



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”

CONSEJERO PONENTE: JAIME MORENO GARCIA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil siete (2007).-

Radicación No. 76001- 23- 31- 000- 2002- 04152-02

No. Interno: 2135-06 P3

Autoridades Departamentales

Apelación Sentencia

ACTOR: UNIVERSIDAD DEL VALLE

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 2 de junio de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

ANTECEDENTES

Por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., la Universidad del Valle demanda la nulidad de las **Resoluciones Nos. 050 del 22 de enero de 1999, 623 del 24 de abril del 2000 y 692 del 5 de mayo del 2000**, mediante las cuales le reconoció al señor AUGUSTO DIAZ SALDAÑA la pensión de jubilación por el 100% del promedio salarial devengado e incluyó factores no autorizados en la ley, se sustituyó la referida pensión a su esposa y a su hija y ordenó que la parte correspondiente a la menor la recibiera su madre, respectivamente.

Así mismo, solicita que se decrete y ordene a la parte demandada a pagar y reintegrar a favor de la Universidad del Valle las sumas pagadas en exceso, debidamente indexadas en su valor y se disponga el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 178 del C.C.A.

Manifiesta que reconoció al señor DIAZ SALDAÑA la pensión sobre el 100% del promedio salarial y no sobre el 75% previsto en la ley; que incluyó como factores salariales pensionales una doceava parte de las primas de navidad y de vacaciones no autorizadas por la ley, de cuyas sumas no se descontaron aportes para cotizar a la seguridad social.

Agrega que la Universidad, en contra de la Constitución, dictó las Resoluciones Nos. 119 y 260 de 1976, las cuales consagraban para sus empleados administrativos y docentes una pensión con 20 años de servicios en cualquier entidad pública y 50 años de edad, hasta el 100% del promedio mensual del ingreso del último año para quienes hubiesen servido a la misma por más de 15 años; que el Acuerdo 04 de 1984 reiteró el anterior régimen para los empleados administrativos; que estos actos fueron derogados por el Consejo Superior de la Universidad mediante la Resolución No. 117 de 1987, en la que se ordenó que los empleados públicos docentes y administrativos se jubilarían bajo el régimen establecido en la ley.

Aduce que en vigencia de la nueva Constitución, el Consejo Superior de Univalle creó la Dirección de Seguridad Social, de conformidad con los lineamientos y directrices del Acuerdo 04 de 1995, cuya junta expidió un comunicado sobre la vigencia de los derogados Acuerdo 04 de 1984 y Resolución No. 260 de 1976; que mediante Resolución No. 035 de 21 de junio de 1999 el Consejo Superior autorizó al Rector de Univalle para iniciar y llevar hasta su solución acciones encaminadas a restablecer el orden jurídico respecto al reconocimiento y pago de pensiones de jubilación de esa institución.

Cita como normas transgredidas los artículos 76 (9) de la Constitución Política de 1886; 2°, 4°, 58, 150 (19) Y 243 de la Carta Política de 1991; 9°, 12 y 14 de la ley 153 de 1887; 1° y 3° de la Ley 33 de 1985; 10 y 12 de la Ley 4ª de 1992; 1°, 2°, 11, 18, 35, 36, 146 y 289 de la Ley 100 de 1993; 38 del Decreto 3130 de 1968; 38 y 39 del Decreto 1444 de 1992; 1°, y 2° del Decreto 055 de 1994; 1° del Decreto 1158 de 1994; 10 del Decreto 1068 de 1995 y Resolución No. 117 de 1987 del Consejo Superior de la Universidad del Valle.

Manifiesta la entidad demandante que no tenía competencia para proferir un régimen pensional propio, por fuera de la Constitución y la ley, pues el único órgano facultado para fijar el régimen prestacional de los empleados públicos en todos los órdenes y niveles de la administración, es el Congreso de la República; que las normas en que se basó la expedición de la resolución acusada ya estaban legalmente derogadas por el propio Consejo Superior de la Universidad y la simple referencia de las mismas no revive su vigencia.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte demandada, en cabeza de la señora Juliane Bambula De Díaz y Fátima Díaz Bambula, esposa e hija del occiso Díaz Saldaña respectivamente, se opuso a las pretensiones impetradas en la demanda y propuso las excepciones de inepta demanda por indebida formulación de la acción, por no demandarse la totalidad de los actos administrativos que sirvieron de base para expedir las Resoluciones demandadas, por no aportar todos los actos que conforman el sistema pensional que la Universidad del Valle aplicaba a sus funcionarios docentes y por incumplimiento del mandato del artículo 2° del Decreto 1214 de 2000, sobre conciliación.

LA SENTENCIA

El a-quo declaró no probadas las excepciones propuestas y anuló las Resoluciones demandadas. (fls. 437 a 446)

Argumentó que los requisitos y condiciones para otorgar pensiones de jubilación a los empleados públicos son los previstos únicamente en la ley, lo que significa que es ilegal cualquier disposición que al respecto establezcan normas de carácter local, como las ordenanzas, los acuerdos municipales o las resoluciones o acuerdos de establecimientos públicos, bien sean del orden nacional, departamental o municipal, entre los que se encontraba la Universidad del Valle.

Dijo que por no estar cobijado por el régimen de transición previsto en el parágrafo 2° de la Ley 33 de 1985, la pensión del docente Díaz Saldaña debió liquidarse sobre el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio y cuando cumpliera los 55 años de edad; sin embargo, la Universidad contrariando normas legales y constitucionales lo pensionó a la edad de 51 años y en un monto del 100%.

LA APELACIÓN

La parte demandada pide que se revoque el fallo de primera instancia insistiendo en que se les preserve el derecho que tienen como beneficiarias, en calidad de esposa e hija sobrevivientes. Dice, que si en la segunda instancia se sigue con la tesis de que la norma aplicable era la 33 de 1985, pide de manera subsidiaria que la Universidad del Valle reliquide la pensión de sobrevivientes indexando los valores presentes desde la primera mesada hasta la fecha de reconocimiento de sustitución actual.

CONSIDERACIONES

Se trata de establecer en el *sub judice* si el señor AUGUSTO DIAZ SALDAÑA tenía derecho a que se le reconociera una pensión mensual vitalicia de jubilación en los términos de las normas expedidas por la Universidad del Valle y demás disposiciones departamentales, teniendo en cuenta las previsiones que sobre situaciones jurídicas consolidadas señaló la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios 691 y 695 de 1994.

Para desatar la cuestión litigiosa, es necesario que la Sala haga las siguientes precisiones sobre el régimen prestacional de los empleados del orden departamental.

ASPECTOS GENERALES

Antes de la vigencia de la Ley 33 de 1985, la norma aplicable para los empleados de los niveles departamental y municipal era la Ley 6ª de 1945, precepto que establecía como requisito para tener derecho a la pensión, sin distinción de sexo, llegar a la edad de **50 años y haber laborado 20 años de servicio** continuo o discontinuo para el Estado.

El requisito de edad para dichos empleados fue modificado, primero, por la **Ley 33 de 1985 que lo fijó en 55 años** sin importar el sexo, luego por la Ley 71 de 1988 que lo señaló, en caso de tratarse de pensiones por aportes, en 55 años para las mujeres y 60 años para los hombres; requisito que fue fijado en esos mismos términos en la Ley 100 de 1993 para el régimen solidario de prima media con prestación definida hasta el año 2014, pues a partir del 1º de enero de dicho año, las edades para acceder a la pensión de vejez se reajustarán a 57 años si es mujer y 62 si es hombre.

Ahora bien, el párrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, exceptuó de su aplicación a los empleados oficiales (del orden nacional y territorial) que a la fecha de su promulgación –febrero 13 de 1985- hubieran cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, para los cuales se continuarían aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad.

Como es sabido, tanto en la Carta Política de 1991 como en la anterior, el régimen prestacional de los empleados oficiales del orden territorial, es el señalado por la Ley. En efecto, a partir de la expedición del Acto Legislativo No. 01 de 1968, el primitivo artículo 187 de la Constitución de 1886 fue subrogado, dejando en manos exclusivamente del Congreso, la facultad de regular el sistema prestacional de los empleados oficiales de cualquier orden, siendo proscrito cualquier régimen señalado por los Concejos Municipales o las Asambleas Departamentales.

En ese orden, para los empleados del nivel territorial antes de la expedición de la Constitución de 1991, gobierna, según el caso, en materia de pensiones de jubilación las siguientes normas, cuyo ámbito de aplicación abarca a los empleados oficiales sin distingo alguno; son ellas: Ley 6ª de 1945 y las normas que la complementan (Ley 24 de 1947, Dto.2921 de 1948, Ley 171 de 1961); Ley 4ª de 1976; Ley 33 de 1985 y Ley 71 de 1988.

Ahora bien, a diferencia de la Carta Política anterior, la Constitución de 1991 en el artículo 150 numeral 19 le dio al Gobierno Nacional la potestad de definir el régimen prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, con sujeción a los objetivos y criterios generales que fije el Congreso de la República mediante una ley general.

Dentro de este nuevo reparto de competencias, el Congreso dictó la Ley 4ª de 1992, de carácter general, y el gobierno quedó habilitado para fijar, mediante decreto, el régimen prestacional, entre otros, de los empleados de las entidades territoriales, al tenor del artículo 12 de la citada Ley, el cual reza así:

“El régimen prestacional de los servidores públicos de las Entidades Territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley.

En consecuencia, no podrán las Corporaciones Públicas Territoriales arrogarse esta facultad.”

De lo anterior se concluye que **ni antes de la Constitución de 1991, ni a partir de su vigencia, las Corporaciones Públicas Territoriales están facultadas para señalar el régimen prestacional de sus servidores.**

CASO CONCRETO.

Como la presente litis no puede ser juzgada a la luz de las normas invocadas, pues tales preceptos son inconstitucionales y por tal virtud no pueden constituirse en amparo de derecho alguno, lo que impone su **inaplicación**. Se juzgará entonces su situación frente a las normas legales que gobiernan su situación para la fecha en que dice haberse causado el derecho.

Como se dijo anteriormente, en el año de 1985 se expidió la Ley 33 que estableció *“algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público”*, adoptando, entre otras, el aumento de edad de jubilación para el empleado oficial, exceptuando de su aplicación cuatro supuestos, a saber:

- Los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

- Los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, a quienes se continuarán aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la ley.

- Quienes con veinte años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los 50 años de edad, si son mujeres, o 55 años si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían al momento de su retiro, y

- Los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de la ley hayan cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

Se observa que el acto acusado – Resolución No. 050 del 22 de enero de 1999 (fls. 4 y 5) - consignó como fecha de ingreso del servidor al sector público el 1° de agosto de 1976, es decir que para la fecha de expedición de la Ley 33 de 1985 - 13 de febrero de 1985- no tenía los 15 años de servicios requeridos para estar inmerso en el régimen de transición y ser pasible de la aplicación de la Ley 6ª de 1945. Quiere ello decir que el régimen que le es aplicable es el que estableció la **Ley 33** citada, cuyas exigencias **son 20 años de servicios y 55 años de edad**.

El docente tenía 51 años de edad al momento de la expedición de la Resolución en la cual le fue reconocida la pensión, hecho que corrobora la fotocopia del Registro Civil de nacimiento que reposa a folio 18 del expediente,

en el que consta que nació el 31 de octubre de 1947. Luego no existe duda de que para la fecha de la expedición del acto **NO contaba con los requisitos legales para acceder al derecho pensional bajo la luz de la Ley 33.**

Hasta aquí no cabe duda que la **Resolución 050 del 22 de enero de 1999**, por medio de la cual se le reconoció la pensión al fallecido docente en cuantía del 100%, contrarío las normas legales y constitucionales referentes a la prestación en comento, por ende fue acertada la declaratoria de nulidad que hizo el a-quo respecto de dicha Resolución.

Sin embargo, es otra la situación que se configura cuando fallece el docente Díaz, pues independientemente que hubiera o no de por medio un reconocimiento pensional previo, solo se necesitaba que quien se creyera con mejor derecho para solicitar el reconocimiento post mortem y consecencialmente su sustitución o la sustitución propiamente dicha, según el caso, acreditara, entre otros requisitos, que el occiso contaba con 20 años de servicio siendo de poca relevancia la edad del fallecido para poder exigir la pensión de sobreviviente.

En efecto, la edad, en lo que respecta a las pensiones, es únicamente una condición para la exigibilidad de la prestación y no para su nacimiento, pues tal y como sucede en la sustitución pensional y en la pensión de sobrevivientes (Ley 12 de 1975 – art. 1º y Ley 100 de 1993, art. 46) el derecho a la prestación por parte de sus beneficiarios se otorga **una vez ocurra el fallecimiento del cónyuge o compañero permanente, siempre y cuando se acredite el tiempo de servicios o las cotizaciones exigidas por el legislador.**

Bajo esas circunstancias la señora Juliane Bambula de Díaz, en calidad de cónyuge supérstite del señor Díaz Saldaña, y Fatima Díaz Bambula,

como hija del occiso, debían acreditar los 20 años de servicio del docente Díaz Saldaña.

Es importante tener en cuenta que la pensión de jubilación o la de vejez, en cualquiera de los dos regímenes, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-546 de 1992, *“es un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro...En otras palabras, el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador”*. Y como así mismo lo dijo dicha Corporación en la sentencia T-1752 de 2000 *“La pensión de jubilación no es una simple caridad que se hace a las personas por el simple hecho de haber llegado a determinada edad, sino una contraprestación a la contribución que hizo durante su vida poniendo a disposición de la sociedad su fuerza laboral. La concepción de la seguridad social como una “gracia” fue superada por la jurisprudencia nacional desde la primera mitad del Siglo XX. Fue, además, definitivamente abolida en la Constitución de 1991, no sólo a través de su consagración explícita en el artículo 48, sino en la objetivación del trabajo como principio fundamental del Estado...”*.

Por tanto, tal ahorro o contribución una vez se cumpla **con el tiempo de servicios**, semanas cotizadas o monto del mismo será exigible cuando se llegue a la edad requerida **o suceda la muerte del trabajador**, según el caso.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, es dable concluir que el Rector de la Universidad demandante al proferir **la Resolución 623 del 24 de abril del 2000** (fl.6 y 6vto.) cometió un error **pero solo en cuanto el monto que reconoció la pensión de sobreviviente, que era el mismo que venía disfrutando el señor Díaz Saldaña.**

Esa imprecisión, a juicio de la Sala, no da lugar a la nulidad total sino parcial de la Resolución 623, debiendo en consecuencia ordenar la reliquidación de la pensión de sobreviviente que la Universidad reconoció a la señora Juliane Bambula de Díaz, en calidad de cónyuge supérstite del señor Díaz Saldaña, y Fatima Díaz Bambula, como hija del occiso, ya no en cuantía del 100% sobre el salario promedio sino sobre el 75%, pues como ya se vio solo se necesitaba que éstas en calidad de beneficiarias acreditaran los 20 años de servicio del docente Díaz Saldaña.

Proceder de manera diferente, pondría en la incomoda y tediosa situación a la cónyuge e hija del occiso a realizar nuevamente el procedimiento tendiente a obtener el reconocimiento de la pensión de sobreviviente cuando en aquél tiempo acreditaron los requisitos legales para ser benefactores de dicha prestación, según se infiere de la Resolución 623 del 24 de abril del 2000, visible a folio 6 del expediente.

Por último, advierte la Sala que no es necesario en esta sede constatar si la esposa y la hija del occiso cumplieron o no los requisitos para acceder a la sustitución pensional, debido a que éstos ya fueron evaluados por parte de la Universidad al momento de proferir la citada Resolución y los cuales no fueron motivos de discusión al interior del presente asunto.

Así las cosas, la Sala revocará en lo pertinente el numeral segundo de la sentencia apelada, para en su lugar ordenar la reliquidación de la pensión de sobrevivientes reconocida a través de la Resoluciones 623 del 24 de abril del 2002 y 692 del 5 de mayo del mismo año, **en cuantía del 75%, y en los términos señalados en las Leyes 33 y 62 de 1985, a partir del 16 de diciembre de 1999.**

Lo anterior por cuanto el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 “ *Por la cual se modifica el artículo 3 de la Ley 33 del 29 de enero de 1985*” establece que :

“Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

*Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.***

Como puede observarse dentro de éstos no están incluidos las doceavas partes de las primas de junio, diciembre y de vacaciones, factores que la Universidad incluyó en la pensión que reconoció al Docente Díaz Saldaña y que posteriormente en virtud de las Resoluciones 623 y 692 del 2000, fueron pagadas a la esposa e hija del occiso

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

F A L L A

CONFIRMASE la sentencia del dos (2) de junio de dos mil seis (2006), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dentro del proceso promovido por la Universidad del Valle contra JULIANE BAMBULA DE DIAZ Y OTRA, **EXCEPTO** el numeral segundo que se **REVOCA y en su lugar se dispone:**

Declarase la nulidad de la Resolución No. **050 del 22 de enero de 1999**, mediante la cual le reconoció al señor AUGUSTO DIAZ SALDAÑA la pensión de jubilación por el 100% del promedio salarial devengado e incluyó factores no autorizados en la ley.

Reeliquidesele la pensión de sobreviviente reconocida a Juliane Bambula Diaz y Fátima Díaz Bambula a través de la Resoluciones 623 del 24 de abril del 2002 y 692 del 5 de mayo del mismo año, **en cuantía del 75%, y en los términos señalados en las Leyes 33 y 62 de 1985, a partir del 16 de diciembre de 1999.**

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

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

GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

JAIME MORENO GARCIA

ALFONSO VARGAS RINCON

Exp.: 2135-06 ACTOR: UNIVERSIDAD DEL VALLE