtener el derecho a la pensión de jubilación en las condiciones descritas en la norma; es decir, no era posible acumular el tiempo servido en entidades oficiales, afiliadas a instituciones de previsión social oficiales y a las cuales se habían hecho aportes, con el tiempo servido a patronos particulares, afiliados al Instituto Colombiano de los

² Sentencia C-012 de 1994, Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Seguros Sociales, y al cual, igualmente se había aportado, aun cuando si era procedente obtener el derecho a la pensión acumulando el tiempo servido a diferentes entidades oficiales, cuando se hubieren hecho aportes a diferentes entidades de previsión social oficial o al ISS.”.

Se observa, entonces, que el beneficio pensional establecido por el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 se concibió como una garantía para que 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 normas que se habían expedido con anterioridad regularon en forma independiente el régimen pensional de cada uno de estos sectores.

En torno a esta preceptiva, esta Corporación ha manifestado que³:

“En virtud de dicho ordenamiento se consagró para "los empleados oficiales y trabajadores" el derecho a la denominada pensión de jubilación por aportes con 60 años o más de edad, si es varón, y 55 años o más de edad, si es mujer, cuando se acrediten aportes durante 20 años a diferentes Entidades de Previsión Social y al ISS⁴.

Con anterioridad a dicha disposición, los regímenes jurídicos sobre pensiones no permitían obtener el derecho a la pensión de jubilación en las condiciones descritas, es decir que no existía la posibilidad de acumular el tiempo servido en Entidades Públicas afiliadas a Instituciones de Previsión Social Oficiales con el tiempo servido a patronos particulares afiliados al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, a los cuales se hubiese cotizado.

De esta manera, el Legislador estableció por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la pensión de jubilación, sumando los tiempos de cotización en los sectores público y privado, poniendo así fin a la injusticia que imperaba hasta ese momento respecto de aquellos trabajadores que no obstante estar afiliados a una Entidad de Previsión Social, no podían acceder al beneficio pensional por no haber laborado todo el tiempo en la empresa privada o con el Estado.

Con el nuevo sistema se hacen compatibles entonces, los tiempos laborados en el sector oficial con los cotizados en el I.S.S. por servicios prestados a patronos particulares, de manera que los trabajadores que laboraron en el sector privado y se desvincularon posteriormente de éste, sin haber obtenido el derecho a la jubilación, pueden emplearse en el sector oficial hasta completar el tiempo exigido para lograr el reconocimiento de la respectiva pensión por aportes. Lo mismo ocurre con aquellos servidores públicos que al

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 3 de abril de 2008, Radicación: 68001 23 15 000 2003 00792 01 (0049-07), Actora: CENAIDA ARIZA DE CENTENO.

⁴ Sentencia CE-7048 del 8 de marzo de 1994. Consejero Ponente Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

haberse retirado del sector oficial sin reunir los requisitos pensionales, se vincularon al sector privado, cumpliendo en éste, el tiempo legal exigido para lograr el reconocimiento de la pensión por aportes.”.

Así las cosas, la actora no tenía derecho a obtener su pensión de vejez con 50 años de edad, pues las normas que invoca son de aplicación exclusiva para el personal que haya prestado sus servicios a entidades del orden oficial en la forma antes prevista; y, la disposición que establece la pensión permitiendo acumular tiempos de servicio prestados al sector privado y público, es la Ley 71 de 1988, que exige 55 años de edad para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación en el caso de las mujeres.

Ahora bien, del material probatorio allegado al expediente así como de los actos administrativos demandados, se evidencia que como el régimen anterior del cual es beneficiaria la accionante 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, la demandante, a la fecha, ya acredita la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a la pensión de jubilación.

En efecto, el tiempo laborado y cotizado al ISS y a CAJANAL es superior a 20 años y, además, cumplió los 55 años de edad el 14 de diciembre de 2007.

Si bien es cierto, que para la época que hizo su reclamación a la entidad no reunía el requisito de edad, pues para ese entonces contaba con cincuenta (50) años, no es menos cierto que a la fecha, y en el trámite de esta instancia, la actora cumplió cincuenta y cinco (55), motivo por el cual es dable acceder al reconocimiento de la pensión por aportes, y no a la especial de jubilación pretendida en la demanda, en atención a los principios constitucionales de favorabilidad en materia laboral; prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades; y de lo dispuesto en el artículo 170 del C.C.A.⁵, el cual permite al fallador contencioso, para restablecer el derecho particular, estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar éstas.

⁵ “ARTICULO 170. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones. Para restablecer el derecho particular, los Organismos de lo Contencioso Administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas.”.

En este orden de ideas, es posible ordenarle a la entidad demandada que le reconozca a la actora su pensión de jubilación a partir de la fecha en que cumplió cincuenta y cinco (55) años de edad, teniendo en cuenta que la cuantía de la prestación corresponde al 75% del ingreso base de liquidación, el cual se debe determinar con fundamento en la Ley 71 de 1988 y el Decreto 2709 de 1994⁶.

Al respecto, esta Corporación, Sección Segunda, Subsección B, en sentencia de 25 de octubre de 2007, C. P. doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicado interno No. 0966-04, actor: José Manuel Rodríguez Bernal, sostuvo:

La Ley 71 de 1988, por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones, en su artículo 7 dispuso:

“A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas”.

La norma anterior fue reglamentada por el Decreto 2709 de 1994, que en su artículo 1, preceptuó:

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

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

En el artículo 6 ibidem se determinó el salario base para la pensión de jubilación por aportes con el siguiente tenor literal:

⁶ En sentencia de esta Sala, de 26 de junio de 2008, radicado interno 8704-2005, M.P. doctor Jesús María Lemos Bustamante se consideró: *“Si bien es cierto que para la fecha en que hizo su reclamación a la entidad no reunía el requisito de la edad, pues para ese entonces contaba con cincuenta y seis (56) años de edad, no es menos cierto que hoy en día tiene más de sesenta y cinco (65) años, motivo por el cual es dable acceder al derecho reclamado, por economía y celeridad (artículo 209 de la Constitución Política), dado que, además, el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo permite al fallador contencioso, para restablecer el derecho particular, estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas.”*

“El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley. Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá certificarlo (sic) pagado por los citados conceptos durante el periodo correspondiente.”

La norma anterior fue derogada por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997.

Reliquidación pensional

Pese a que la entidad demandada reconoció la pensión aplicando el régimen contemplado en el La Ley 71 de 1988 que regula la pensión por aportes, la liquidación la hizo con base en lo dispuesto por el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según el cual el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas cobijadas por la transición que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera 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.

Por lo anterior el Departamento de Cundinamarca debió incluir en el ingreso base de liquidación no sólo la asignación básica percibida por el actor entre el 1 de enero de 1995 y el 23 de junio de 1996, fecha de retiro del servicio, sino todos los factores sobre los cuales se le descontó para aportes a pensiones.

En el proceso quedó acreditado que el actor durante el período comprendido entre el 1 de enero de 1995 y el 23 de junio de 1996, devengó jornal diario, subsidio de transporte, bonificación especial choferes y primas de alimentación, servicios, vacaciones y navidad, y sobre todos ellos le fue descontado el aporte correspondiente a pensiones (fl. 98), por lo que era deber de la entidad incluirlos en el ingreso base de liquidación.

Este reconocimiento en los términos legales, con los factores y en el porcentaje establecido por la Ley 71 de 1988 y el Decreto 2709 de 1994, tiene efectos a partir del momento en que la actora adquirió el status pensional, es decir, el 14 de diciembre de 2007, fecha en que reunió los requisitos de tiempo de servicios y edad exigidos por la Ley, salvo que se hubiere vinculado nuevamente al servicio, en cuyo caso tal prestación se reconocerá a partir del retiro definitivo.

La pensión que se reconoce tendrá los reajustes de ley. Así mismo, el monto de la condena que resulte se ajustará, mes por mes, en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la actora por concepto de mesada pensional con inclusión de los reajustes de ley, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debieron efectuarse cada uno de los pagos.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, empezando por la primera mesada pensional que se dejó de devengar, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

De las anteriores consideraciones se concluye que no es deber de la demandante solicitar nuevamente el reconocimiento pensional conforme a lo establecido en la Ley 71 de 1988, por lo cual, en este aspecto, se hace necesario ordenar el reconocimiento y liquidación de la prestación en los términos legales, teniendo en cuenta las precisiones efectuadas en los párrafos precedentes.

Por lo expuesto, hay lugar a confirmar la sentencia de 29 de noviembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, que negó las súplicas de la demanda encaminadas a obtener la pensión de jubilación en las mismas condiciones en que se reconoce a los beneficiarios del régimen especial correspondiente a los empleados y funcionarios de la Rama Judicial y el Ministerio Público. Sin embargo, de conformidad con las facultades consagradas en el artículo 170 del C.C.A., se ordenará a CAJANAL que reconozca y pague la pensión por aportes a que tiene derecho la demandante de conformidad con Ley 71 de 1988 y el Decreto 2709 de 1994, por haber cumplido los requisitos en trámite del presente proceso, tal como quedó expuestos en los párrafos precedentes.

DECISIÓN

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 de 29 de noviembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, en cuanto negó las súplicas de la demanda incoada por Gladys Leonor Martínez Pineda contra la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, encaminada a obtener la pensión especial de jubilación prevista por el artículo 6 del Decreto 546 de 1971.

Ordénase, por las razones expuestas en la parte motiva, a la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, reconocer y pagar la pensión por aportes a la señora Gladys Leonor Martínez Pineda, siempre y cuando no lo hubiere hecho, de conformidad con lo establecido en la Ley 71 de 1988 y el Decreto 2709 de 1994, a partir del 14 de diciembre de 2007, salvo que se hubiere vinculado nuevamente al servicio, en cuyo caso tal prestación se reconocerá a partir del retiro definitivo. Igualmente, la cuantía de la pensión se determinará en la forma señalada en la parte motiva de esta providencia, con los reajustes anuales de ley.

Las sumas a que se condena a la entidad demandada por medio de esta sentencia se actualizarán, aplicando para ello la fórmula indicada en la parte motiva.

Dese cumplimiento al fallo en los términos y condiciones establecidos en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

Reconócese personería a la abogada MARÍA ROCÍO TRUJILLO GARCÍA, identificada con cédula de ciudadanía No. 21.069.360 y tarjeta profesional No. 23.361 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la entidad demandada, en los términos y para los efectos del poder conferido, visible de folios 325 a 327 del expediente.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los anales del Consejo de Estado y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA