

PENSION ESPECIAL DE RETIRO POR VEJEZ - Carencia de recursos para su congrua existencia / PENSION EN EDAD DE RETIRO FORZOSO - Reconocimiento aunque carezca de requisitos legales ante falta de recursos para su congrua subsistencia

La actora nació el 29 de marzo de 1936, es decir que para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía más de 58 años de edad y por tal razón está cobijada por el régimen de transición que le permite acceder a la pensión consagrada en el régimen anterior. Dicho régimen, tratándose de empleados de carácter nacional es el contemplado en la Ley 33 de 1985, que en el artículo 1º, dispone: (...). Dicha Ley, derogó expresamente los artículos 27 y 28 del Decreto Ley 3135 de 1968 y las disposiciones que le fueran contrarias, sin que en dicha derogatoria incluyera el artículo 29, según el cual: A partir de la vigencia del presente Decreto, el empleado público o trabajador oficial que sea retirado del servicio por haber cumplido la edad de 65 años y no reúna los requisitos necesarios para tener derecho a pensión de jubilación o invalidez, tendrá derecho a una pensión de retiro por vejez, pagadera por la respectiva entidad de previsión equivalente al veinte por ciento (20%) de su último sueldo devengado, y un dos por ciento (2%) más por cada año de servicios, siempre que carezca de recursos para su congrua subsistencia. Esta pensión podrá ser inferior al mínimo legal. Es decir, que estando cobijada por el régimen de transición, su situación estaba regida por la Ley 33 de 1985 que no estatuyó disposiciones en contra de la pensión de retiro por vejez ni la derogó expresamente. Ahora bien, es cierto como lo dijo el Tribunal, que la norma en comento dispuso que el empleado oficial en la situación descrita, tendría derecho a la pensión de retiro por vejez, siempre y cuando careciera de recursos económicos para su congrua subsistencia.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 36 / LEY 33 DE 1985 - ARTICULO 1 / DECRETO LEY 3135 DE 1968 - ARTICULO 27 / DECRETO LEY 3135 DE 1968 - ARTICULO 28 / DECRETO LEY 3135 DE 1968 - ARTICULO 29

EDAD DE RETIRO FORZOSO - Pensión especial de vejez por carencia de medios de subsistencia / PENSION ESPECIAL DE VEJEZ - Liquidación y ajuste / AUSENCIA DE RECURSOS PARA UNA CONGRUA SUBSISTENCIA - Prueba. Situación de debilidad manifiesta / PERSONAS EN CIRCUNSTANCIAS DE DEBILIDAD MANIFIESTA - Especial protección constitucional / PERSONAS DE LA TERCERA EDAD - Especial protección. Debilidad manifiesta

El Decreto 1848 de 1969, en el artículo 81, determinó los requisitos para ser beneficiario de la pensión de retiro por vejez y en relación con la forma de probar la falta de medios propios para su congrua subsistencia, señaló que se haría con dos declaraciones de testigos y con la presentación de la copia auténtica de la última declaración de renta y patrimonio del interesado. En este punto, se pregunta la Sala si, una empleada que ocupó siempre el nivel más bajo en la escala salarial, como se observa en la certificación expedida por el Ministerio de Educación Nacional que obra en el expediente, según la cual, desde que fue nombrada en el año de 1983 y hasta su retiro, ocupó el cargo de Auxiliar de Servicios Generales, que fue retirada del cargo, por decisión unilateral de la administración con 65 años de edad y que en la actualidad cuenta con 74, se encuentra en la obligación de probar tal situación. Lo anterior, por cuanto es obligación del Estado, en acatamiento de claros postulados constitucionales, como aquel que radica en cabeza del Estado, la sociedad y la familia, la obligación de concurrir a la protección y asistencia de las personas de la tercera edad (C.N. Art.

45), garantizarles la seguridad social (Art. 48 ib.) y en general proteger a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, como es el caso de la actora, quien una vez sobrepasó la edad de retiro forzoso, no tuvo oportunidad de vender su fuerza laboral para acceder a la pensión plena de jubilación. En casos como el presente, dadas las circunstancias especiales que rodean el caso de la actora, quien como ya se dijo, ocupó siempre el cargo de Auxiliar de Servicios Generales y que se vio obligada a dejar su cargo por llegar a la edad de retiro forzoso, lo que le impidió acceder a la pensión plena de jubilación, considera la Sala que se encuentra relevada de probar la falta de medios propios de subsistencia. En las anteriores condiciones, concluye la Sala que a la actora le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de retiro por vejez contemplada en el artículo 29 del Decreto 3135 de 1968, razón por la cual se declarará la nulidad de los actos acusados y se ordenará a la Caja Nacional de Previsión Social, reconocer y pagar a la actora dicha prestación en porcentaje de 54% del último sueldo devengado, a partir del 2 de julio de 2001, fecha de retiro del servicio. Si el monto de la pensión resultara inferior al salario mínimo legal, se ajustará en su valor hasta alcanzarlo.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1848 DE 1969 - ARTICULO 81 / CONSTITUCION NACIONAL ARTICULO - 45 / CONSTITUCION NACIONAL - ARTICULO 48 / DECRETO 3135 DE 1968 - ARTICULO 29

NOTA DE RELATORIA: En igual sentido puede consultarse Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia Exp. 1292-07 MP. Alfonso Vargas Rincón.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010).

Radicación número: 25000-23-25-000-2005-01947-01(0631-07)

Actor: BERENICE ZULUAGA DE GOMEZ

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de noviembre 24 de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

BERENICE ZULUAGA DE GÓMEZ, 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 las Resoluciones Nos. 9071 del 20 de octubre de 2004 y 17328 del 31 de agosto del mismo año, proferidas por la Caja Nacional de Previsión Social, por medio de las cuales le negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Como consecuencia de lo anterior solicita el correspondiente restablecimiento del derecho.

Como hechos en que sustenta sus pretensiones señala:

Prestó sus servicios al Ministerio de Educación Nacional por 17 años, 10 meses y 11 días, desde el 2 de agosto de 1983 hasta el 1º de julio de 2001, fecha en que fue desvinculada del cargo de Auxiliar de Servicios Generales, en forma unilateral, alegando el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, pues cumplió 65 años el 29 de marzo de 2001.

El 19 de marzo de 2003, radicó en la entidad demandada, solicitud de reconocimiento y pago de una pensión mensual de vejez o a la que tuviera derecho, petición que le fue negada por los actos acusados con el argumento de que el tiempo laborado hasta ese momento, 918 semanas, no satisfacía el requisito legal de los 20 años de servicio.

Con la actuación anterior, se le han desconocido derechos constitucionales y legales contenidos en el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 y 36 de la Ley 100 de 1993.

Normas violadas y concepto de la violación.-

- C.P., artículo 29.
- Decreto 2400 de 1968, artículo 31.
- Ley 100 de 1993, artículos 1, 2, 4, 6, 47, 48, 49 y 53.

A la entrada en vigencia del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, contaba con 58 años de edad y 10 años de servicio y en consecuencia tenía derecho a que se le

reconociera y liquidara la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplió los requisitos.

Señala que la Ley 33 de 1985 estableció las prestaciones sociales del sector público y para efectos de la pensión señaló unos requisitos de los cuales excluyó a quienes por ley disfrutaran de un régimen especial de pensiones.

En consecuencia, la Caja Nacional de Previsión Social desconoció el ordenamiento jurídico aplicable, pues conforme a lo previsto en el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, todo empleado que cumpla la edad de 65 años será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado, pero se hará acreedor a una pensión por vejez equivalente al 20% del último sueldo devengado y a un 2% adicional por cada año de servicio. En su caso, tiene derecho a una pensión equivalente al 54% de su último sueldo, sin que sea inferior al salario mínimo.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la sentencia apelada, denegó las súplicas de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Luego de examinar las pruebas allegadas al expediente y determinar el problema jurídico, señala que la edad de retiro forzoso para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva se encuentra consignada en el artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968 y en el mismo se establece que tienen derecho a una pensión por vejez, conforme lo establezca el régimen de pensiones.

A nivel nacional el legislador determinó la pensión de jubilación también de vejez (artículo 27 del Decreto 3135 de 1968), pero además previó otra denominada pensión de retiro por vejez, en el artículo 29.

Es así como dicho Decreto, que previó la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y reguló el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, estableció que a partir de su vigencia, el empleado público o trabajador oficial retirado del servicio por haber cumplido la edad de 65 años sin haber cumplido los requisitos para la pensión de jubilación o invalidez, tendrá derecho a una pensión de retiro por vejez, en cuantía equivalente

al 20% de su último sueldo y un 2% por cada año de servicios siempre que carezca de recursos para su congrua subsistencia.

Por su parte, el Decreto 1848 de 1969, determinó los requisitos para ser beneficiario de dicha pensión y la forma como se debía probar la falta de medios propios para la congrua subsistencia.

No obstante lo anterior, en el expediente no obra prueba alguna que permita establecer la capacidad económica de la actora.

Agrega que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció el régimen de transición y para la fecha en que entró a regir el nuevo régimen, la actora contaba con más de 35 años y en consecuencia, comparte el argumento que tuvo la entidad demandada para negar el reconocimiento de la pensión de vejez a la actora, al dar aplicación al artículo 1º párrafo 2º de la Ley 33 de 1985, que contiene una excepción al determinar la edad, cuando para la fecha de entrada en vigencia de la misma, el empleado hubiere cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, caso en el cual continuarían aplicándose las disposiciones que sobre edad de jubilación regían con anterioridad.

Para el caso concreto de la actora, reitera que las aplicables son las Leyes 33 y 62 de 1985, las cuales contemplaron como requisito para aplicar el régimen anterior en relación con la edad contenido en el Decreto 1848 de 1969, haber cumplido 15 años de servicio a su entrada en vigencia, es decir, el 29 de enero de 1985, época para la cual la actora sólo había cotizado un año y cinco meses, es decir, que tampoco reunía los requisitos establecidos en ella para obtener la pensión de vejez.

En relación con lo previsto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, que contempla la indemnización sustitutiva de la pensión por vejez, se tiene que el legislador contempló que en caso de reunir el requisito de la edad y ser incompleto el tiempo de servicio o cotizaciones, se tendría derecho tanto a la pensión de retiro por vejez como a la indemnización sustitutiva, lo que demuestra que dicha norma derogó tácitamente los Decretos 2400 y 3135 de 1968.

Precisa que el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, derogó el requisito de la edad contenido en el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 y la totalidad del artículo 29 del Decreto 3135 de 1968 que contempla la pensión de retiro por vejez.

Concluye en consecuencia:

- Que la norma invocada por la actora (artículo 31 del Decreto 2400 de 1968), no contempla la pensión de retiro por vejez, sino la edad de retiro forzoso para acceder a la pensión por vejez de conformidad con las normas.
- Que fue mediante el Decreto 3135 de 1968 que se creó la pensión de retiro por vejez, el cual fue modificado en cuanto a los requisitos por el Decreto 1848 de 1969 artículo 81, sin que la actora probara su incapacidad económica.
- Que a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, por estar en régimen de transición no cumplió con el requisito de los 15 años de edad, para que se le respetaran los derechos adquiridos en relación con el Decreto 1848 de 1969.
- La actora cumplió los 65 años de edad cuando ya había entrado en vigencia la Ley 100 de 1993, por lo tanto tiene derecho a la indemnización sustitutiva o a seguir cotizando hasta completar las semanas exigidas para tener derecho a la pensión de vejez que consagra la Ley 100 de 1993.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora (fl. 105), interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia por lo siguiente:

La sentencia recurrida desconoció el ordenamiento jurídico aplicable a favor de la actora, conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, en concordancia con lo establecido en el artículo 29 del Decreto 3135 de 1968.

Estas normas se constituyeron en derechos adquiridos indistintamente de que normas posteriores las derogaran, y que además le son más favorables.

La actora no debía probar su incapacidad económica, ya que como lo determina el ordenamiento jurídico aplicable en el presente caso, es un derecho adquirido al

cual se ha hecho acreedora por el retiro forzoso y su cuantía está determinada en el Decreto 2400 de 1968.

Para resolver, se

CONSIDERA

BERENICE ZULUAGA DE GÓMEZ, como se precisó en los antecedentes, fue retirada del servicio oficial por haber llegado a la edad de retiro forzoso, por medio de la Resolución No. 1302 de 29 de junio de 2001. Para dicha fecha desempeñaba el cargo de Auxiliar de Servicios Generales 5335-13 de la planta globalizada del Ministerio de Educación Nacional.

La actora había ingresado al servicio del Ministerio de Educación Nacional desde el 2 de agosto de 1983, es decir que para el momento de su retiro, contaba con 17 años, 10 meses y 27 días.

Por lo anterior, solicitó a la Caja Nacional de Previsión Social el reconocimiento y pago de la pensión de retiro por vejez contemplada en el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968.

La entidad demandada profirió la Resolución No. 17328 del 31 de agosto de 2004, negando el reconocimiento solicitado, aduciendo para el efecto que por encontrarse la actora en régimen de transición la normatividad aplicable es la contenida en la Ley 33 de 1985, la cual exige como requisitos para tener derecho a la prestación, 50 años de edad y 20 de servicios, con los cuales no cumple la actora.

Se trata en consecuencia de determinar en primer lugar, el régimen pensional que cobija a la actora para luego establecer si tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de retiro por vejez reclamada.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dispone:

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 2 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 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

La actora nació el 29 de marzo de 1936, es decir que para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía más de 58 años de edad y por tal razón está cobijada por el régimen de transición que le permite acceder a la pensión consagrada en el régimen anterior.

Dicho régimen, tratándose de empleados de carácter nacional es el contemplado en la Ley 33 de 1985, que en el artículo 1º, dispone:

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

Dicha Ley, derogó expresamente los artículos 27 y 28 del Decreto Ley 3135 de 1968 y las disposiciones que le fueran contrarias, sin que en dicha derogatoria incluyera el artículo 29, según el cual:

A partir de la vigencia del presente Decreto, el empleado público o trabajador oficial que sea retirado del servicio por haber cumplido la edad de 65 años y no reúna los requisitos necesarios para tener derecho a pensión de jubilación o invalidez, tendrá derecho a una pensión de retiro por vejez, pagadera por la respectiva entidad de previsión equivalente al veinte por ciento (20%) de su último sueldo devengado, y un dos por ciento (2%) más por cada año de servicios, **siempre que carezca de recursos para su congrua subsistencia**. Esta pensión podrá ser inferior al mínimo legal.

Es decir, que estando cobijada por el régimen de transición, su situación estaba regida por la Ley 33 de 1985 que no estatuyó disposiciones en contra de la pensión de retiro por vejez ni la derogó expresamente.

Ahora bien, es cierto como lo dijo el Tribunal, que la norma en comento dispuso que el empleado oficial en la situación descrita, tendría derecho a la pensión de retiro por vejez, siempre y cuando careciera de recursos económicos para su congrua subsistencia.

El Decreto 1848 de 1969, en el artículo 81, determinó los requisitos para ser beneficiario de la pensión de retiro por vejez y en relación con la forma de probar la falta de medios propios para su congrua subsistencia, señaló que se haría con dos declaraciones de testigos y con la presentación de la copia auténtica de la última declaración de renta y patrimonio del interesado.

En este punto, se pregunta la Sala si, una empleada que ocupó siempre el nivel más bajo en la escala salarial, como se observa en la certificación expedida por el Ministerio de Educación Nacional que obra a folio 5 del expediente, según la cual, desde que fue nombrada en el año de 1983 y hasta su retiro, ocupó el cargo de Auxiliar de Servicios Generales, que fue retirada del cargo, por decisión unilateral de la administración con 65 años de edad y que en la actualidad cuenta con 74, se encuentra en la obligación de probar tal situación.

Lo anterior, por cuanto es obligación del Estado, en acatamiento de claros postulados constitucionales, como aquel que radica en cabeza del Estado, la sociedad y la familia, la obligación de concurrir a la protección y asistencia de las personas de la tercera edad (C.N. Art. 45), garantizarles la seguridad social (Art. 48 ib.) y en general proteger a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, como es el caso de la actora, quien una vez sobrepasó la edad de retiro forzoso, no tuvo oportunidad de vender su fuerza laboral para acceder a la pensión plena de jubilación.

En casos como el presente, dadas las circunstancias especiales que rodean el caso de la actora, quien como ya se dijo, ocupó siempre el cargo de Auxiliar de Servicios Generales y que se vio obligada a dejar su cargo por llegar a la edad de retiro forzoso, lo que le impidió acceder a la pensión plena de jubilación, considera

la Sala que se encuentra relevada de probar la falta de medios propios de subsistencia.

En las anteriores condiciones, concluye la Sala que a la actora le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de retiro por vejez contemplada en el artículo 29 del Decreto 3135 de 1968, razón por la cual se declarará la nulidad de los actos acusados y se ordenará a la Caja Nacional de Previsión Social, reconocer y pagar a BERENICE ZULUAGA DE GÓMEZ dicha prestación en porcentaje de 54% del último sueldo devengado, a partir del 2 de julio de 2001, fecha de retiro del servicio. Si el monto de la pensión resultara inferior al salario mínimo legal, se ajustará en su valor hasta alcanzarlo.

Las sumas que resulten a favor de la actora se actualizarán en su valor, de acuerdo con la fórmula y términos que se señalarán en la parte resolutive de la presente providencia.

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

FALLA :

REVÓCASE la sentencia de 24 de noviembre de 2006 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual denegó las súplicas de la demanda dentro del proceso promovido por BERENICE ZULUAGA DE GÓMEZ. En su lugar, se dispone:

DECLÁRASE la nulidad de las Resoluciones Nos. 9071 del 20 de octubre de 2004 y 17328 del 31 de agosto del mismo año, proferidas por la Caja Nacional de Previsión Social, por medio de las cuales negó el reconocimiento y pago de la pensión de retiro por vejez a BERENICE ZULUAGA DE GÓMEZ.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos acusados y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL, reconocer y pagar la pensión de retiro por vejez a favor de BERENICE ZULUAGA DE GOMEZ, en cuantía del 54% del último sueldo devengado, a partir

del 2 de julio de 2001, fecha de retiro del servicio. Si el monto de la pensión resultara inferior al salario mínimo legal, se ajustará en su valor hasta alcanzarlo.

A las sumas que resulten por concepto de mesadas pensionales y adicionales, se les aplicarán los ajustes de ley a que haya lugar, y se actualizarán en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir, por concepto de pensión de retiro por vejez desde el 2 de julio de 2001, por el guarismo que resulta 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 debió hacerse el pago, según se dispuso en la parte motiva de la providencia).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada pensional y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

La CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL dará cumplimiento a este fallo dentro del término establecido en el artículo 176 del C.C.A. y observará lo dispuesto en el inciso final del artículo 177 ibídem y el artículo 60 de la ley 446 de 1998.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen. **CUMPLASE.**

Discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO
Impedido

ALFONSO VARGAS RINCÓN