

DIRECTOR EJECUTIVO DE ADMINISTRACION JUDICIAL – Goza del régimen salarial y pensional de los Magistrados de altas cortes

Como bien lo dijo el Tribunal, que aunque el citado funcionario no ostente el mismo rango que un Magistrado, en materia salarial le son aplicables las mismas condiciones laborales, entre las cuales se encuentra, sin duda alguna, el régimen pensional. Cuando la Ley Estatutaria (artículo 99 Ley 270 de 1996) habla de las mismas “prerrogativas y remuneración” no se pueden realizar distinciones o diferenciaciones que la propia ley no hizo. Por tanto, la correcta interpretación legal es que este funcionario no solamente goza del Régimen Salarial de los Magistrados de Altas Cortes, sino también del prestacional que comprende el régimen pensional.

PENSION DE JUBILACION DE DIRECTOR EJECUTIVO DE ADMINISTRACION JUDICIAL – Aplicación del régimen de transición no exige el desempeño del cargo a 1 de abril de 1994. Régimen especial de la Rama Judicial

Lo primero que advierte la Sala es que la actora es beneficiaria del régimen previsto en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto para el 1º de abril de 1994 tenía más de treinta y cinco (35) años de edad y, además, cumplía más de 15 años de servicios. Como se dijo anteriormente, como consecuencia del cambio normativo, si se cumplen los requisitos allí previstos, se consolida una expectativa legítima tendiente a afianzar una situación jurídica individual que es protegida por el ordenamiento jurídico superior y que no puede ser desconocida por la administración. Ahora, es cierto que el artículo 25 del Decreto 043 de 1999, vigente para cuando la actora cumplió 50 años, dispuso que para ser beneficiario del régimen de transición se requería estar desempeñando el cargo de Magistrado a 1º de abril de 1994; sin embargo, dicha exigencia fue declarada nula por el Consejo de Estado al considerar que era un condicionamiento no previsto en la preceptiva jurídica superior para acceder al beneficio especial mencionado. Así las cosas, la circunstancia de que la demandante a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones -1º de abril de 1994- no se encontrara ejerciendo el cargo de Directora Ejecutiva de Administración Judicial, no es óbice para que se le aplique el régimen especial de la Rama Judicial. En esta medida no es admisible el argumento de la entidad en el sentido de que el régimen de transición aplicable es el previsto al 1º de abril de 1994, pues tal condición desapareció del ámbito jurídico, en virtud de la declaratoria de nulidad a que se hizo referencia precedentemente.

REGIMEN PENSIONAL DE LA RAMA JUDICIAL – No esta sometido a tope pensional

En este orden de ideas, como la actora acreditó los requisitos previstos en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tiene más de cincuenta (50) años de edad y completó más de 20 años de servicio en condición de empleada pública, 10 de los cuales fueron prestados en la Rama Judicial, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación en los términos previstos en el Decreto 546 de 1971, como lo dispuso el Tribunal, razón por la cual el fallo apelado que accedió a las pretensiones de la demanda, amerita ser confirmado en sus precisos términos, advirtiendo además, que los beneficiarios del régimen especial no están sujetos a los denominados topes pensionales de que tratan los artículos 18 y 20 de la Ley 100 de 1993 y 5º y 7º de la Ley 797 de 2003, porque la norma especial aplicable no lo establece.

NOTA DE RELATORIA: Respecto de que el régimen de transición aplicable no es el previsto a 1 de abril de 1994 sino el que resulte más favorable, ver sentencias de 2 de febrero de 2009, Consejo de Estado Sección Segunda, Rad 1732-08, M.P., Bertha Lucía Ramírez de Páez y de 18 de noviembre de 2002, Exp. IJ-008, Conjuez: Pedro Charria Angulo

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

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, veinticinco (25) de noviembre de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-25-000-2006-08362-01(2109-09)

Actor: CELINEA OROSTEGUI DE JIMENEZ

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 6 de agosto de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió a las súplicas de la demanda instaurada por Celinea Orostegui de Jiménez contra el Instituto de Seguros Sociales ISS.

LA DEMANDA

Por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., la actora solicitó al Tribunal Administrativo de

Cundinamarca, declarar la nulidad parcial de las Resoluciones números 014268 del 13 de mayo de 2005 y 053 del 30 de enero de 2006, por las cuales el ISS le reconoció la pensión de vejez, en cuanto no aplicó el régimen especial de pensiones previsto para los Congresistas en los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994.

De manera subsidiaria, demandó la nulidad de las Resoluciones números 022979 del 13 de junio de 2006 y 00499 del 2 de marzo de 2007, por las cuales la entidad demandada negó la aplicación del régimen especial de pensiones establecido para los servidores de la Rama Judicial y del Ministerio Público.

A título de restablecimiento del derecho, pidió que se condene al Instituto de Seguros Sociales a reconocer, reliquidar y pagar la pensión de jubilación, a partir del 15 de marzo de 2005, fecha de su retiro definitivo del servicio, dando aplicación al régimen especial de pensiones establecido para los Congresistas, teniendo en cuenta para la liquidación de la mesada pensional el promedio de lo devengado por todo concepto en el último año de servicios, de conformidad con lo establecido en la Ley 4^a de 1292 –art. 17- y en los Decretos 1359 de 1993 –arts. 5, 6 y 7- y 1293 de 1994 –arts. 2 y 3- sin límite alguno respecto de la cuantía.

En subsidio de la anterior pretensión, pidió que se condene a la demandada a reconocer, reliquidar y pagar la pensión de vejez a partir del 15 de marzo de 2005, dando aplicación al régimen especial previsto para los empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público.

Reclamó además, que la condena se ajuste de acuerdo con lo establecido en el artículo 178 del C.C.A. y que se de cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Como fundamento de las pretensiones, la demandante expuso los siguientes hechos:

Prestó sus servicios al Estado, así:

A la Aeronáutica Civil, del 16 de diciembre de 1973 al 20 de mayo de 1984;

- A la Empresa de Energía de Bogotá, del 29 de junio de 1984 al 18 de septiembre de 1994;
- A la Dirección Seccional de la Rama Judicial de Bogotá y Cundinamarca, del 19 de septiembre de 1994 al 14 de marzo de 2001;
- A la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, del 15 de marzo de 2001 al 14 de marzo de 2005.

El último cargo desempeñado fue el de Directora Ejecutiva de Administración Judicial.

Cumplió 55 años de edad el 21 de diciembre de 2004 y completó más de 20 al servicio del Estado, 10 de los cuales fueron laborados en la Rama Judicial.

Se encuentra cobijada por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por reunir los requisitos de ley, solicitó al ISS el reconocimiento de su pensión de vejez, de conformidad con el régimen especial de los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura y por ende el de los Congresistas, por haber ocupado el cargo de Directora Ejecutiva de Administración Judicial, petición que fue resuelta mediante los actos acusados –pretensión principal- por los cuales se reconoció la pensión de vejez, pero en un valor inferior al que le corresponde según los ingresos de su último cargo, pues de manera errónea se aplicó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, por considerar que la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia no estableció de manera expresa que el cargo de Director Ejecutivo de Administración Judicial se asimile al de Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura, en cuanto al régimen pensional, y que dicha asimilación sólo existió con el Decreto 065 de 1998.

Posteriormente, presentó nueva reclamación dirigida a obtener la reliquidación de su pensión, mediante la aplicación del régimen especial de pensiones establecido para los servidores de la Rama Judicial, solicitud que fue resuelta de manera desfavorable –pretensión subsidiaria- con el argumento de que no acreditó haber efectuado aportes a la Rama Judicial con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Instituto de Seguros Sociales se opuso a las pretensiones de la demanda. Manifestó que la actora no reunía los requisitos para tener derecho a la pensión de jubilación especial que rige para los Magistrados de las Altas Cortes.

Dijo que la actora entró a desempeñar el cargo de Directora Ejecutiva de Administración Judicial a partir del 19 de septiembre de 1994, empezando a cotizar el 24 de noviembre del mismo año, y que el 20 de junio de 1994 no se encontraba ejerciendo el cargo ni acumulaba tiempo con anterioridad en la misma condición, por lo que no se puede afirmar que tenía una situación consolidada que le permita adquirir el derecho.

Agregó que la actora, como Directora Ejecutiva de Administración Judicial, no se desempeñó como Magistrado de la Alta Corte, ni es posible tal asimilación, porque tal situación no se encuentra prevista en ninguna norma.

Finalmente, afirmó que no le es aplicable el régimen de los servidores de la Rama Judicial, teniendo en cuenta que para el 1º de abril de 1994 la demandante no era funcionaria de la Rama, es decir, era necesario que hubiera prestado sus servicios a la Rama Judicial o al Ministerio Público con anterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones y hubiese sido incorporada a éste.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda - Subsección “C”, mediante sentencia del 6 de agosto de 2009, accedió a las súplicas de la demanda.

Declaró la nulidad parcial de la Resolución No. 014268 del 13 de mayo de 2005 que reconoció la pensión de jubilación de la demandante, en cuanto no tuvo en cuenta el régimen especial aplicable. Así mismo declaró la nulidad total de los

demás actos acusados –Resoluciones números 0053 del 30 de enero de 2006, 022979 del 13 de junio del mismo año y 00499 del 2 de marzo de 2007-.

Condenó a la entidad a reconocer, reliquidar y pagar a la actora una mesada de jubilación mensual equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada devengada durante el último año de servicios, aplicando en su integridad el artículo 6º del Decreto 546 de 1971 e incluyendo todos los factores de salario mensual, sin límite alguno en cuanto al tope o monto de la mesada pensional.

En primer lugar, consideró que de acuerdo con al artículo 99 de la Ley 270 de 1996, a los Directores Ejecutivos de Administración Judicial los cobija el mismo régimen salarial y demás prerrogativas de orden prestacional que benefician a los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura. Agregó que cualquier duda que pueda surgir en relación con la interpretación del citado artículo debe resolverse a favor del trabajador, en aplicación del principio “*in dubio pro operario*”.

A continuación se remitió al marco normativo que regula el régimen pensional de los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura; afirmó que la Ley 100 de 1993 mantuvo vigente el régimen especial aplicable a Magistrados de las Altas Cortes, establecido a partir del Decreto 104 de 1998, con fundamento en la Ley 4ª de 1992 y concluyó que dichos funcionarios cuando cumplan los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiarios del régimen de transición, así no se encontraran vinculados en tal calidad para el 1º de abril de 1994, tienen derecho a la aplicación de las normas pensionales especiales pertinentes.

Dijo que la circunstancia relativa a que la doctora Celinea Orostegui de Jiménez, al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 no se encontrara en ejercicio del cargo de Directora Ejecutiva de Administración Judicial, no puede constituirse en un impedimento para la aplicación del régimen pensional especial de Congresistas que cobija a los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, pues la norma que establecía tal condición -artículo 25 del Decreto 043 de 1993- fue declarada nula por el Consejo de Estado.

Después de analizar la situación particular de la demandante, concluyó que a ésta le asiste el derecho a pensionarse conforme al régimen pensional especial aplicable a los miembros del Congreso de la República, por cuanto acreditó el cumplimiento de más de 55 años de edad y más de 20 de servicio.

No obstante, encontró que también le es aplicable el Decreto 546 de 1971, contentivo del régimen pensional especial que gobierna a los servidores de la Rama Judicial, por cuanto prestó sus servicios a la misma durante más de 10 años, como Directora Seccional de Administración Judicial de Bogotá – Cundinamarca, Directora Ejecutiva Seccional de Administración Judicial y Directora Ejecutiva de Administración Judicial.

El a quo al examinar los efectos de los regímenes aplicables a la demandante encontró que le resultaba más favorable el de la Rama Judicial, pues, de una parte, consagra que en el caso de las mujeres la pensión se adquiere con 50 años de edad, mientras que en aplicación del artículo 7 del Decreto 1359 de 1993 a aquella le correspondería pensionarse a los 55 años. Adicionalmente, el régimen pensional de la Rama Judicial permite que el monto de la pensión se integre con la asignación mensual más elevada dentro del último año de servicio.

Con estas consideraciones accedió a la reliquidación pretendida por la actora en la forma y términos previstos en el artículo 6º del Decreto 546 de 1971.

LA APELACIÓN

El apoderado del Instituto de Seguros Sociales, al sustentar el recurso de apelación reiteró los planteamientos expuestos en la contestación de la demanda.

Dijo que la actora, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no se encontraba desempeñando el cargo de Directora Ejecutiva de Administración Judicial, ni había efectuado cotizaciones en tal condición.

Agregó que la demandante no se desempeñó como Magistrada de Alta Corte, ni es posible asimilarla porque dicha situación no se encuentra prevista en ninguna norma. Y que tampoco le es aplicable el régimen especial de los servidores de la Rama Judicial, teniendo en cuenta que al 1º de abril de 1994 no era funcionaria de la Rama, pues sólo se vinculó a ella a partir del 19 de septiembre de 1994.

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

CONSIDERACIONES

El asunto se contrae a establecer si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación especial, de conformidad con

los artículos 17 de la Ley 4^a de 1992, 7^o del Decreto 1359 de 1993, 2^o y 3^o del Decreto 1293 de 1994 y 6^o del Decreto 546 de 1971.

El Tribunal consideró que al Director Ejecutivo de Administración Judicial le es aplicable el régimen especial de los Congresistas. Sin embargo, en el caso concreto encontró que a la actora le resulta más favorable el régimen de la Rama Judicial, del cual también es beneficiaria y, por ende, aplicó este último.

La entidad accionada no comparte la sentencia por dos razones: i) porque no existe ninguna norma que disponga o permita asimilar el cargo de Director Ejecutivo de Administración Judicial al de Magistrado de Alta Corte y ii) porque a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1^o de abril de 1994- la actora no se encontraba en ejercicio del cargo de Director Ejecutivo de administración Judicial.

Procede, entonces, la Sala a examinar tales aspectos de la siguiente manera:

RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DEL DIRECTOR EJECUTIVO

Frente al argumento de la entidad dirá la Sala que le asiste razón porque, en efecto, no hay norma alguna que contenga dicha asimilación. Y si bien es cierto que el artículo 99 de la Ley 270 de 1996 –Estatuto de la Administración de Justicia-, respecto del cargo de Director Ejecutivo de Administración Judicial, dispuso que su categoría, **sus prerrogativas y remuneración** serán “las mismas” de los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, ello no implica que

ostenten el mismo status o categoría. Así lo precisó la Corte Constitucional en la Sentencia C-037 de 1996, en la cual apoyó el Tribunal su razonamiento.

Dijo la Corte:

“... Las mismas consideraciones son válidas para el caso del director ejecutivo, toda vez que él, **si bien puede recibir los mismos beneficios laborales que los magistrados, no ostenta su mismo rango**; por lo mismo, se cataloga como un funcionario de inferior jerarquía frente a los integrantes de la Sala Administrativa, cuyas responsabilidades deben estar encaminadas a ejecutar las políticas que le han sido definidas por la ley, bajo la supervisión y dirección de ese organismo

“Estima la Corte que, como se señaló a propósito del artículo 98, **a pesar de disfrutar de las mismas condiciones laborales de los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura**, al director ejecutivo de Administración de Justicia no se le puede adscribir por mandato legal el mismo rango o status de aquellos, pues significaría vulnerar lo previsto en los artículos 254 y 255 de la Carta que les confiere categoría de magistrados únicamente a los miembros de la Salas Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria de esa Corporación”.

En ese sentido queda claro, como bien lo dijo el Tribunal, que aunque el citado funcionario no ostente el mismo rango que un Magistrado, en materia salarial le son aplicables las mismas condiciones laborales, entre las cuales se encuentra, sin duda alguna, el régimen pensional.

Cuando la Ley Estatutaria habla de las mismas “prerrogativas y remuneración” no se pueden realizar distinciones o diferenciaciones que la propia ley no hizo. Por tanto, la correcta interpretación legal es que este funcionario no solamente goza del Régimen Salarial de los Magistrados de Altas Cortes, sino también del prestacional que comprende el régimen pensional.

El Tribunal aplicó el régimen de la Rama Judicial por considerar que le resultaba más favorable a la demandante, del cual, según la entidad, tampoco puede beneficiarse ésta por no encontrarse vinculada antes del 1º de abril de 1994.

RÉGIMEN PENSIONAL DE LA RAMA JUDICIAL

El Decreto 546 de 1971¹ estableció que los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público tendrían derecho “*al llegar a los 55 años de edad si son hombres, y de 50 si son mujeres, y cumplir veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto, de los cuales por lo menos diez 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 setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicios en las actividades citadas.*”.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispuso:

“*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.*

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.”.

¹ Por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares”.

El artículo 7º de la Ley 71 de 1988, permitió acumular tiempo de servicio para efectos pensionales, así:

“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 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 los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre y cuando cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) o más si es mujer.”

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política, el legislador expidió la Ley 100 de 1993, por la cual se estableció el Régimen de Seguridad Social Integral, conformado por los sistemas de pensiones², salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios.

Como el nuevo Sistema General de Pensiones creó dos regímenes pensionales -prima media con prestación definida y ahorro individual con solidaridad (artículo 12)³- la Ley 100 estableció un régimen de transición, como mecanismo de protección de quienes tenían una expectativa legítima de adquirir el

² “Artículo 11. Campo de aplicación. <modificado por el artículo 1º de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

³ El artículo 279 de la ley 100 desarrolla un régimen de excepciones en el sistema de pensiones y determina que el régimen general no se aplica en el sector público a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional ; el personal regido por el decreto 1214 de 1990; los miembros no remunerados de las corporaciones públicas; los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (leyes 50 de 1886, 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933, 6^a de 1945, 33 de 1985, 91 de 1989, 60 de 1993, 115 de 1994, decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978); y, los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos (decreto 807 de 1994, convención colectiva de trabajo, Acuerdo No. 01 de 1977 expedido por la Junta directiva).// El Decreto 691 del 29 de marzo de 1994 incorporó al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 a los servidores de la rama judicial.

derecho⁴ por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse. Dispuso el artículo 36 de la Ley 100 de 1993:

“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.”⁵.

En relación con el régimen de transición la Corte Constitucional en sentencia C-754 de 2004 sostuvo:

“Una vez que haya entrado en vigencia la disposición que consagra el régimen de transición, los trabajadores que cumplan con los requisitos exigidos para el mismo, consolidan una situación jurídica concreta que no se les puede menoscabar. Además adquiere la calidad de derecho subjetivo que no puede ser desconocido por ningún motivo, pues le da a su titular la posibilidad del reconocimiento de la prestación en las condiciones prescritas en la normatividad anterior y la de acudir al Estado a través de la jurisdicción para que le sea protegida en caso de desconocimiento de la misma.”

Y en sentencia C-168 de 1995 precisó:

⁴ Sentencia C- 754 de 2000: “ Recogiendo criterios doctrinarios y jurisprudenciales comúnmente aceptados sobre la materia, ha estimado que derechos adquiridos presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la ley, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento. Entre tanto, en las expectativas, tales presupuestos no se han consolidado conforme a la ley, pero resulta probable que lleguen a consolidarse en el futuro, si no se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico.” // Sentencia C-926 de 2000: Las meras expectativas “(...) son aquellas esperanzas o probabilidades que tiene una persona de adquirir en el futuro un derecho que, por no haberse consolidado, puede ser regulado por el legislador según las conveniencias políticas que imperen en el momento, guiado por parámetros de justicia y de equidad que la Constitución le fija para el cumplimiento cabal de sus funciones.”

⁵ Inciso declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencias C-410 de 1994 y C-168 de 1995.

“Adviértase, cómo el legislador con estas disposiciones legales va más allá de la protección de los derechos adquiridos, para salvaguardar las expectativas de quienes están próximos por edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas a adquirir el derecho a la pensión de vejez, lo que corresponde a una plausible política social que, en lugar de violar la Constitución, se a adecua al artículo 25 que ordena dar especial protección al trabajo.”.

EL CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora nació el 21 de diciembre de 1949 y que prestó sus servicios al Estado por más de 20 años, así:

- En la Aeronáutica Civil del 16 de diciembre de 1973 al 20 de mayo de 1984;
- En la Empresa de Energía de Bogotá del 29 de junio de 1984 al 18 de septiembre de 1994; y
- En la Rama Judicial del 19 de septiembre de 1994 al 14 de marzo de 2005.

Lo primero que advierte la Sala es que la actora es beneficiaria del régimen previsto en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto para el 1º de abril de 1994 tenía más de treinta y cinco (35) años de edad y, además, cumplía más de 15 años de servicios.

Como se dijo anteriormente, como consecuencia del cambio normativo, si se cumplen los requisitos allí previstos, se consolida una expectativa legítima tendiente a afianzar una situación jurídica individual que es protegida por el ordenamiento jurídico superior y que no puede ser desconocida por la administración.

Ahora, es cierto que el artículo 25 del Decreto 043 de 1999, vigente para cuando la actora cumplió 50 años, dispuso que para ser beneficiario del régimen de transición se requería estar desempeñando el cargo de Magistrado a 1º de abril de 1994; sin embargo, dicha exigencia fue declarada nula por el Consejo de Estado⁶ al considerar que era un condicionamiento no previsto en la preceptiva jurídica superior para acceder al beneficio especial mencionado. Así las cosas, la circunstancia de que la demandante a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones -1º de abril de 1994- no se encontrara ejerciendo el cargo de Directora Ejecutiva de Administración Judicial, no es óbice para que se le aplique el régimen especial de la Rama Judicial.

En esta medida no es admisible el argumento de la entidad en el sentido de que el régimen de transición aplicable es el previsto al 1º de abril de 1994, pues tal condición desapareció del ámbito jurídico, en virtud de la declaratoria de nulidad a que se hizo referencia precedentemente.

En esa misma dirección, esta Sala en sentencia de unificación del 2 de febrero de 2009, exp. 1732 -08, actor. Ligia López Díaz, M.P. Dra. Bertha Lucia Ramírez, sobre el punto en análisis dijo:

“No es admisible el criterio expuesto por la apelante en el sentido de que el régimen de transición aplicable es el previsto al 1º de abril de 1994 pues la ley en ningún momento condicionó ese supuesto. Sabido es que en materia laboral rige el principio de favorabilidad. De manera que ante el tránsito legislativo la expectativa que tenía la actora para pensionarse debe estudiarse a la luz de la preceptiva jurídica que más la beneficie. Así, en sentencia C- 168 de 1995 la Corte Constitucional precisó:

“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

⁶ Sentencia de 18 de noviembre de 2002. Exp. IJ 008. Actor: Luis Fernando Velandia Rodríguez

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.”.

De esta manera no es válido considerar que la situación de la demandante debe ser analizada con base en lo preceptuado en la Ley 71 de 1988 pues, el régimen de transición aplicable es aquel que resulte más favorable...”.

(...)

De suerte que, se reitera, el régimen de transición de cada servidor público no es necesariamente el vigente al 1º de abril de 1994; es el más favorable dependiendo de las condiciones personales. Ello encuentra sustento en el artículo 53 de la Constitución Política que establece en el inciso primero, los principios "mínimos fundamentales" que debe contener el Estatuto del Trabajo, entre ellos el de "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho". En virtud de este principio, cuando una misma situación jurídica se encuentra regulada en distintas fuentes formales del derecho corresponde a quien ha de interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa al trabajador.

(...)

En conclusión, considera la Sala que para ser beneficiario del régimen de transición consagrado en los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994, no se requería ostentar la condición de Magistrado del Consejo de Estado para el 1º de abril de 1994; lo que si era necesario acreditar era 15 años de cotización o 35 años de edad”.

En este orden de ideas, como la actora acreditó los requisitos previstos en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tiene más de cincuenta (50) años de edad y completó más de 20 años de servicio en condición de empleada pública, 10 de los cuales fueron prestados en la Rama Judicial, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación en los términos previstos en el Decreto 546 de 1971, como lo dispuso el Tribunal, razón por la cual el fallo apelado que accedió a las pretensiones de la demanda, amerita ser confirmado en sus precisos términos, advirtiendo además, que los beneficiarios del régimen especial no están sujetos a los denominados topes pensionales de

que tratan los artículos 18 y 20 de la Ley 100 de 1993 y 5º y 7º de la Ley 797 de 2003, porque la norma especial aplicable no lo establece.⁷

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia del seis (6) de agosto de dos mil nueve (2009) proferida por la Sección Segunda – Subsección “C” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió a las pretensiones de la demanda instaurada por CELINEA OROSTEGUI DE JIMÉNEZ.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

⁷ Ver sentencias de 21 de septiembre de 2000, exp. 470-99, Cons. Pon. Nicolás Pájaro Peñaranda y de 22 de noviembre de 2007, exp. 9567 -05, Cons. Pon. Alejandro Ordóñez Maldonado.

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO