



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01522-01 (4084-2017)
Demandante: Amary Mercado Aguirre

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A**

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veinte (2020)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 76001-23-31-000-2011-01522-01 (4084-2017)
Demandante: AMARY MERCADO AGUIRRE
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL, UGPP

Temas: Reconocimiento pensión jubilación régimen especial de los radioperadores y técnicos de radio de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil. Ley 7 de 1961, Decreto 1372 de 1966, Decreto 1835 de 1994 y Decreto 2090 de 2003.

APELACIÓN SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA– DECRETO 01 DE 1984

Sentencia SE. 010

ASUNTO

Decide esta Subsección el recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada, contra la sentencia del 2 de marzo de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala Mixta, por medio de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

LA DEMANDA

La señora Amary Mercado Aguirre, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista por el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó a la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01522-01 (4084-2017)
Demandante: Amary Mercado Aguirre

E.I.C.E. en Liquidación, hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP¹.

Pretensiones²

1. Se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución PAP 041685 del 28 de febrero de 2011, por medio de la cual el gerente de Cajanal en Liquidación negó el reconocimiento de una pensión especial de vejez.
- Resolución PAP 050638 del 27 de abril de 2011, por la cual el mismo funcionario confirmó la anterior decisión, al resolver el recurso de reposición formulado contra el anterior.

2. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene reconocer y pagar una pensión especial de vejez en favor de la demandante, liquidada con base en todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, tales como: asignación básica, bonificación por servicios, bonificación semestral, recargos nocturnos, compensatorios, dominicales, festivos, horas extras, primas de navidad, vacaciones y productividad y cualquier otro que demuestre haber recibido como contraprestación de la relación laboral, en cuantía no inferior a \$3.817.799.81, efectiva a partir del 1 de enero de 2008 o del día siguiente del retiro definitivo, con los reajustes que ordene la Ley 100 de 1993.

3. Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

Supuestos fácticos relevantes³

1. La señora Amary Mercado Aguirre prestó sus servicios en la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, como radioperador y técnico aeronáutico, desde el 20 de agosto de 1985, por un lapso superior a 20 años. El último lugar donde prestó sus servicios fue en el Grupo de Operativo Regional Valle.
2. La demandante le solicitó a Cajanal EICE el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, petición que fue resuelta por medio de la Resolución PAP 041685 del 28 de febrero de 2011, a través de la cual la entidad le negó la prestación, por considerar que no cumplía con los requisitos para estar cobijado por el régimen de

¹ Creada por la Ley 1151 del 24 de julio de 2007 «Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010».

² Ff. 32 y 33 C. ppal.

³ Ff. 32 y 33 C. ppal.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01522-01 (4084-2017)
Demandante: Amary Mercado Aguirre

transición de la Ley 100 de 1993, por lo que debía demostrar las exigencias previstas por el artículo 33 *ejusdem*. Contra este acto la interesada interpuso recurso de reposición.

3. Por Resolución PAP 050638 del 27 de abril de 2011, la entidad confirmó la decisión al resolver el recurso formulado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas violadas se citaron en la demanda los artículos 20, 60 y 250 de la Constitución Política; 100 del Código Civil; 50 de la Ley 57 de 1887; 21 del Decreto 1237 de 1946; 20 de la Ley 7 de 1961; Decreto 1372 de 1966; 10 de la Ley 33 de 1985; Decreto 1825 de 1994; Decreto 2090 de 2003 y 21 y 127 del Código Sustantivo del Trabajo.

Como concepto de violación de la normativa invocada, indicó que los actos administrativos acusados fueron expedidos con vulneración de las normas superiores que debían ser atendidas para el reconocimiento de su derecho pensional. Sobre el punto, explicó que el régimen que debe aplicársele en esta materia es el contenido en la Ley 7 de 1961 y el artículo 6 del Decreto 1372 de 1966 para los técnicos, radioperadores y trabajadores de las comunicaciones de la Aeronáutica Civil, normas que fueron desarrolladas y complementadas por los Decretos 1835 de 1994 y 2090 de 2003.

De misma forma, expuso que Cajanal hizo una interpretación incorrecta de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y dejó de lado lo previsto por los artículos 2 y 7 del Decreto 1835 de 1994 que describen como actividades de alto riesgo las que desarrollan los controladores de tránsito aéreo y los radioperadores, quienes gozan de un régimen de transición en los siguientes términos:

«[...] El régimen general de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se aplica a los servidores públicos de la Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil.

No obstante, se establece el siguiente régimen de transición para los funcionarios de dicha unidad administrativa que tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres, o 40 o más años de edad si son hombres, ó 10 ó más años de servicios prestados o cotizados, así:

1. Para los servidores descritos en el artículo 6º de este Decreto.
2. Para los servidores que a 31 de diciembre de 1993 se encontraban incorporados a la planta de personal del Sector Técnico Aeronáutico.

Los requisitos de edad para acceder a la pensión de vejez o jubilación, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de dicha pensión, de los funcionarios descritos en los numerales 1º y 2º de este artículo, serán los establecidos en el régimen anterior que les era aplicable.

[...]»



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01522-01 (4084-2017)
Demandante: Amary Mercado Aguirre

De acuerdo con lo anterior, el demandante interpretó que son beneficiarios del régimen de transición los servidores que estén en alguno de los siguientes supuestos:

- los radioperadores que al 31 de diciembre de 1994 se encontraran incorporados a la planta de personal del sector técnico aeronáutico
- los funcionarios que ejercieran dicha actividad que tuviesen 35 años, si son mujeres, y 40, si son hombres
- quienes hubieran prestado sus servicios en esta actividad especial por 10 años

Adicionalmente, expuso que el Decreto 2090 de 2003, que modificó las condiciones para las actividades de alto riesgo, en el artículo 6, previó un régimen de transición para quienes a la fecha de su entrada en vigencia, hubieran cotizado por lo menos 500 semanas de servicio especial, quienes podrían acceder a la pensión en las mismas condiciones señaladas por normas anteriores, una vez cumplidas las semanas exigidas por la Ley 797 de 2003.

De acuerdo con todo lo anterior, aseguró que el hecho de haber estado vinculada en la planta de personal de la Aeronáutica Civil para el 31 de diciembre de 1993, además de cumplir con el requisito de las 500 semanas cotizadas en actividades de alto riesgo anteriores a la vigencia del Decreto 2090 de 2003, le concede el derecho a la pensión especial al cumplir 20 años de servicios, liquidada en el 75% del promedio mensual de lo devengado durante el último año de servicio. En sustento de su exposición citó apartes de varias sentencias del Consejo de Estado⁴.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. en Liquidación contestó⁵ la demanda para oponerse a la prosperidad de las pretensiones. Como razones en las que sustentó su defensa, expresó que la demandante⁶ no se encuentra amparada por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que para su entrada en vigencia tenía 33 años de edad y 10 años, 11 meses y 19 días de servicios; por lo anterior, sostuvo que tendrá derecho a la pensión cuando cumpla con los requisitos señalados por el artículo 33 *ibidem*.

Adicionalmente, propuso las excepciones que denominó así:

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 21 de mayo de 2009, radicado: 2241-2007. De la Subsección A, sentencias del 3 de marzo de 2011, radicado: 1439 de 2008 y del 21 de septiembre de 2000, radicado: 470 de 1999.

⁵ Ff. 78 a 82 C. ppal.

⁶ En el f. 80 la entidad se refirió a «Ana Milena Campo Barona» sin embargo, es claro que la demandante es la señora Amary Mercado Aguirre.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01522-01 (4084-2017)
Demandante: Amary Mercado Aguirre

- *cobro de lo no debido*: sobre el punto señaló que la demandante no tiene derecho al reconocimiento reclamado.
- *violación al principio de legalidad*: sostuvo que en la expedición de los actos administrativos demandados se ajustó a la legalidad.
- *excepción subsidiaria de buena fe*: manifestó que si no prospera la anterior pretensión, debe tenerse en cuenta que la falta de reconocimiento es de buena fe y por lo tanto «el monto de lo ya descontado no sería reembolsable y un fallo favorable al acto sólo operaría hacia futuro. En el peor de los casos no habría lugar a intereses ni indexación».
- la *innominada*: pidió que se declare probado cualquier otro medio exceptivo que se advierta.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Parte demandada⁷. La UGPP⁸ reiteró que la señora Amary Mercado Aguirre no está cobijada por el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y agregó que ello es presupuesto para la aplicación del Decreto 2090 de 2003, artículo 6, puesto que dicha norma en el parágrafo dispone: «PARÁGRAFO. Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003.». Así las cosas, en su criterio la pensión de la demandante debe concederse una vez demuestre que cumple con los requisitos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Parte demandante⁹. El apoderado de la actora insistió en que ella es beneficiaria del régimen especial contenido en la Ley 7 de 1961 y el artículo 6 del Decreto 1372 de 1966 para los técnicos, radioperadores y trabajadores de comunicaciones de la Aeronáutica Civil, por encontrarse en el régimen de transición adoptado en los artículos 7 del Decreto 1835 de 1994 y 6 del Decreto 2090 de 2003, en consideración a que está demostrado que ella tenía más de 10 años de servicio en una de las actividades especiales que regula la norma, para la entrada en vigencia del Decreto 1835 de 1994.

Igualmente, manifestó que también cumple con el requisito de las 500 semanas de cotización para cuando fue expedido el Decreto 2090 de 2003, por lo que sería del caso aplicar a su situación la Ley 7 de 1961 y el Decreto 1372 de 1966.

⁷ Ff. 258 a 260 C. ppal.

⁸ El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca reconoció a la UGPP como sucesor procesal de la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal EICE en Liquidación, en el auto del 20 de abril de 2015, f. 246 a 248 C. ppal.

⁹ Ff. 251 a 257 C. ppal.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01522-01 (4084-2017)
Demandante: Amary Mercado Aguirre

El ministerio público no intervino en esta oportunidad procesal, tal y como se verifica en el informe secretarial que reposa en el folio 262 del expediente.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala Mixta, mediante sentencia del 2 de marzo de 2017¹⁰ declaró la nulidad de los actos demandados y ordenó reconocer a favor de la demandante una pensión teniendo en cuenta las disposiciones contenidas en los artículos 13 del Decreto 1835 de 1994 en concordancia con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con fundamento en el razonamiento que a continuación se resume:

El *a quo* indicó que los servidores públicos de la Aeronáutica Civil del sector técnico, entre otros, que a la entrada en vigencia del Decreto 1835 de 1994, el 4 de agosto de 1994, tuvieran 35 o más años si son mujeres o 40 o más si son hombres, o 10 o más años de servicios prestados o cotizados, podían pensionarse en las condiciones definidas por el régimen anterior, es decir, con 20 años de servicio, sin importar la edad.

Así las cosas, una vez examinó las pruebas allegadas, concluyó que la señora Amary Mercado Aguirre no está cobijada por el régimen de transición del Decreto 1835 de 1994, pero sí es beneficiaria de lo previsto por el artículo 6 del Decreto 2090 de 2003, dado que para el 28 de julio del mismo año, tenía 17 años, 5 meses y 28 días de servicio, tiempo equivalente a más de 850 semanas de cotización efectuadas en la actividad contemplada dentro del régimen especial que ampara a algunos empleados del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil. Así mismo, como se encuentra demostrado que la demandante laboró un total de 7324 días que equivalen a 1046 semanas, el *a quo* concluyó que ella cumple con el mínimo exigido por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, 1000 semanas.

Adicionalmente, resaltó que el derecho pensional se encuentra gobernado por las condiciones de las normas anteriores al Decreto 2090 de 2003, es decir, por el Decreto 1835 de 1994 y no de la Ley 7 de 1961, como lo sostuvo la parte actora.

De otra parte, estimó que de acuerdo con el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado se debe inaplicar el párrafo del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003, que exige a los beneficiarios de este régimen de transición, cumplir además los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 «por desconocer el principio de inescindibilidad legal, al pretender aplicar a un mismo tiempo normas de un régimen pensional especial (el del Decreto 2090 de 2003) y del régimen general (Ley 100 de 1993)¹¹.»

¹⁰ Ff. 263 a 277 C. ppal.

¹¹ Citó: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 22 de abril de 2015, radicación: 25000-23-25-000-2011-00807-01(2555-01), demandante: Fernando Sandoval Cabrera.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01522-01 (4084-2017)
Demandante: Amary Mercado Aguirre

Seguidamente, verificó que la demandante cumple con los requisitos que exige el artículo 6 del Decreto 1835 de 1994 para acceder a la pensión de jubilación, y que el reconocimiento debía ordenarse a partir del 1 de febrero de 2005, fecha en la que cumplió 45 años de edad y alcanzó el estatus pensional. Para la liquidación de la prestación, consideró que debían atenderse el artículo 13 del Decreto 1835 de 1994 y el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, sin que hubiera lugar a decretar la prescripción de mesadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Demandada

Inconforme con la decisión de primera instancia, la UGPP la apeló¹² para exponer que se deben denegar las pretensiones de la demanda, pues en su sentir, la señora Amary Mercado Aguirre no cumple con los requisitos contenidos en el Decreto 2090 de 2003, puesto que en el expediente no obra prueba de que para el 1 de abril de 1994 ella tuviera 35 años de edad o 15 años de servicio, de manera que se pudiera evidenciar que está cobijada por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Adicionalmente, sostuvo que la demandante aún no cumplía con la exigencia del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, de haber cumplido 55 años de edad para efectos del reconocimiento pensional con arreglo a las normas del régimen general.

Demandante

La señora Amary Mercado Aguirre¹³ también formuló recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, para argumentar que si bien la providencia accedió a la prestación, no ordenó que se liquidara teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio público, según lo consideró el Consejo de Estado en la sentencia del 18 de febrero de 2016¹⁴.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de la **demandante**¹⁵ reiteró que la liquidación de la pensión debe hacerse en el 75% de todo lo devengado durante el último año de servicio, tal y como lo consideró la Sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado en la sentencia del 18 de febrero de 2016¹⁶.

¹² Ff. 278 a 280 C. ppal.

¹³ Ff. 281 y 282 C. ppal.

¹⁴ Citó: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 18 de febrero de 2016, radicación 4449-2013.

¹⁵ Ff. 312 y 313 C. ppal.

¹⁶ Radicación 4449-2013



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01522-01 (4084-2017)
Demandante: Amary Mercado Aguirre

La parte demandada y el Ministerio Público se abstuvieron de intervenir en esta oportunidad, según se verifica en el folio 314 del expediente.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

De acuerdo con el artículo 328 del Código General del Proceso, la competencia del juez de segunda instancia está enmarcada por los argumentos expuestos en el recurso de apelación, no obstante, cuando ambas partes discutan toda la providencia, el superior resolverá sin limitaciones. En esas condiciones, el problema jurídico que se debe resolver en esta instancia se resume en las siguientes preguntas:

¿Cuál es el régimen pensional aplicable a la señora Amarys Mercado Aguirre en su condición de servidora de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil?

En caso de que la respuesta al anterior interrogante corresponda a un régimen especial de pensiones, deberá resolverse si

¿La demandante cumple con los requisitos para el reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación bajo los supuestos del régimen especial de pensiones aplicable a algunos servidores de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil?

¿La liquidación de la prestación se debe efectuar en el 75% de la totalidad de los factores salariales recibidos durante el último año de servicio?

Primer problema jurídico

¿Cuál es el régimen pensional aplicable a la señora Amarys Mercado Aguirre en su condición de servidora de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil?

Como quiera que la demandante afirma que es beneficiaria del régimen especial aplicable a los técnicos, radioperadores y trabajadores de las comunicaciones de la Aeronáutica Civil, la Subsección se ocupará de analizar las disposiciones que regulan la materia.

1. Del régimen de pensiones de los radioperadores de la Aeronáutica Civil



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01522-01 (4084-2017)
Demandante: Amary Mercado Aguirre

La Ley 7 del 10 de marzo de 1961¹⁷ consagró un régimen especial de pensiones para aquellas personas que se desempeñaran como radioperadores, técnicos de radio y electricidad y oficiales de meteorología de la Empresa Colombiana de Aeródromos, quienes tendrían derecho a la pensión de jubilación al cumplir veinte años de servicio sin importar su edad. Así lo ordenó:

«Artículo 1. Los radio - operadores del servicio móvil aeronáutico "R" categoría "R" y del servicio fijo de acuerdo con las definiciones dadas en el decreto 3418 de 1954, y su reglamentario 2427 de 1956; los técnicos de radio y electricidad y los oficiales de meteorología que venían prestando sus servicios en Aerovías Nacionales de Colombia S.A. (Avianca) y que fueron incorporados a la Empresa Colombiana de Aeródromos, creada por decreto 2369 de 1954, para los efectos de la pensión de jubilación tendrán derecho a que se le compute el tiempo servido a dicha empresa privada como tiempo servido a la Nación.

Artículo 2. Para los efectos indicados se aplicará a los mencionados trabajadores lo dispuesto en el artículo 21 del decreto 1237 de 1946¹⁸, y tendrán derecho a la pensión de jubilación al cumplir 20 años de servicio, cualquiera que fuere su edad»

Posteriormente, el Decreto 1372 del 26 de mayo de 1966¹⁹, además de definir cuáles servidores del entonces Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, de la Empresa Colombiana de Aeródromos y del Departamento Administrativo del Servicio Civil son radioperadores del Servicio Móvil Aeronáutico Categoría «R» y del Servicio Fijo, los oficiales de meteorología, los técnicos de radio y de electricidad, en el artículo 6, precisó que las pensiones señaladas en el artículo 2 de la Ley 7 de 1961 se calcularían sobre el 75% del promedio mensual de las asignaciones que se hubieran devengado durante el último año de servicio, al señalar: «De acuerdo con los artículos 2° de la Ley 7ª de 1961 y 21 del Decreto 1237 de 1946 el personal de que trata el presente Decreto tendrá derecho a la pensión vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75) del promedio mensual de las asignaciones que hubiere devengado durante el último año de servicios.»

Hasta este punto, se observa que los requisitos para acceder a una pensión liquidada sobre el 75% del promedio mensual de lo que hubiera devengado durante el último

¹⁷ «Sobre pensiones de jubilación de Radio-operadores, Técnicos de Radio y Electricidad y Oficiales de Meteorología al servicio de la Empresa Colombiana de Aeródromos».

¹⁸ «Habrà lugar a la pensión vitalicia de jubilación cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta años de edad, después de veinte años de servicio continuo o discontinuo, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual de las asignaciones que hubiere devengado durante el último año de servicio. En caso de que él empleado. U obrero haya servido durante veinticinco años (25), tendrá derecho a jubilación, sin tener en cuenta la edad. Los operadores de telégrafos, Jefes de oficinas telegráficas, Jefes de Líneas, Revisores, Plegadores; Clasificadores y Mecánico de las oficinas telegráficas, inclusive los de la Empresa Nacional de Radiocomunicaciones y los Oficiales Mayores de la Central de Telégrafos de Bogotá, tendrán derecho a la jubilación cuando cumplan veinte (20) años de servicio, cualquiera que sea su edad. Las pensiones no podrán ser menores de treinta pesos (\$30.00) ni mayores de doscientos pesos (\$200.00) 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, pero para recibir la pensión se requiere que éste reintegre o compense las sumas que haya recibido a título de cesantía (artículo 3° de la Ley 28 de 1943).»

¹⁹ «Por el cual se reglamenta la Ley 7ª de 1961 sobre pensiones de jubilación de radioperadores, técnicos de radio, de electricidad y de oficiales de meteorología».



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01522-01 (4084-2017)
Demandante: Amary Mercado Aguirre

año de servicio, en aplicación del régimen especial bajo estudio se reducen a: i) desarrollar funciones de radioperador, oficial de meteorología, técnico de radio y de electricidad en la Aeronáutica Civil; y, ii) 20 años de servicios, sin importar la edad.

2. El sistema general de seguridad social en pensiones

Más adelante se expidió la Constitución Política de 1991, en cuyo artículo 48 consagró la seguridad social como un derecho irrenunciable y como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos en que lo establezca la ley.

De conformidad con la norma constitucional, la Ley 100 de 1993 organizó el Sistema de Seguridad Social Integral como un conjunto de obligaciones del Estado y la sociedad, con instituciones y recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, y las demás que se llegaren a incorporar normativamente en el futuro, con el objeto de garantizar esos derechos irrenunciables de las personas²⁰, a través de la protección de las contingencias que las puedan afectar²¹, y les permitan tener una calidad de vida acorde con la dignidad humana.

En ese orden, uno de los componentes del derecho a la seguridad social es aquella prestación que tiene la finalidad de amparar la contingencia de la vejez, de manera que se le permita al afiliado mantener las condiciones necesarias para su subsistencia y de esta manera:

«garantizar al trabajador que, una vez transcurrido un cierto lapso de prestación de servicios personales y alcanzado el tope de edad que la ley define, podrá pasar al retiro, sin que ello signifique la pérdida del derecho a unos ingresos regulares que le permitan su digna subsistencia y la de su familia, durante una etapa de la vida en que, cumplido ya el deber social en qué consiste el trabajo y disminuida su fuerza laboral, requiere una compensación por sus esfuerzos y la razonable diferencia de trato que amerita la vejez»²².

En lo relevante al particular, es importante señalar que según el artículo 6 de la Ley 100 de 1993 la finalidad del Sistema de Seguridad Social Integral se concreta en «unificar la normatividad y la planeación de la seguridad social, así como para coordinar a las entidades prestatarias de las mismas, para obtener las finalidades propuestas en la presente ley», y de acuerdo con el artículo 11, su ámbito de aplicación se extiende a todos los habitantes del territorio nacional, con la salvedad de que deben respetarse todos los derechos, garantías y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores.

²⁰ Artículo 1 de la Ley 100 de 1993.

²¹ *Ibidem*.

²² Corte Constitucional sentencia C-107 de 2002.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01522-01 (4084-2017)
Demandante: Amary Mercado Aguirre

En atención al principio de universalidad que inspira el Sistema General de Seguridad Social en materia pensional y su carácter general, conviene precisar que las situaciones que sin haberse consolidado para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1 de abril de 1994 para el orden nacional y 30 de junio de 1995 para el territorial, pueden regirse por disposiciones distintas, son las siguientes:

3. El régimen de transición de la Ley 100 de 1993

De acuerdo con lo antes expuesto, resulta claro que el propósito de esta ley fue el de unificar los regímenes pensionales que antes de su promulgación, se encontraban difusos en el ordenamiento jurídico, estableciendo reglas comunes aplicables a todos los trabajadores del territorio colombiano, sin considerar la naturaleza de su relación laboral, sin embargo, la disposición en comento, en el artículo 36, concibió un régimen de transición que ha sido entendido como un beneficio en favor de las personas que cumplan con unos requisitos para la entrada en vigor de aquella, lo cual les permitirá, regirse por las normas aplicables en el régimen anterior al que se encontraban afiliados, en cuanto a la edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y monto de la prestación. Así lo señaló:

«**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 más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.
[...]

En este sentido, solo quienes hubieran acreditado la exigencia de edad o de tiempo de servicios previsto en este contenido normativo, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tendrían la posibilidad de pensionarse con arreglo a las normas que venían aplicándose con anterioridad.

3.1. Actividades de alto riesgo del sector público



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01522-01 (4084-2017)
Demandante: Amary Mercado Aguirre

El artículo 140²³ de la Ley 100 de 1993 previó:

«**ARTÍCULO 140. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.** De conformidad con la Ley 4a. de 1992, el Gobierno Nacional expedirá el régimen de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, teniendo en cuenta una menor edad de jubilación o un número menor de semanas de cotización, o ambos requisitos. Se consideran para este efecto como actividades de alto riesgo para el trabajador aquellas que cumplen algunos sectores tales como el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Nacional Penitenciaria. Todo sin desconocer derechos adquiridos. El Gobierno Nacional establecerá los puntos porcentuales adicionales de cotización a cargo del empleador, o del empleador y el trabajador, según cada actividad.»

El Decreto 691 de 1994, por el cual se incorporaron los servidores públicos al Sistema General de Pensiones y, en el artículo 5, extendió el régimen general a los servidores que laboren en actividades de alto riesgo para su salud.

En atención a esta preceptiva y bajo los parámetros de la Ley 4.^a de 1992, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1835 del 3 de agosto de 1994, por medio del cual reglamentó las actividades de alto riesgo de los servidores públicos, que circunscribió a las siguientes:

«1. En el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS: Personal de detectives en sus distintos grados y denominaciones de especializado, profesional y agente.

2. En la Rama Judicial.

Funcionarios de la jurisdicción penal:

Magistrados, Jueces Regionales, Jueces Penales del Circuito, Fiscales y empleados de los Cuerpos de Seguridad de la Fiscalía General de la Nación y los siguientes funcionarios del cuerpo técnico de investigaciones de la Fiscalía: Profesionales judiciales especiales, profesionales universitarios judiciales I y II, jefes de sección de criminalística, investigadores judiciales I y II, técnicos judiciales I y II y escoltas I y II.

3. En el Ministerio Público.

Procuradores Delegados en lo Penal
Procuradores Delegados para los derechos humanos
Procuradores Delegados ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.
Funcionarios y empleados de la oficina de investigaciones especiales y empleados de los cuerpos de seguridad.

4. En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil. **Técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la oficina de registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil**, de conformidad con la reglamentación contenida en la Resolución No. 03220 de junio 2 de 1994 por medio de la cual se modifica el manual de reglamentos aeronáuticos; y demás normas que la modifiquen, adicionen o aclaren.

²³ Declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-003 de 1996.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01522-01 (4084-2017)
Demandante: Amary Mercado Aguirre

Técnicos aeronáuticos con funciones de radio operadores, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, con base en la reglamentación contenida en la Resolución No.2450 de diciembre 19 de 1974 por medio de la cual se adopta el manual de reglamentos aeronáuticos, y demás normas que la modifiquen, adicionen o aclaren.

5. En los Cuerpos de Bomberos para los cargos descritos a continuación y que tengan como una de sus funciones específicas actuar en las operaciones de extinción de incendios y demás emergencias relacionadas con el objeto de los cuerpos de bomberos, así:

Capitanes
Tenientes
Subtenientes
Sargentos I
Sargentos II
Cabos
Bomberos»²⁴ (subrayado y negrilla fuera del original)

3.1.1. Régimen pensional de los controladores de tránsito aéreo y radioperadores

En relación con la pensión de vejez del personal descrito en el numeral 4 del artículo 2, el artículo 6 del Decreto 1835 del 3 de agosto de 1994, la norma impuso requisitos de edad y tiempo de cotización no inferior a 1000 semanas, para lo cual presentó dos variables en función de las cotizaciones realizadas, a saber:

Edad	Cotizaciones
55 años, que pueden disminuirse «un año por cada sesenta (60) semanas de cotización, adicionales a las primeras 1.000 semanas, sin que la edad pueda ser inferior a 50 años»	1000 semanas, de las cuales por lo menos 500 semanas hayan sido cotizadas en las actividades señaladas en el numeral 4 del artículo 2 de este Decreto.
45 años	1.000 semanas cotizadas en forma continua o discontinua en las actividades señaladas en el numeral 4 del artículo 2 de este Decreto.

Con todo, este decreto no se ocupó de regular lo atinente a la liquidación de la pensión, por lo que es plausible concluir que en este ítem aplica lo previsto en el régimen general.

Igualmente, el artículo 7 contempló un régimen de transición en los siguientes términos:

²⁴ Artículo 2 del Decreto 1835 de 1994



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01522-01 (4084-2017)
Demandante: Amary Mercado Aguirre

«Régimen de transición. El régimen general de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se aplica a los servidores públicos de la Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil.

No obstante, se establece el siguiente régimen de transición para los funcionarios de dicha unidad administrativa que tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres, o 40 o más años de edad si son hombres, ó 10 ó más años de servicios prestados o cotizados, así:

1. Para los servidores descritos en el artículo 6º de este Decreto.
2. Para los servidores que a 31 de diciembre de 1993 se encontraban incorporados a la planta de personal del Sector Técnico Aeronáutico.

Los requisitos de edad para acceder a la pensión de vejez o jubilación, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de dicha pensión, de los funcionarios descritos en los numerales 1º y 2º de este artículo, serán los establecidos en el régimen anterior que les era aplicable.

Para los demás servidores, las condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez o jubilación, se regirán por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos, particularmente en lo relacionado al monto de las cotizaciones a cargo del respectivo empleador.»

Sobre la interpretación de este régimen de transición es importante señalar que de él se desprenden los siguientes supuestos:

1. El régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es aplicable a los servidores de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.
2. También prevé un régimen de transición adicional y más favorable para quienes tuvieran 10 o más años de servicio prestados o cotizados, para el 4 de agosto de 1994²⁵ o quienes tuvieran 35 años, si son mujeres, y 40 si son hombres, y que además se encontraran en alguna de las siguientes situaciones:
 - i) Los servidores públicos que laboren en las actividades previstas en el numeral 4.º del artículo 2.º de este Decreto, es decir, técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo y técnicos aeronáuticos con funciones de radioperadores.
 - ii) Los servidores que a 31 de diciembre de 1993 se encontraban incorporados a la planta de personal del sector aeronáutico.

En este sentido esta subsección ha explicado:

«De acuerdo con esta norma, los servidores públicos de la Unidad Administrativa de la Aeronáutica Civil que a 31 de diciembre de 1993 se encontraban

²⁵ Día en el que el Decreto 1835 de 1994 se publicó en el Diario Oficial N.º 41473.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01522-01 (4084-2017)
Demandante: Amary Mercado Aguirre

incorporados a la planta de personal del *Sector Técnico Aeronáutico* y los demás servidores descritos en el artículo 6º del Decreto 1835 de 1994, que tuvieran - todos ellos- 35 o más años de edad si son mujeres, o 40 o más años si son hombres, o 10 o más años de servicios prestados o cotizados, a la fecha en que entró en vigencia el Decreto 1835, esto es **el 4 de agosto de 1994»²⁶**

Estos servidores tendrían derecho a pensionarse en las condiciones previstas por el régimen anterior que venía rigiendo su situación, que en el caso de los radioperadores es el contenido en la Ley 7 de 1961 y el Decreto 1327 de 1966 y le concede una pensión liquidada sobre el 75% del promedio mensual de lo que hubiera devengado durante el último año de servicio, a los 20 años de servicios, sin importar la edad.

Más adelante, el Decreto 2090 del 26 de julio de 2003²⁷, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en el artículo 17 de la Ley 797 de 2003²⁸, derogó el anterior²⁹ y definió que se consideran actividades de alto riesgo «aquellas en las cuales la labor desempeñada implique la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta, con ocasión de su trabajo»³⁰, criterio bajo el cual tuvo como tales las siguientes:

«1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 3 de marzo de 2011, radicación 25000-23-25-000-2006-00808-01(1436-2008), demandante: Orlando Antonio Sotelo Martínez. En este mismo sentido se pueden consultar de la Subsección A: sentencia del 24 de junio de 2015, radicación: 25000-23-25-000-2009-00180-01(1206-2014), demandante: Héctor José Matamoros Rodríguez; sentencia del 23 de febrero de 2012, radicación: 25000-23-25-000-2008-00784-01(0858-2011), demandante: José Gómez Suárez; sentencia del 20 de octubre de 2014, radicación: 20001-23-31-000-2008-00307-01(4167-2013), demandante: Eduardo Alfredo Posada Socarras; sentencia del 23 de febrero de 2012, radicación: 25000-23-25-000-2008-00571-01(0586-2011), demandante: Luis Carlos Góngora Susa; y de la Subsección B ver: sentencia del 23 de agosto de 2007, radicación: 25000-23-25-000-2003-08423-01(3459-2005), demandante: Teresa Amador Cortés; sentencia del 6 de junio de 2019, radicación: 23001-23-33-000-2013-00346-01(4956-2014), demandante: Guillermo Ospina Franco; sentencia del 16 de mayo de 2019, radicación: 08001-23-31-000-2011-01096-01(1176-2014), demandante: Diuryc Hendreyc Márquez Herrera.

²⁷ «por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades.»

²⁸ «**ARTÍCULO 17. FACULTADES EXTRAORDINARIAS.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístese por seis (6) meses al Presidente de la República de facultades extraordinarias para:

[...]

2. Expedir o modificar las normas relacionadas con el régimen legal para los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo y en particular para modificar y dictar las normas sobre las condiciones, requisitos y beneficios, incluyendo la definición de alto riesgo, conforme a estudios y criterios actuariales de medición de disminución de expectativa de vida saludable y ajustar las tasas de cotización hasta en 10 puntos, siempre a cargo del empleador, con el objeto de preservar el equilibrio financiero del sistema.»

²⁹ Artículo 11 «**Artículo 11. Vigencia y derogatorias.** El presente decreto regirá a partir de su publicación y deroga todas las normas que le sean contrarias, en particular, el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, los Decretos 1281, 1835, 1837 y el artículo 5º del Decreto 691 de 1994, el Decreto 1388 y el artículo 117 del Decreto 2150 de 1995 y el Decreto 1548 de 1998.»

³⁰ Artículo 1 del Decreto 2090 de 2003.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01522-01 (4084-2017)
Demandante: Amary Mercado Aguirre

2. Trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud de salud ocupacional.

3. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes.

4. Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.

5. En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de conformidad con las normas vigentes.

6. En los Cuerpos de Bomberos, la actividad relacionada con la función específica de actuar en operaciones de extinción de incendios.

7. En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor. Así mismo, el personal que labore en las actividades antes señaladas en otros establecimientos carcelarios, con excepción de aquellos administrados por la fuerza pública.»³¹

Es de anotar que esta norma solamente incluyó dentro de sus destinatarios a los controladores de tránsito aéreo y no a los operadores de radio, como sí lo hacía el Decreto 1835 de 1994.

El decreto en mención se refirió a las pensiones especiales de vejez, en los artículos 3 y 4, para señalar que los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida dedicados a las actividades descritas anteriormente «durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas», tendrían derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los siguientes requisitos:

«1. Haber cumplido 55 años de edad.

2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 90 de la Ley 797 de 2003.

La edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.»³²

³¹ Artículo 2.

³² Artículo 4 del Decreto 2090 de 2003.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01522-01 (4084-2017)
Demandante: Amary Mercado Aguirre

De la misma forma, contempló un régimen de transición en el artículo 6, para quienes a su entrada en vigencia, esto es, el 28 de julio de 2003³³, tuvieran por lo menos 500 semanas de *cotización especial* señalando que tendrían derecho a que la pensión se les reconociera en las mismas condiciones previstas en las normas especiales para actividades de alto riesgo que se venían aplicando, cuando cumplieran el mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003. Y en el párrafo dispuso que se podrían reclamar estos derechos quienes se encontraran en el régimen de transición y cumplieran además «los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003.»

Es importante señalar que el inciso primero del artículo transcrito fue declarado exequible condicionadamente por la Corte Constitucional mediante sentencia C-633 de 29 de agosto de 2007, «en el entendido de que para el cómputo de las “500 semanas de cotización especial”, se podrán acreditar las semanas de cotización efectuadas en cualquier actividad que hubiere sido calificada jurídicamente como de alto riesgo» y no solamente las cotizaciones derivadas del Decreto 1282 de 1994.

4. Caso concreto

En el expediente se encuentra demostrado que la señora Amary Mercado Aguirre nació el 1 de febrero de 1960 (ff. 92 y 93 C. ppal.)

El 24 de mayo de 2006, el jefe del Grupo de Situaciones Administrativas de la Dirección de Talento Humano de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil certificó³⁴ que la demandante presta sus servicios a dicha entidad desde el 27 de enero de 1986, haciendo sus aportes a pensión a Cajanal, en el siguiente orden:

Cargos Desempeñados	Desde	Hasta
Operador de Radioteletipo Grado 07	27-01-86	21-10-87
Radioperador Aeronáutico Grado 08	22-10-87	01-09-88
Radioperador Aeronáutico Grado 10	02-09-88	08-02-89
Radioperador Aeronáutico Grado 12	09-02-89	31-01-94
Técnico Aeronáutico III 22-18	01-02-94	25-08-97
Técnico Aeronáutico IV Grado 21	26-08-97	30-11-03
Técnico Aeronáutico V Grado 23	01-12-03	05-12-05
Técnico Aeronáutico VI Grado 25	06-12-05 ³⁵	

En los folios 96 y 97 la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil certificó que la demandante «desempeña en esta área funciones TÉCNICAS CON FINES

³³ Esta norma rige a partir de su publicación, según lo prevé el artículo 11, lo cual sucedió en el Diario Oficial N.º 45.262, de 28 de julio de 2003.

³⁴ F. 5 C. ppal.

³⁵ Para el momento de la expedición de la certificación prestaba sus servicios en el Grupo Operativo Regional Valle.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01522-01 (4084-2017)
Demandante: Amary Mercado Aguirre

EXCLUSIVAMENTE AERONÁUTICOS como **RADIOOPERADOR DENTRO DEL SERVICIO FIJO AERONÁUTICO [...]**», además, relacionó las funciones que ella desempeña.

Por medio de la Resolución PAP041685 del 28 de febrero de 2011³⁶, Cajanal EICE en Liquidación le negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por considerar que la actora debía pensionarse una vez cumpliera con los requisitos previstos por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, puesto que no es beneficiaria del régimen de transición previsto por el Decreto 1835 de 1994, ni de lo señalado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

La anterior decisión fue confirmada por la Resolución PAP 050638 del 27 de abril de 2011³⁷, en la que reiteró el razonamiento previamente expuesto.

Visto lo anterior, la Subsección analizará cuál es el régimen pensional aplicable a la señora Amary Mercado Aguirre, quien en la demanda afirmó que su situación se regula por la Ley 7 de 1961 y el artículo 6 del Decreto 1372 de 1966, por estar en la transición del Decreto 2090 de 2003 y del Decreto 1835 de 1994, lo cual se hará confrontando los supuestos fácticos probados con los normativos, de la siguiente manera:

1. Régimen de transición artículo 7 Decreto 1835 de 1994

En el siguiente cuadro se resumen las exigencias para ser acreedor de este régimen.

Para el 4 de agosto de 1994	35 años, si son mujeres o 40 si son hombres	Y	controlador de tránsito aéreo o radioperador
	O		O Los servidores que a 31 de diciembre de 1993 se encontraban incorporados a la planta de personal del sector aeronáutico.
	10 o más años de servicio prestados o cotizados	Y	Controladores de tránsito aéreo o radioperadores
			O Los servidores que a 31 de diciembre de 1993 se encontraban incorporados a la planta de personal del sector aeronáutico.

³⁶ Ff. 6 a 10 C. ppal.

³⁷ Ff. 12 a 16 C. ppal.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01522-01 (4084-2017)
Demandante: Amary Mercado Aguirre

De acuerdo con lo anterior, la señora Amary Mercado Aguirre no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la norma en comento, comoquiera que para el 4 de agosto de 1994 no había cumplido 35 años edad, pues tenía 34, y tampoco había completado 10 años de servicio, dado que solamente demostró 8 años, 6 meses y 7 días.

2. Régimen de transición del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003

En este apartado, es oportuno referirse a la interpretación que ofrece el agente del Ministerio Público, al exponer que según la sentencia C-663 de 2007, el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe examinarse a partir de la vigencia del Decreto 2090 de 2003, asunto frente al cual la Subsección advierte que la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

«Finalmente, en el caso de los trabajadores de alto riesgo que por sus circunstancias particulares estuvieren amparados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, es claro que el artículo 36 de esa ley es una disposición jurídica vigente, exigible plenamente por quien se encuentre cobijado por ella. En consecuencia, el régimen de transición previsto en el Decreto 2090 de 2003, - que hoy se acusa -, resulta ser un régimen de transición distinto al de la Ley 100 de 1993, lo cual plantea cuestiones atinentes a la aplicación del régimen más favorable al trabajador.»

Esta norma ha sido analizada por la jurisprudencia de esta Corporación³⁸, para señalar que acreditar 500 semanas de cotización en actividades de alto riesgo para la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, concede el derecho a acceder a la prestación en los términos de la norma inmediatamente anterior, esto es, el Decreto 1835 de 1994, y lo que debe entenderse del párrafo del artículo 5 del Decreto 2090 de 2003 es que la intención del legislador fue la de adicionar este requisito en armonía con el régimen general de pensiones.

Igualmente, interpretó que el exigir, adicionalmente, estar cobijado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resulta desproporcionado y más gravoso cuando el servidor aspira al reconocimiento en los términos del Decreto 1835 de 1994, por cuanto conllevan una situación más desventajosa en virtud del tránsito legislativo. Adicionalmente, destacó que la finalidad de un régimen de transición consiste en que el legislador defina un sistema de protección para que los cambios producidos por un cambio en la normatividad no afecten a quienes, pese a no haber adquirido el derecho

³⁸ En este sentido se puede ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 29 de junio de 2017, radicación: 08001-23-33-000-2012-00082-01(0391-14), demandante: Gilberto Antonio Rondón Sepúlveda.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01522-01 (4084-2017)
Demandante: Amary Mercado Aguirre

a la pensión porque les falta reunir todos los requisitos, sí tiene una expectativa legítima de adquirir el derecho.

Así las cosas, se ha entendido que como el artículo 6 del Decreto 2090 de 2003 establece unos supuestos para la transición de un régimen especial y al mismo tiempo para un régimen general, se debe dar la interpretación que más favorezca al servidor, es decir, la que permite la aplicación preferente de la regla de transición que le posibilite el reconocimiento de su pensión especial de vejez, con fundamento en el principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, para lo cual se destaca el siguiente aparte de la mencionada sentencia C-663 de 2007: «en el hipotético caso en que en una situación concreta un trabajador se vea amparado por ambos regímenes de transición, el de la Ley 100 y el del Decreto 2090 de 2003-, lo cierto es que al existir dos normas vigentes y aplicables para una misma situación, debe prevalecer a la luz de la Constitución aquel régimen que resulte más favorable y benéfico para el trabajador involucrado, por tratarse de disposiciones pensionales.».

De esta manera, cuando resulta más favorable, se ha optado por dar aplicación al primer inciso del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003 cuando se acreditan 500 semanas de cotización en actividades de alto riesgo al 28 de julio de 2003, fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003³⁹. En consecuencia, los siguientes son los requisitos de la transición en comento:

Para el 28 de julio de 2003	Cuando menos 500 semanas en cualquier actividad que haya sido calificada jurídicamente como de alto riesgo
Cotizaciones	Deben cumplir con “ <i>el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión</i> ”, esto es, un mínimo de 1000 semanas, como lo establece el numeral 2 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Este mínimo de 1000 semanas de cotización debe entenderse como requisito necesario para ser beneficiario de la transición y no como un requisito para acceder al derecho pensional ⁴⁰ .

Así, cumplido lo anterior tendrán el derecho a que la pensión les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo, que para el caso de los servidores públicos es el Decreto 1835 de 1994, artículo 6.⁴¹

³⁹ En este mismo sentido, se pueden consultar, entre otras, las sentencias de la Subsección B, sentencia de 12 de junio de 2014, número interno: 3287-2013 y de la Subsección A, sentencia de 22 de abril de 2015, número interno: 2555-13.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 29 de junio de 2017, radicación: 08001-23-33-000-2012-00082-01(0391-14), demandante: Gilberto Antonio Rondón Sepúlveda.

⁴¹ Así delimitó la regla de interpretación la sentencia del 29 de julio de 2017: «La Sala debe precisar que la hermenéutica del inciso primero del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003 en el que se fijan los requisitos o condiciones del régimen de transición especial para actividades de alto riesgo, permite señalar: i) que son beneficiarios del régimen de transición especial quienes a 28 de julio de 2003, fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, hubieren cotizado cuando menos 500 semanas en cualquier actividad que haya sido calificada jurídicamente como de alto riesgo; ii) estas personas deben cumplir con “el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión”,



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01522-01 (4084-2017)
Demandante: Amary Mercado Aguirre

No desconoce esta Subsección que la regla de interpretación propuesta se aparta de la que en anteriores providencias se había expuesto, como la contenida en la providencia del 12 de junio de 2014 que sostuvo:

«[...] el Decreto 2090 de 2003 al establecer el régimen de transición especial de las actividades de alto riesgo permite a los beneficiarios acceder a la pensión de vejez en las condiciones dispuestas en el régimen anterior excepto en lo que tiene que ver con el tiempo de servicio, dado que la especialidad del régimen exige la acreditación del mínimo de semanas de cotización dispuesto en la Ley 100 de 1993, que es más exigente que el dispuesto en las Leyes anteriores, dado que pasó de 20 años a 1050 semanas en 2005 y 25 adicionales por año desde el 2006 hasta llegar a 1300 en 2015»⁴².

Luego, en sentencia de 22 de abril de 2015, la Subsección A, aplicó el régimen de transición previsto en el inciso primero del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003, refiriéndose al requisito de cumplir el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003, como el equivalente al previsto en el artículo 9 de la citada Ley 797, esto es, 1000 semanas⁴³.

Lo anterior, llevó a la Subsección B a precisar la regla hermenéutica del inciso primero del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003 en los términos ya señalados, la cual se acoge en esta oportunidad puesto que expone una interpretación de la norma que se acompasa en mayor medida con el principio de favorabilidad del artículo 53 de la Carta, según el cual, si una norma tiene varias interpretaciones posibles se debe optar por la que resulte más favorable al trabajador.

En esas condiciones, el reconocimiento pensional de la señora Amary Mercado Aguirre debe hacerse en las condiciones establecidas en el Decreto 1835 de 1994, puesto que para el 28 de julio de 2003 contaba con 922 semanas cotizadas en actividades de alto riesgo⁴⁴, esto es, acreditó el mínimo de las 500 semanas exigidas por el primer inciso del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003.

Conclusión: El régimen pensional aplicable a la señora Amary Mercado Aguirre es el

esto es, un mínimo de 1000 semanas, como lo establece el numeral 2 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Este mínimo de 1000 semanas de cotización debe entenderse como requisito necesario para ser beneficiario de la transición y no como un requisito para acceder al derecho pensional; iii) una vez cumplido el número mínimo de mil semanas de cotización, tendrán el derecho a que la pensión les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo, que para el caso de los servidores públicos es el Decreto 1835 de 1994, artículo 6º. »

⁴² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 12 de junio de 2014 Radicación: 050012331000201200100-01(3287-2013), demandante: Jaime Alberto Villamil Castro.

⁴³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 22 de abril de 2015, radicación: 250002325000201100807-01(2555-2013); demandante: Fernando Sandoval Cabrera.

⁴⁴ De acuerdo con el parágrafo 2 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 «Para los efectos de las disposiciones contenidas en la presente ley, se entiende por semana cotizada el periodo de siete (7) días calendario [...]»



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01522-01 (4084-2017)
Demandante: Amary Mercado Aguirre

previsto por Decreto 1835 de 1994, artículo 6, comoquiera que se encuentra dentro del supuesto del régimen de transición señalado por el inciso primero del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003.

Segundo y tercer problemas jurídicos

¿La demandante cumple con los requisitos para el reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación bajo los supuestos del régimen especial de pensiones aplicable a algunos servidores de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil?

¿La liquidación de la prestación se debe efectuar en el 75% de la totalidad de los factores salariales recibidos durante el último año de servicio?

Anteriormente quedó expuesto que la señora Amary Mercado Aguirre tiene derecho a que el reconocimiento de su pensión se realice de conformidad con los parámetros del Decreto 1835 de 1994, estos son los indicados por el artículo 6 de dicha norma, a saber:

«Artículo 6º. Requisitos para obtener la pensión de vejez. Los servidores públicos que laboren en las actividades previstas en el numeral 4º del artículo 2º de este Decreto, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando cumplan los siguientes requisitos:

1. a) 55 años de edad y,

b) 1.000 semanas de cotización, de las cuales por lo menos 500 semanas hayan sido cotizadas en las actividades señaladas en el numeral 4º del artículo 2º de este Decreto.

La edad para el reconocimiento de la pensión especial de vejez se disminuirá un año por cada sesenta (60) semanas de cotización, adicionales a las primeras 1.000 semanas, sin que la edad pueda ser inferior a 50 años, o,

2. a) 45 años de edad y,

b) 1.000 semanas cotizadas en forma continua o discontinua en las actividades señaladas en el numeral 4º del artículo 2º de este Decreto. »

A continuación, se analizará si la actora cumple con las anteriores exigencias:

La norma impone 45 años de edad, cuando el servidor ha cotizado 1000 en las actividades de alto riesgo descritas en el artículo 2, numeral 4, esto es, controladores de tránsito aéreo y radioperadores.

En el presente caso, se advierte que la señora Amary Mercado Aguirre cumplió 45



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01522-01 (4084-2017)
Demandante: Amary Mercado Aguirre

años el 1 de febrero de 2005, momento para el cual se encuentra demostrado que había laborado como radioperador por 19 años y 5 días, esto es, un total de 988 semanas, es decir, cumplió 1000 semanas el 27 de abril de 2005, lo cual le permite acceder a la prestación, entonces se concluye que para esta fecha obtuvo su estatus pensional, como lo indicó el *a quo*.

Ahora, de acuerdo con lo informado por el RUAF⁴⁵ ella aún es cotizante activo a Colpensiones⁴⁶, motivo por el cual, la efectividad del pago de la prestación debe tenerse desde que acredite el retiro definitivo de servicio y no hay lugar a ordenar el pago de retroactivo alguno.

De otra parte, el ingreso base de la liquidación de la pensión debe definirse en atención a lo señalado en el artículo 13 del Decreto 1835 de 1994, que dispone:

«ARTICULO 13. BASE DE COTIZACIÓN E INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. La base para calcular las cotizaciones de los funcionarios y el ingreso base de liquidación serán los establecidos en los artículos [18](#) y [21](#) de la Ley 100, y sus reglamento».

LEY 100 DE 1993

«ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo».

De igual forma, como el Decreto 1835 de 1994 no regula lo relacionado con la tasa de retorno, se deberá dar aplicación a lo señalado por el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, que dispone:

«El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este

⁴⁵ <https://ruaf.sispro.gov.co/AfiliacionPersona.aspx>

Afiliaciones de una Persona en el Sistema						
<input type="checkbox"/>						
INFORMACIÓN BÁSICA						Fecha de Corte: 2020-01-31
Número de Identificación CC 31153935	Primer Nombre AMARY	Segundo Nombre	Primer Apellido MERCADO	Segundo Apellido AGUIRRE	Sexo F	
AFILIACIÓN A SALUD						Fecha de Corte: 2020-02-01
Administradora COOMEVA E.P.S. S.A.	Régimen Contributivo	Fecha Afiliación 01/09/2014	Estado de Afiliación Activo	Tipo de Afiliado COTIZANTE	Departamento -> Municipio PALMIRA	
AFILIACIÓN A PENSIONES						Fecha de Corte: 2020-01-31
Régimen PENSIONES PRIMARIA MEDIA	Administradora Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES	Fecha de Afiliación 2010-02-25	Estado de Afiliación Activo cotizante			



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01522-01 (4084-2017)
Demandante: Amary Mercado Aguirre

porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

A partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.»

Conviene precisar que los factores salariales a tener en cuenta deben ser los previstos en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales hubiere cotizado.

En relación con el argumento de la apelación de la demandante, según el cual debe aplicarse la sentencia del 18 de febrero de 2016⁴⁷ para efectos de liquidar la prestación en el 75% de la totalidad de los factores salariales recibidos durante el último año de servicio, los términos de la Ley 7 de 1961 y del artículo 6 del Decreto 1372 de 1966, debe decirse que no es viable acceder a tal petición, si se tiene en cuenta que la situación fáctica que allá se analizó es distinta a la que aquí se estudia, dado que en aquella oportunidad se trataba de un servidor que por encontrarse en el régimen de transición del Decreto 1835 de 1994, tenía derecho a la prestación en los términos de las normas anteriores, estas son la Ley 7 de 1961 y el Decreto 1372 de 1966.

Conclusión: La demandante cumple con los requisitos para el reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación bajo los supuestos del régimen especial de pensiones previsto por el Decreto 1835 de 1994, artículo 6, aplicable a los radioperadores de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de acuerdo

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 18 de febrero de 2016, radicación 25000-23-42-000-2013-00651-01 (4449-2013), demandante: Vicente Murillo Fernández



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01522-01 (4084-2017)
Demandante: Amary Mercado Aguirre

con el cual, ella adquirió el estatus pensional el 27 de abril de 2005, no obstante, el pago debe hacerse efectivo a partir del momento en que acredite su retiro definitivo del servicio.

Adicionalmente, la liquidación de la prestación no se debe efectuar en el 75% de la totalidad de los factores salariales recibidos durante el último año de servicio, como lo pide la demandante sino que aquella debe seguir los parámetros señalados por la Ley 100 de 1993, en relación con el ingreso base de liquidación (art. 21) y el monto (art. 34), con los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los cuales hubiere cotizado.

Decisión

La Subsección considera que se impone confirmar la sentencia de primera instancia proferida el 2 de marzo de 2017 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala Mixta, que declaró la nulidad de la Resolución PAP 041685 del 28 de febrero de 2010, por medio de la cual el gerente de Cajanal en Liquidación negó el reconocimiento de una pensión especial de vejez, y de la Resolución PAP 050638 del 27 de abril de 2011, por la cual el mismo funcionario confirmó la anterior decisión, al resolver el recurso de reposición formulado contra el anterior y ordenó pagar la pensión especial de jubilación a la señora Amary Mercado Aguirre de conformidad con las disposiciones contenidas en el artículo 13 del Decreto 1835 de 1994, en concordancia con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, efectiva a partir del retiro efectivo del servicio.

Se adicionará para expresar que el monto de la prestación debe establecerse conforme el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, con los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los cuales hubiere cotizado.

Condena en costas

Toda vez que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de condena en costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna procedió de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

Reconocimiento de personería

Se reconocerá personería a la abogada Karina Vence Peláez, identificada con C.C. 42.403.532 de San Diego, Cesar, y T.P. 81.621 del C.S. de la J., como apoderada de



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01522-01 (4084-2017)
Demandante: Amary Mercado Aguirre

la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, en los términos y para los efectos del poder conferido en el folio 315 del cuaderno principal del expediente.

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

FALLA

Primero: Adicionar la sentencia de primera instancia proferida el 2 de marzo de 2017 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala Mixta, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, para precisar que el monto de la prestación debe establecerse conforme el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, con los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales hubiere efectuado cotizaciones.

Segundo: Confirmar en todo lo demás.

Tercero: Sin condena en costas.

Cuarto: Reconocer personería a la abogada Karina Vence Peláez, identificada con C.C. 42.403.532 de San Diego, Cesar, y T.P. 81.621 del C.S. de la J., como apoderada de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, en los términos y para los efectos del poder conferido en el folio 315 del cuaderno principal del expediente.

Quinto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

Notifíquese y cúmplase.

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01522-01 (4084-2017)
Demandante: Amary Mercado Aguirre

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ