

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA

CONSEJERA PONENTE: BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PAEZ

Bogotá, D.C., nueve (9) de julio de dos mil nueve (2009).

REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200404442 01
No. INTERNO: 0208-2007
AUTORIDADES NACIONALES
ACTOR: JORGE HERNANDEZ VASQUEZ

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia de 17 de agosto de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por JORGE HERNANDEZ VASQUEZ contra la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria, Capresub.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad de la Comunicación No. 000529 de 10 de febrero de 2004, proferida por Capresub en liquidación, que le negó al actor la reliquidación de su pensión de jubilación.

Como consecuencia de lo anterior solicitó condenar a la entidad demandada a reliquidarle la pensión de jubilación incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicio incluyendo el 42% denominado

fomento al ahorro, pagarle las diferencias que surjan junto con los intereses corrientes y de mora de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del C.C.A., y los ajustes de valor de que trata el artículo 178 ibídem.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

Mediante Resolución No. 0209 de 29 de abril de 1999, Capresub, reconoció a favor del actor una pensión de jubilación, en cuantía de \$1.267.310.22, efectiva a partir del 1 de enero de 1999, incluyendo como factores salariales la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, excluyendo otros como el fomento al ahorro.

Capresub es la encargada de reconocer las pensiones de los empleados de la Superintendencia incluyendo las prestaciones legales y estatutarias, entre las que se encuentra el fomento al ahorro, equivalente al 42% de la asignación básica mensual.

El 16 de enero de 2004 solicitó a Capresub la reliquidación de la pensión incluyendo todos los factores salariales devengados la cual fue negada a través del Oficio No. 000529 de 10 de febrero de 2004.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

Constitución Política, artículo 53; Decreto 3135 de 1968, artículo 27; Decreto 1848 de 1969, artículo 73; Decreto

1045 de 1978, artículo 45; Ley 33 de 1985, artículo 1; Ley 100 de 1993, artículos 34 y 36, y artículo 127 del C.S.T.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las súplicas de la demanda (fls. 100 a 115). Destacó que el actor es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 porque para la fecha de su entrada en vigencia contaba con más de 40 años de edad.

Luego de transcribir las normas aplicables al caso del actor, Decretos 3135 de 1968, artículo 27, 1848 de 1969, artículo 73, 1045 de 1978, artículos 3 y 45, y Ley 33 de 1985, artículo 1, concluyó que los empleados de la Superintendencia Bancaria no se encuentran sometidos a un régimen especial en materia de pensiones por lo que la normatividad aplicable es el régimen prestacional general de la Rama Ejecutiva del Poder Público, antes descrito.

El denominado fomento al ahorro debe ser incluido en la reliquidación pensional porque forma parte del salario así se le hubiere dado una denominación distinta o especial pues constituía una retribución por los servicios prestados.

Respecto de los demás factores salariales solicitados por el demandante manifestó que serán incluidas las primas de servicios y navidad porque también constituyen factor salarial, pero las primas de vacaciones y semestral no

pueden tenerse en cuenta debido a que no demostró haberlas devengado en el período base de liquidación. Tampoco será incluida la bonificación especial por recreación porque su intención no era retribuir directamente el servicio.

EL RECURSO

La entidad demandada interpuso recurso de apelación (fl.125). Alegó la falta de competencia de la Jurisdicción Contenciosa para conocer de la reliquidación de la pensión solicitada por el actor teniendo en cuenta lo preceptuado en la Ley 712 de 2001, según la cual los asuntos de seguridad social son de conocimiento del Juez Laboral.

En caso de no prosperar la excepción solicitó negar las súplicas porque de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994 que consagra los factores sobre los cuales debe liquidarse la pensión, el fomento al ahorro no se encuentra enlistado, razón por la cual no puede incluirse haciendo una interpretación contraria a las normas.

El fomento al ahorro es una prestación extralegal no constitutiva de salario para ningún efecto legal por lo que es evidente la razón por la cual no se incluyó al momento de liquidar la pensión.

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

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Debe la Sala determinar si el señor JORGE HERNANDEZ VASQUEZ tiene derecho a que Capresub le reliquide la pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios entre los que se encuentra el denominado "Fomento al Ahorro".

Acto acusado

Oficio No. 000529, proferido por la Liquidadora de Capresub, a través del cual le negó al actor la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, entre ellos el denominado fomento al ahorro, argumentando que las normas aplicables a su caso, Decreto 1158 de 1994, no los contemplan como factores salariales (fl.10).

Excepción de falta de jurisdicción

El artículo 2º, numeral 4 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 2º de la Ley 712 del 5 de diciembre de 2001, dispone que la Jurisdicción Ordinaria en sus especialidades Laboral y de Seguridad Social, conoce de los conflictos relacionados con el Sistema de Seguridad Social Integral que surjan entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores

y las entidades administradoras o prestadoras, sin importar la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan.

Como en este caso la controversia no se relaciona con la aplicación del Sistema de Seguridad Social Integral pues se trata de la reliquidación de una pensión reconocida con base en lo dispuesto en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, y 1045 de 1978 normas anteriores a su creación, la competencia se rige por las reglas específicas que regulan las prestaciones de los servidores públicos.

El hecho de que la Ley 100 de 1993 hubiese regulado en su totalidad el Sistema General de Seguridad Social constituyéndose en normatividad integradora de toda la Seguridad Social del país, en nada afecta la competencia que por ley se otorgó a las distintas Jurisdicciones porque tanto los regímenes de excepción como los de transición consagrados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 están excluidos de su aplicación por no hacer parte del Sistema ya que se refieren a la aplicación de normas anteriores a su creación aplicables a los empleados públicos.

Conforme a lo anotado, encuentra la Sala que la Jurisdicción Contencioso Administrativa es la competente para conocer del presente asunto, como quiera que se trata de un conflicto jurídico sobre prestaciones sociales de un empleado público al que Capresub le reconoció la pensión de jubilación aplicando los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Trámite de conciliación

Con el objeto de dar trámite a la solicitud de conciliación presentada por las partes (fl.139) se llevó a cabo audiencia el 7 de junio de 2007, en la que intervinieron los Magistrados de la Subsección, las partes y el Ministerio Público (fl. 169).

Las partes celebraron Acuerdo Conciliatorio parcial en lo que se refiere a la inclusión del fomento al ahorro en la reliquidación pensional, siendo aprobado por la Sala y se dispuso continuar con el trámite del proceso en lo demás, razón por la cual se proferirá fallo en los siguientes términos:

De lo probado en el proceso

Capresub, a través de la Resolución No. 0209 de 29 de abril de 1999, reconoció a favor del actor una pensión de jubilación, en cuantía de \$1.267.310.22, a partir del 1 de enero de 1999 (fl.3).

Tuvo en cuenta los servicios prestados en esa entidad entre el 17 de agosto de 1963 y el 8 de septiembre de 1983, señalando como normatividad aplicable los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, y las Leyes 33 de 1985, 71 de 1988 y 100 de 1993. En la liquidación de la pensión tuvo en cuenta la asignación básica e incremento por antigüedad y bonificación por servicios prestados.

A folio 7 del expediente obra la petición de reliquidación presentada por el actor ante Capresub el 16 de enero de 2004 que fue negada a través del acto demandado.

Con las certificaciones de sueldo expedidas por el Pagador de la Superintendencia Bancaria (fls.17 y 18) quedó acreditado que el demandante durante el último año de servicios, comprendido entre el 8 de septiembre de 1982 y el 8 de septiembre de 1983, devengó sueldo, primas de servicios y navidad, subsidios familiar y de almuerzo, y fomento al ahorro.

Análisis de la Sala

La Ley 6ª de 1945, en su artículo 17, literal b), estableció una pensión vitalicia de jubilación en favor de los empleados y obreros nacionales de carácter permanente que cumplieran 50 años de edad y 20 años de servicios, con el siguiente tenor literal:

“Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

(...)

b) Pensión vitalicia de jubilación cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30) ni exceder de doscientos pesos (\$200) en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión”.

Mediante el Decreto 3135 de 1968, artículo 27, varió la edad de jubilación de los varones en los siguientes términos:

“Pensión de jubilación o vejez. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión le pague una pensión mensual

vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio”.

El monto pensional del 75% fue incorporado mediante el artículo 4 de la Ley 4 de 1966, modificando en lo pertinente el literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945, con el siguiente tenor literal:

“ARTICULO 4o. A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.”

A su vez, los artículos 68 y 73 del Decreto 1848 de 1969 preceptúan:

“Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señalados en el artículo 1º de este Decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad si es mujer.

PARÁGRAFO. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación solamente se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) horas o más. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o labor no llegan al límite mínimo indicado, el cómputo se hará sumando las horas efectivamente laboradas y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga, se tomará como el de días laborados, los cuales se adicionarán con los de descanso remunerado y de vacaciones remuneradas”.

ARTICULO 73. CUANTÍA DE LA PENSIÓN. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin.”

Por mandato del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 no sólo se equiparó la edad de la mujer con la del varón para efectos de jubilación sino que se estableció la regla general para la pensión de los empleados oficiales de todos los niveles y se consagraron unas excepciones. Su tenor literal es el siguiente:

“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”.

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.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo, las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

Parágrafo 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta años (50) de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro...”.

La Ley 33 de 1985, en su artículo 25, derogó los artículos 27 y 28 del Decreto Extraordinario 3135 de 1968, y las demás disposiciones que le fueren contrarias, con el siguiente tenor literal:

“Esta ley rige a partir de su sanción y deroga los artículos 27 y 28 del Decreto extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que le sean contrarias.”

El artículo 1º, párrafo 2, ibidem, estableció un régimen de transición consistente en que los empleados que llevaran un tiempo de servicio de 15 años a la fecha de expedición de la ley, podían pensionarse con los requisitos del régimen anterior de pensiones contenido en la Ley 6 de 1945. El tenor literal de párrafo es el siguiente:

“Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley...”.

En efecto, el demandante al momento de entrar en vigencia la Ley 33 de 1985 contaba con 20 años y 21 días de servicio, y los 55 años de edad los cumplió el 2 de noviembre de 1998 (Fls. 3-6), la Entidad demandada aplicó para el reconocimiento pensional los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y el 1045 de 1978, que establecen los factores salariales a incluir en la liquidación pensional.

Empero, en el sub-lite la Sala debe respetar la normatividad que aplicó la demandada como fueron los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, porque éste aspecto no fue objeto de debate.

Liquidación pensional

Encontrándose demostrado que el régimen pensional que aplicó la Entidad demandada, fue el contemplado en los

Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, para efectos de determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación se acudirá a lo preceptuado en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma posterior de carácter general que determina explícitamente los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar la cesantía y la pensión de jubilación, con el siguiente tenor literal:

“De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones.

Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;**
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;**
- c) Los dominicales y feriados;**
- d) Las horas extras;**
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;**
- f) La prima de navidad;**
- g) La bonificación por servicios prestados;**
- h) La prima de servicios;**
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;**
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;**
- k) La prima de vacaciones;**
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;**
- m) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del art. 38 del decreto 3130 de 1968.”**

Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación.¹

Al actor debieron incluirse en la liquidación de la pensión los factores salariales devengados durante el último año de servicio comprendido entre el 8 de septiembre de 1982 y el 8 de septiembre de 1983, que se encuentren enlistados en la norma citada, tales como el fomento al ahorro y las primas de servicios y navidad, ordenados por el A-quo.

Por las anteriores consideraciones los factores a incluir en la liquidación de la pensión son el fomento al ahorro, objeto de conciliación, y las primas de servicios y navidad devengadas por el actor durante el último año de servicio, en la forma como lo ordenó el A quo.

¹ La Sección Segunda del Consejo de Estado, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el particular en sentencia de 21 de mayo de 2009, expediente 0525-2008, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, en esa oportunidad sobre el particular, concluyó:

“(...) El Decreto Ley 603 de 1977, por medio del cual se establece el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en su artículo 17 estableció el régimen especial de pensiones para algunos funcionarios de la Registraduría Nacional del Estado Civil (...).

Quienes se encuentren dentro de la excepción que contempla la norma, tienen derecho al reconocimiento pensional con 16 años de servicios y 50 años de edad, ya que el inciso primero del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 expresamente excluyó de su aplicación a quienes gozan de un régimen especial de pensiones, (...)

Como la demandante laboró para la Registraduría Nacional del Estado Civil del 30 de agosto de 1972 al 31 de diciembre de 2000 desempeñando el cargo de Dactiloscopista 4125-12, tenía derecho a que la pensión le fuera reconocida y liquidada conforme a lo dispuesto en el Decreto 603 de 1977.

LIQUIDACIÓN PENSIONAL

En lo relativo a la base de liquidación de la pensión de jubilación las dos disposiciones mencionadas se asientan sobre el promedio de los salarios devengados por el servidor público. Y, como la norma no distingue, preciso es reconocer que sin discriminación alguna harán parte integral de la base de liquidación todos los factores salariales devengados en los términos previstos en el Decreto 603 de 1977. (...)

Por las razones expuestas, el fallo impugnado que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda amerita ser confirmado.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia apelada de 17 de agosto de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por JORGE HERNANDEZ VASQUEZ.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

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

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

ALFONSO MARIA VARGAS RINCON

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

SALVAMENTO DE VOTO
DEL MAGISTRADO GERARDO ARENAS MONSALVE

De manera respetuosa presento mi inconformidad con la decisión adoptada por la mayoría de la Sala de Sección en el caso de autos, en cuanto adopta criterios con respecto a los requisitos y monto de las pensiones del régimen de transición del sector público que no comparto. Procedo, en consecuencia, a expresar mi posición sobre estos aspectos antes de referirme al caso concreto.

1. Los requisitos pensionales de edad y tiempo de servicios

En primer lugar, es preciso recordar que el sistema general de pensiones establecido por la Ley 100 de 1993 es de aplicación general, tal como lo señala su texto (artículo 11, modificado por la Ley 797), salvo los regímenes exceptuados expresamente (artículo 279) y los especiales de pensión contemplados en normas expresas. Pese a la generalidad de dicho sistema, la ley contempló un régimen de transición pensional (artículo 36) según el cual, quienes cumplan alguno de los requisitos para ser sujeto del mismo (ya sea por edad o por tiempo de servicios o cotizaciones) tienen derecho a obtener su pensión conforme a los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión del régimen anterior que les sea aplicable.

Si el afiliado del sector público es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en principio, la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión se rigen por las disposiciones legales anteriores que, para el caso de los servidores públicos, es la Ley 33 de 1985, publicada en el Diario Oficial No. 36.856, el día 13 de febrero de 1985, situación que impone someterse a sus pautas para la liquidación del beneficio prestacional.

No obstante, la misma Ley 33 de 1985 contempló (artículo 1° parágrafo 2°) un régimen de transición propio, al señalar que los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de la citada ley hayan cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, tendrían derecho a que se les apliquen “las

disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad' a la misma.

Con anterioridad a la Ley 33 de 1985 se encontraban vigentes el Decreto Ley 3135 de 1968 y el Decreto Reglamentario 1848 de 1969, norma esta última que en su artículo 68, señaló los requisitos de edad y tiempo de servicios para acceder a la pensión de jubilación por parte de los empleados oficiales y, en su artículo 73 fijó la cuantía de la pensión. En tales disposiciones se estableció el tiempo de servicios al Estado en 20 años y una edad pensional de 55 años para los hombres y de 50 para las mujeres, de modo que dichas edades son las aplicables a quienes tenían más de 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985.

En consecuencia, cuando se analice la situación pensional de un trabajador que tenía más de 15 pero menos de 20 años de servicios cuando entró a regir dicha norma, solamente debe aplicarse la edad prevista en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 y, los demás requisitos para la pensión, tales como el tiempo de servicios y el monto de la pensión, deben regirse por lo establecido en la Ley 33 de 1985, pues no considero que en tales casos se deba dar aplicación a otras normas distintas de las indicadas, con un sentido de favorabilidad hacia el pensionado, pues aquí no puede prevalecer el criterio de la norma más favorable, dado que no existe conflicto interpretativo alguno.

2. La determinación del monto de las pensiones

En relación con el monto o cuantía de la pensión, cuando se trata del servidor público que es sujeto del régimen de transición pensional, éste se fija también conforme al régimen anterior, es decir, tomando el porcentaje y la base de liquidación en su conjunto, como lo tiene dispuesto la jurisprudencia de la Sala.

El ingreso base de liquidación de la pensión, para los servidores públicos sujetos al régimen de transición, será en consecuencia el dispuesto en la Ley 33 de 1985, con las modificaciones introducidas por la Ley 62 del mismo año.

La Ley 33 de 1985 estableció igualmente una situación especial para aquellos servidores públicos que no tuvieran un régimen especial en

pensiones -como el caso de los empleados de la Superintendencia Bancaria, entre otros- y que hubieran laborado al servicio del Estado, como en este caso, por más de 20 años a su entrada en vigencia, confiriéndoles el beneficio de pensionarse conforme “*con las disposiciones que regían en el momento de su retiro*”, situación que se desprende del inciso 2º del párrafo 2 del artículo 1º de la referida Ley 33 de 1985. Desde luego, solamente si el empleado tenía cumplidos 20 años de servicios al entrar en vigencia la Ley 33 de 1985, los factores de liquidación de su pensión serán los establecidos en la norma anterior que contempla dicho aspecto, que en este caso es el Decreto 1045 de 1978 (artículo 45).

3. El caso de autos

En el fallo del cual me aparto se altera el orden cronológico de aplicación de las normas del régimen de transición bajo el argumento de que han sido formalmente derogadas. En efecto, la sentencia menciona que “[*l*]a Ley 33 de 1985, en su artículo 25, derogó los artículos 27 y 28 del Decreto Extraordinario 3135 de 1968, y las demás disposiciones que le fueren contrarias (...)” y, por tal motivo, dispone que el régimen anterior a la Ley 33 es el previsto en la Ley 6 de 1945.

No hay que olvidar que la aplicación del régimen de transición supone tener que acudir a normas que pueden estar derogadas; pero si el ex trabajador tiene derecho a que se le apliquen las mismas, no resulta válido alegar su derogatoria, pues, a pesar de ello, por virtud de la transición, siguen cobijando algunas situaciones por tratarse, como lo dispone de manera expresa el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de “*el régimen anterior al cual se encuentren afiliados*”.

De acuerdo con lo anterior, en el caso de autos el ingreso base de liquidación debe incluir todos los emolumentos relacionados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y percibidos en el último año de servicios, por tratarse de un trabajador que tenía más de 20 años de servicios a la entrada en vigencia de la citada Ley 33 de 1985

En materia pensional, mientras más atrás en el tiempo se busca la norma aplicable, más favorable resulta a los intereses del pensionado. El principio

de favorabilidad supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, pues la legislación pensional ha procurado tomar en cuenta, en materia de edad, la realidad demográfica y, por eso, ha ido aumentando gradualmente la edad para acceder a esta prestación; y en materia de factores de liquidación ha buscado la correlación y coherencia financiera del sistema de pensiones, procurando que el reconocimiento pensional se efectúe únicamente con los factores previstos de manera expresa por el legislador y no con todo lo devengado por el trabajador.

En síntesis, el régimen pensional anterior a la Ley 33 de 1985 es el contemplado en el Decreto Ley 3135 de 1968 y en su Decreto Reglamentario 1848 de 1969 y no en la Ley 6ª de 1945.

Por tanto, cuando el trabajador tenga más de 20 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 33 se aplican los factores salariales previstos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. Si el trabajador tenía más de 15 pero menos de 20 años servidos al Estado al 13 de febrero de 1985, solamente le es aplicable la edad establecida en el Decreto 1848 de 1969 y las demás condiciones pensionales se rigen por lo dispuesto en la referida Ley 33 de 1985.

En los anteriores términos dejo expresadas las razones de mi salvamento de voto.

GERARDO ARENAS MONSALVE