

207

48



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"**

**Consejero Ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**

Bogotá, siete (7) de octubre de dos mil diez (2010)

**Radicación N° 25000 23 25 000 2002 91199 01 (0574-08)**  
**Actor: ANA LUCÍA BERMÚDEZ DE SÁNCHEZ**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 12 de abril de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca contra la Caja Nacional de Previsión Social.

**ANTECEDENTES**

1. La demandante, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Auto número 10790 del 12 de septiembre de 2001 por el cual la Caja Nacional de Previsión Social negó la reliquidación de su pensión de jubilación.

A título de restablecimiento del derecho pidió que se declare que tiene derecho a que la entidad le reconozca y pague una pensión mensual vitalicia en cuantía del 75% de los factores devengados durante el último año de servicio.

Como consecuencia de la anterior declaración, pretende que se condene a la entidad a pagarle las diferencias que resulten entre el valor recibido y el que corresponda de acuerdo con la nueva liquidación; que las sumas que resulten de la reliquidación se ajusten de acuerdo con las normas legales establecidas para tal efecto y se le reconozcan los intereses respectivos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 177 del C.C.A.

Alega que prestó sus servicios al Estado durante 8.425 días, habiendo sido su último cargo el de Auxiliar de Magistrado; que por reunir los requisitos legales Cajanal le reconoció la pensión de jubilación mediante la Resolución No. 014186 del 27 de diciembre de 1994, pero para efectos de establecer la cuantía de la prestación sólo tuvo en cuenta la asignación básica, omitiendo incluir los demás factores que devengó durante el último año de servicio.

2. La entidad accionada se opuso a las pretensiones del libelo. Dijo que el régimen especial contenido en el Decreto 546 de 1971 no indica claramente cuáles factores constituyen el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, por lo que la propia entidad empleadora y pagadora

descuenta el porcentaje que prevé la ley para cotización en pensiones sobre la asignación básica, la bonificación por servicios y la prima técnica, en algunos casos, obligando de esta manera a Cajanal a incluir estos conceptos al calcular la mesada.

Agregó que las leyes 33 y 62 de 1985 ordenan que el cálculo de la pensión se debe efectuar sobre los mismos factores que sirvieron de base para aportar o cotizar a la respectiva entidad de previsión. Recordó que siempre las disposiciones han ligado los factores para aportes con los factores liquidables para jubilación, es decir que en uno y otro procedimiento deben tenerse en cuenta los mismos emolumentos.

### LA SENTENCIA

El Tribunal accedió a las súplicas de la demanda. Dijo que la actora, quien se encuentra amparada por el régimen de transición, adquirió el derecho a percibir la pensión de jubilación de conformidad con el Decreto 546 de 1971, estatuto especial para los servidores de la Rama Judicial y del Ministerio Público, que prevé que los empleados a que se refiere, siempre que cumplan los requisitos allí establecidos, tienen derecho a pensionarse con la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicio.

Afirmó que el acto acusado fue proferido con desconocimiento de los derechos laborales consagrados en la Constitución Política a favor de los empleados públicos y con violación de la ley, al no darse aplicación a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 6 del Decreto Ley 546 de 1971.

Ordenó a la entidad accionada reliquidar la pensión de jubilación de la demandante, tomando como ingreso base la asignación más elevada del último año de servicios, comprendido entre el 31 de octubre de 1994 y el 31 de octubre de 1995, incluyendo todos los factores que devengó durante dicho periodo y que fueron certificados por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial (fl. 145-146).

### LA APELACIÓN

La entidad demandada reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Dice que tendiendo en cuenta que el régimen especial no indica claramente que factores constituyen el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, debe acudir a las normas generales aplicables para dirimir cuales son los factores salariales computables para establecer el valor de la prestación. Que en este caso será la Ley 100 de 1993 o la Ley 33 de 1985, normas de idéntico contenido las que deben definir los valores que deben incluirse, de manera taxativa y precisa.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

### CONSIDERACIONES

Se encuentra acreditado en el plenario que la actora prestó sus servicios a la Rama Judicial durante más de 10 años, como lo exige el Decreto 546 de 1971, cuyo artículo 6 dispone:

"Art. 6°. 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 servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente en 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."

De acuerdo con la anterior previsión, la demandante adquirió el derecho a percibir pensión de jubilación, conforme al Decreto 546 de 1971, estatuto especial para los servidores de la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público.

Respecto de la aplicación preferente de los regímenes pensionales especiales, la Sección Segunda de esta Corporación, con

ponencia del Consejero Doctor Carlos Orjuela Góngora, se pronunció en sentencia del 11 de octubre de 1994<sup>1</sup>, y desde entonces se determinó que la Ley 62 de 1985, que modificó la ley 33 de 1985, no dejó sin vigencia la excepción consagrada en el inciso 2 de su artículo 1º, sino que *“lo único que hizo fue modificar el artículo 3º relacionado con los aportes que deben cancelar todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión”*.

En cuanto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta para liquidar la prestación, esta Sala ha reiterado que la asignación más elevada para efectos de determinar la base de la pensión de jubilación de los funcionarios y empleados amparados por dicho régimen, está contenida en el artículo 12 del Decreto 717 de 1978, la cual comprende, además de la asignación básica mensual, todas las sumas que habitual y periódicamente perciba el servidor a título de retribución por sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley.

Adicionalmente, no se discute que la actora está amparada por el artículo 36 de la ley 100 de 1993, es decir, por el régimen de transición allí establecido, según el cual la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión se rigen por las leyes anteriores a ese estatuto, lo cual significa que tratándose de un servidor de la rama judicial, la norma aplicable es el decreto ley 546 de 1971, cuyo artículo 6º le concede el derecho a que la

---

<sup>1</sup> Expediente N° 7639

cuantía de su pensión de jubilación se liquide con el 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio, por haber prestado sus servicios en las condiciones allí establecidas.

Y en relación con la aplicación del régimen de transición, el Consejo de Estado, depurando su interpretación, concluyó que cuando hay lugar a él las normas anteriores deben aplicarse en toda su extensión pues, de lo contrario, resultaría desvirtuado no solo el régimen de transición, sino también el régimen anterior que allí se ordena aplicar. Razonó así la Corporación:

"...Ahora bien, según la norma transcrita, el actor tiene derecho a jubilarse con 55 años de edad, con 20 años de servicio y con el monto de la pensión, establecidos en el régimen anterior a la vigencia de la ley 100.

Monto, según el diccionario de la lengua, significa "Suma de varias partidas, monta." Y monta es "Suma de varias partidas." (Diccionario de la Lengua "Española", Espasa Calpe S.A., Madrid 1992, tomo II, páginas 1399-1396).

Advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra "monto" que cuando la ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100.

Por manera que si las personas sometidas al régimen de transición deben jubilarse con la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión gobernados por las normas anteriores a la ley 100, no ve la Sala cuáles son las demás condiciones para acceder al derecho, que según la última regla del inciso 2º en análisis se rigen por dicha ley.

De otro lado, la Sala también observa que en el inciso 3° del artículo 36, están previstos un ingreso base y una liquidación aritmética diferente a la que dedujo la Sala de la interpretación del inciso 2°, puesto que del monto que se rige por las normas anteriores se infiere un ingreso base regido igualmente conforme al ordenamiento jurídico anterior, lo cual pone de presente la redacción contradictoria de tales normas, que conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política a tener en cuenta la mas favorable, o sea la primera regla del inciso 2°.<sup>2</sup>

Igualmente, sobre los alcances del régimen de transición la Sección Segunda – Subsección “B” del Consejo de Estado en sentencia de 8 de junio de 2000, sostuvo:

“Con anterioridad a la Ley 100 de 1993, regía la Ley 33 de 1985 la cual en el artículo 1° dispuso que el empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, 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....

....el régimen de transición es un beneficio que la ley concede al servidor, consistente en que se le aplican las disposiciones legales anteriores para efectos del reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando se cumplan las hipótesis que la misma norma de transición consagra.

El régimen previsto en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, relativo a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, ampara a quienes al entrar en vigencia el sistema tuviera 35 años o más de edad para mujeres o 40 años o más para hombres, o haber cotizado por 15 o más años, hipótesis que se cumplieran a cabalidad en el sub-lite, pues a la muerte del causante de derecho pensional señor ALFONSO VELEZ SALAZAR, tenía más de 50 años de edad y había prestado sus servicios por más de 20 años. Es claro entonces que la pensión se regía por la normatividad anterior.

Se agrega a lo anterior que, son de la esencia del régimen de transición, la edad el tiempo de servicio y el monto de la pensión. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconoce dicho beneficio. En el caso presente, al establecer la cuantía de la

---

<sup>2</sup> Sent. de sept. 21/00. Exp. 470/99. Sección Segunda – Subsección “A”, Cons. Pon. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.

pensión con base en lo devengado por el causante durante los últimos 10 años de servicios, se afecta el monto de la pensión y de paso se desnaturaliza el régimen...."<sup>3</sup>

Se ajustan los anteriores pronunciamientos a las previsiones de la Corte Constitucional cuando examinó la constitucionalidad del régimen de transición, según aparece en la sentencia C-168 de 1995 en la que expresó:

"...La "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador....

...El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así: "En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad"; se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador. Dicho principio difiere del "in dubio pro operario", según el cual toda duda ha de resolverse en favor del trabajador; porque en este caso tan sólo existe un precepto que reglamenta la situación que va a evaluarse, y como admite distintas interpretaciones, se ordena prohiar la que resulte más favorable al trabajador.....

....En punto a la aplicación del principio de favorabilidad en materia de régimen pensional, considera la Corte que esta es labor que incumbe al juez en cada caso concreto, pues es imposible, en juicios de constitucionalidad, confrontar la norma acusada que es genérica, con cada una de las distintas normas contempladas en los diferentes regímenes pensionales que antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 existían en el sector privado y en el público, para establecer cuál resulta más favorable a determinado trabajador..."(Subrayado fuera de texto)

<sup>3</sup>Expediente N° 2729-99



En consecuencia, estuvo acertada la decisión del a quo, lo que impone confirmar la sentencia apelada.

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

#### **FALLA**

**CONFIRMASE** la sentencia del doce (12) de abril de dos mil siete (2007) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que accedió a las pretensiones de la demanda instaurada por ANA LUCÍA BERMÚDEZ DE SÁNCHEZ contra la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL - EICE.

Reconócese personería a la doctora MARÍA ROCÍO TRUJILLO GARCÍA como apoderada de la entidad demandada, en los términos y para los efectos del poder general obrante a folios 280 a 289.

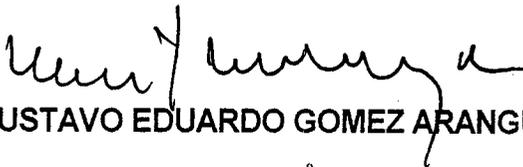
Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

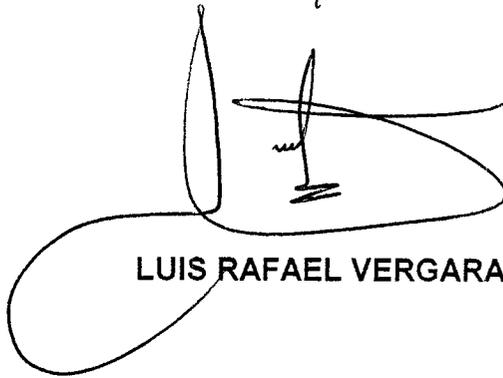


Radicación N° 25000 23 25 000 2002 91199 01 (0574-08)  
Actor: ANA LUCÍA BERMÚDEZ DE SÁNCHEZ

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

  
GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

  
ALFONSO VARGAS RINCON

  
LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

