

Doctora:

María Claudia varona Ortiz

Juez sexta Administrativo Del Circuito de Popayán
E.S.D.

38

**JUZGADO 6 ADMINISTRATIVO
POPAYAN - CAUCA**

RECIBIDO

HORA: 4:10

FECHA: 27 NOV 2013

RECIBIÓ: [Firma]

Expediente: 2013-000327-00

Referencia: Corrección De La Demanda

Demandante: Alianza Fiduciaria S.A. en Calidad de vocera y administradora de remanentes de la E.S.E. ANTONIO NARIÑO

Demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA- ESE CENTRO 1

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ÁLVARO EMIRO FERNÁNDEZ GUISSAO, identificado como aparece al final, al pie de mi firma, respetuosamente me dirijo a este Honorable Juzgado, mediante el presente escrito, presento la corrección de la demanda según lo determina el auto T- 956, la demanda ordinaria administrativa contra Alianza Fiduciaria S.A. en calidad de vocera y administradora de remanentes de la E.S.E. ANTONIO NARIÑO, en ejercicio del Medio De Control De Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho; conforme los siguientes términos:

I. CAPÍTULO PRIMERO
DESIGNACIÓN DE LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES

1. PARTE DEMANDANTE: Está constituida por la señora PATRICIA DEL CONSUELO ORDÓÑEZ DE GÓMEZ, mayor, domiciliada en esta ciudad, identificada con C.C. No. 21.069.830 de Usaquén (Bogotá).
2. APODERADO DE LA PARTE DEMANDANTE: El suscrito ÁLVARO EMIRO FERNÁNDEZ GUISSAO, identificado con C.C. No. 94.414.913 de Cali, abogado titulado y en ejercicio con T.P. No. 147.746 del C.S. de la J.
3. PARTE DEMANDADA: Es demandada Alianza Fiduciaria S.A. en calidad de vocera y administradora de remanentes de la E.S.E. ANTONIO NARIÑO, representada legalmente por su Presidente, Dr. LUIS FERNANDO GUZMAN ORTIZ o quien haga sus veces en cada momento procesal.

II. CAPÍTULO SEGUNDO
HECHOS U OMISIONES FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN

1. Mi mandante nació el 12 de julio de 1956. Se anexa copia auténtica del registro Civil de Nacimiento. (ver folio No. 3).
2. Prestó sus servicios al Departamento del Cauca entre el 4 de febrero de 1981 y el 2 de febrero de 1982. Se anexa copia de las certificaciones de tiempo de servicios y salarios, expedidas por el Departamento del Cauca de 28 de junio de 2011. (ver folios No. 4 a 8).
3. En ese periodo de prestación de servicios, estuvo afiliada a la Caja Nacional de Previsión Social.
4. Prestó sus servicios a la Caja de Compensación Familiar del Cauca entre el 16 de marzo de 1982 y el 17 de marzo de 1985.

69

- 5. En ese periodo de prestación de servicios, estuvo afiliada al Instituto Colombiano de Seguros Sociales.
- 6. Se vinculó por concurso como Funcionaria de la Seguridad Social al Instituto Colombiano de Seguros Sociales el 18 de marzo de 1985.
- 7. Laboró en esta entidad hasta el 25 de junio de 2003. Se anexa copia del Certificado de Información Laboral No. 336 de 28 de junio de 2011; Copia del Certificado de Información Laboral de 8 de octubre de 2007 y constancia de tiempo de servicios de 6 de julio de 2007, expedido por el Instituto de Seguros Sociales Seccional Cauca. (ver folios No. 9 a 12).
- 8. En ese periodo de prestación de servicios, estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales.
- 9. Se encuentra comprendida en el régimen de transición pensional de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues a 1 de abril de 1994, tenía más de 35 años de edad.
- 10. Por Decreto 1750 del 26 de junio de 2003, se escindió el Seguro Social y todas sus Clínicas y Centros de Atención Ambulatoria -CAA-, esto es, toda el área de prestación de servicios de salud en los Departamentos de Valle, Cauca y Nariño, como consecuencia de la escisión, quedó convertido en una Empresa Social del Estado denominada Antonio Nariño (ESE).
- 11. La demandante fue incorporada sin solución de continuidad a la ESE Antonio Nariño como empleada pública y laboró hasta el 6 de noviembre de 2006. Se anexa copia de la liquidación de prestaciones sociales definitivas expedida por la ESE Antonio Nariño y copia de la Historia Laboral expedida por el ISS de 12 de julio de 2011. (ver folios No. 13 a 24).
- 12. En suma, laboró en las siguientes empresas privadas y entidades públicas y en los periodos que a continuación se relacionan:

	Entidad del Estado	Periodo de servicios	Total días	Total semanas	Total tiempo de servicios
1	Departamento del Cauca	4-febrero-1981 a 2-febrero-1982	359	51,2857	11 meses 29 días
2	Caja de Compensación Familiar del Cauca	16-marzo-1982 a 17-marzo-1985	1082	154,57	3 años 2 días
3	Instituto de Seguros Sociales Seccional Cauca	18-marzo-1985 a 25-06-2003	6728	961,1428	18 años 3 meses 8 días
4	ESE Antonio Nariño	26-junio-2003 a 6-noviembre-2006	1211	173	3 años 4 meses 11 días
Total Laborado en entidades públicas			8298	1185,428	
Total Laborado en todas el tiempo de prestación de servicios			9380	1340	

- 13. El Decreto ley 1750 de 2.003 fue demandado y se promulgaron las sentencias de constitucionalidad C-314 y C-349 de 2.004, según las cuales los trabajadores incorporados a la ESE conservan los derechos que tenían en el ISS.
- 14. A pesar de la expedición del acto legislativo 01 de 2005, la actora continuó siendo beneficiaria del régimen de transición pensional de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993.
- 15. Por haber completado los requisitos para obtener el beneficio de la Pensión de Jubilación, la ESE Antonio Nariño le otorgó dicho beneficio, por medio de la Resolución No. 0012 de 2 de enero de 2007.

70

16. La anterior pensión tuvo como fundamento en el Decreto Ley 1653 de 1977 y para efectos de obtener el IBL tomó lo dispuesto en el inciso 3° del Art. 36 de la Ley 100 de 1993. Se anexa copia auténtica de la Resolución No. 0012 de 2 de enero de 2007 expedida por la ESE Antonio Nariño. (ver folios No. 25 a 32).
17. El monto de la primera mesada pensional reconocida equivale a la suma de \$2'355.470.00.
18. El reconocimiento pensional se le liquidó la pensión sin tener en cuenta el régimen legal aplicable de manera integral del decreto 1653 de 1977, que en sus artículos 19 y 21 establecen que la pensión se reconocerá sobre los factores allí mencionados teniendo como IBL el último año de servicios.
19. De esta manera, la ESE tomó como base para liquidar los salarios los últimos diez (10) años de servicios de la demandante.
20. Si se tiene en cuenta el artículo 19, es decir, teniendo en cuenta 20 años al servicio en el ISS, con el IBL del último año y el 100%, la primera mesada pensional equivaldría a \$3'658.679.00
21. Si se tiene en cuenta el artículo 21, es decir, teniendo en cuenta 20 años al servicios a entidades del Estado acumulado con el tiempo de servicios del ISS, con el IBL del último año y el 75%, la primera mesada pensional equivaldría a \$2'743.784.00.
22. Si se tiene en cuenta el régimen de transición pensional de que trata la ley 33 de 1985, la primera mesada pensional equivaldría a \$2'743.784.00, teniendo en cuenta el 75% del promedio del último año de servicios.
23. Cualquiera de las formas anteriores según el régimen aplicable, en más favorable que la pensión que la ESE le reconoció a la actora.
24. Por decreto 3870 de 3 de octubre de 2008, se suprimió y liquidó la ESE Antonio Nariño.
25. La entidad encargada de las obligaciones de la extinta ESE con respecto de las pensiones, fue la Alianza Fiduciaria S.A. en calidad de vocera y administradora de remanentes de la E.S.E. ANTONIO NARIÑO.
26. Por estar en desacuerdo con la liquidación de su pensión, la actora solicitó por escrito a la ESE la reliquidación de su pensión para que se aplicara el decreto 1653 de 1977 en su totalidad. Se anexa copia de la reclamación hecha por la actora a la ESE Antonio Nariño de 18 de junio de 2010. (ver folios No. 33 a 35).
27. La ESE Antonio Nariño no respondió la solicitud hasta la fecha de interposición de esta demanda.
28. Se surtió la Conciliación prejudicial a instancias de la Procuraduría 39 Judicial II para Asuntos Administrativos, quien declaró fracasado el intento conciliatorio. Se anexa Certificación No. 104 de 4 de septiembre de 2013, expedida por la Procuraduría 39 Judicial II para Asuntos Administrativos. (ver folios No. 36 y 37).

III. CAPÍTULO TERCERO DECLARACIONES Y CONDENAS

71

Pretende el actor que previo el seguimiento del proceso respectivo, pronuncien en sentencia definitiva las siguientes o similares declaraciones:

- 1) Declarar la Nulidad parcial la Resolución No. 0012 de 2 de enero de 2007, expedida por la ESE Antonio Nariño, por medio de la cual se resuelve una solicitud de Pensión Mensual Vitalicia de Jubilación a la señora Patricia del Consuelo Ordóñez de Gómez, en tanto no se aplicó de manera integral el régimen del decreto 1653 de 1977.
- 2) Declarar la configuración del silencio administrativo negativo con relación a la petición radicada por la demandante el 18 de junio de 2010, escrito en el cual solicitó la reliquidación demandada.
- 3) Declarar la nulidad del acto ficto o presunto configurado con respecto de la petición radicada por la demandante el 18 de junio de 2010, escrito en el cual solicitó la reliquidación demandada.
- 4) Declarar que la actora tiene derecho a que se le reconozca, liquide y pague la pensión de jubilación dispuesta en las normas especiales para los trabajadores de la Seguridad Social, de conformidad con los artículos 19 o 21 del Decreto Ley 1653 de 1977, consistente en el reconocimiento de la pensión de jubilación en cuantía del 100% o 75% del salario devengado en el último año de servicios.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho en que ha sido lesionada la actora,

- 5) Ordenar la reliquidación la pensión de jubilación de la actora de conformidad con lo dispuesto en los artículos 19 o 21 del Decreto Ley 1653 de 1977 consistente en el reconocimiento de la pensión de jubilación en cuantía del 100% o 75% del salario devengado en el último año de servicios, debidamente indexada.

Subsidiaria a la solicitud contenida en este numeral y sin renunciar a ella,

- 6) Ordenar la reliquidación la pensión de jubilación de la actora de conformidad con lo dispuesto en la ley 33 de 1985, consistente en el reconocimiento de la pensión de jubilación en cuantía del 75% del salario devengado en el último año de servicios, debidamente indexada.
- 7) Ordenar el pago de la diferencia resultante del monto pensional reconocido y el resultado obtenido por la reliquidación solicitada conforme a los numerales anteriores o la que resulte más beneficiosa con su respectivo pago retroactivo desde que tuvo derecho.
- 8) Ordenar el pago de los intereses moratorios conforme al artículo 141 de la ley 100 de 1993.
- 9) Ordenar el cumplimiento de conformidad con el C.P.A.y C.A.

IV. CAPÍTULO CUARTO NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE SU VIOLACIÓN

Consideramos conveniente, en atención a establecer la aplicabilidad, al caso controvertido, de las normas positivas y preceptos invocados, realizar las siguientes precisiones con respecto del caso particular:

Mediante decreto 1651 de 1977 en su artículo 3, se clasificó a los trabajadores del Instituto Colombiano de Seguros Sociales en Empleados Públicos, Funcionarios de la Seguridad Social y Trabajadores Oficiales, así:

"Artículo 3°. De los servidores del Instituto de Seguros Sociales. Serán empleados públicos de libre nombramiento y remoción, el Director General del Instituto, el Secretario General, los Subdirectores y los Gerentes Seccionales de la entidad. Tales empleados se sujetarán a las normas generales que rigen para los funcionarios de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Las demás personas naturales que desempeñen las funciones de que trata el artículo precedente, se denominarán funcionarios de seguridad social, con excepción de las personas que cumplan las funciones relacionadas con las siguientes actividades, que serán trabajadores oficiales: aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado de ropa y transporte.

Los funcionarios de seguridad social estarán vinculados a la administración por una relación legal y reglamentaria de naturaleza especial, que les confiere el derecho a celebrar colectivamente con el Instituto convenciones para modificar las asignaciones básicas de sus cargos."

Por Decreto Ley 1653 de 1977, se reconocen las prestaciones de entre ellas la pensión a los funcionarios de seguridad social que prestaron sus servicios al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales.

La actora inició sus labores como funcionaria de seguridad social, al haberse vinculado por concurso de méritos como odontóloga al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales ISS el 18 de marzo de 1985.

Anterior a esta vinculación ya había trabajado como odontóloga en la Dirección Departamental de Salud del Cauca, entidad de derecho público del orden departamental y prestó también los servicios al sector privado en la Caja de Compensación Familiar del Cauca.

En vigencia de la prestación de sus servicios al ISS, se expidió el decreto 416 de 1997, el cual clasificó a los servidores del ISS en empleados públicos y trabajadores oficiales. Esta norma, cambió la naturaleza jurídica de la vinculación de la actora de funcionaria de la seguridad social a trabajadora oficial, así:

"ARTÍCULO 1A. Los servidores del Instituto de Seguros Sociales se clasifican en empleados públicos y trabajadores oficiales.

A. Son Empleados Públicos, las personas que ocupan los siguientes cargos en la planta de personal del ISS:

1. Presidente del Instituto.
2. Secretario General y Seccional.
3. Vicepresidente.
4. Gerente.
5. Director.
6. Asesor.
7. Jefe de Departamento.
8. Jefe de Unidad.
9. Subgerente.
10. Coordinador Clase 1, II, III, IV y V.
11. Jefe de Sección.
12. Funcionarios profesionales de Auditoría Interna, Disciplinaria, Calidad de servicios de Salud y Contratación de Servicios de Salud.
13. Los Servidores Profesionales y Secretarías Ejecutivas del Instituto de los despachos del Presidente, Secretario General o Seccional, Vicepresidente, Gerente y Director.

B. Son Trabajadores Oficiales, las personas que desempeñen en el Instituto los demás cargos.¹

No obstante, la norma mantuvo la posibilidad de que los servidores vinculados antes de la expedición del decreto quienes pasaron a ser trabajadores oficiales, continuaran con los beneficios de los funcionarios de la seguridad social. Así indicó en los artículos 1 a 3 de la norma comentada:

“ARTÍCULO 1o. Las asignaciones básicas mensuales para 1997 de los servidores del Instituto de Seguros Sociales que adquirieron la calidad de empleados públicos, de acuerdo con el Decreto 416 de 1997, serán las señaladas por las disposiciones que para el efecto regulaban el régimen salarial en su anterior clasificación de Funcionario de Seguridad Social.

PARÁGRAFO. A partir del 1o de enero de 1998, las asignaciones básicas mensuales de estos servidores serán las establecidas para los empleados públicos por el Gobierno Nacional, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992.

ARTÍCULO 2o. Los servidores del Instituto de Seguros Sociales de que trata el artículo anterior, conservarán el régimen prestacional y factores salariales que venían disfrutando como Funcionarios de Seguridad Social.

ARTÍCULO 3o. El régimen salarial y prestacional para los demás empleados públicos y los que se vinculen con tal calidad a partir de la vigencia del presente decreto, será el establecido por las normas generales aplicables a los empleados públicos del orden nacional.” (negritas y cursiva a propósito).

En este evento, la demandante nació el 12 de julio de 1956 y por lo tanto, se encuentra cobijada por el Régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto a 1 de abril de 1994 ya contaba con 35 años de edad y mantuvo la garantía de conservar el régimen de transición, pues a la entrada en vigencia el acto legislativo 01 de 2005, contaba con más de 15 años de servicios al sector público.

Es por ello que debe establecerse a qué régimen de pensiones pertenece la demandante de conformidad con el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y en ese evento, decimos que el artículo 1 de la ley 33 de 1985 (que empezó a regir según la sentencia C-932 de 2006, el 13 de febrero de 1985), establece con respecto del régimen de pensiones de los servidores del Estado:

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

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

Es claro entonces que el régimen general establecido por la ley 33 de 1985, que podría llegar a ser el régimen anterior para la demandante, no se aplica por expresa disposición y, ello se denota con claridad, porque los funcionarios de la seguridad social empleados por el ISS, gozaban de un régimen especial de pensiones, lo que le permite a la demandante, verse beneficiada del régimen prestacional y pensional

¹ Los apartes tachados fueron declarados nulos por la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante Sentencia No. 15954 de octubre 28 de 1999, Consejero Ponente: Dr. Silvio Escudero Castro.

del Decreto Ley 1653 de 1977² por medio del cual se rige la pensión de jubilación de los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales y que en su artículo 1º establece claramente que se aplica a los funcionarios de la seguridad social.

Por su parte, indica el mencionado decreto con respecto de las pensiones dos diferentes alcances para el reconocimiento y liquidación, dependiendo de si el empleado completa los requisitos en el ISS o si los completa en otra entidad.

Así establecen los artículos 19 y 21 con respecto de las pensiones de los funcionarios de la seguridad social:

"ARTÍCULO 19. DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN. El funcionario de seguridad social que haya prestado servicios durante veinte años continuos o discontinuos al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco años si es varón o de cincuenta si es mujer, tendrá derecho al reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación. Esta pensión equivaldrá al ciento por ciento del promedio de lo percibido en el último año de servicios por concepto de los siguientes factores de remuneración:

- a) Asignación básica mensual.
- b) Gastos de representación.
- c) Primas técnica, de gestión y de localización.
- d) Primas de servicios y de vacaciones.
- e) Auxilios de alimentación y de transporte.
- f) Valor del trabajo en dominicales y feriados, y
- g) Valor del trabajo suplementario o en horas extras.

No obstante lo anterior, cuando hubiere lugar a la acumulación de las pensiones de jubilación y de retiro por vejez, por ningún motivo podrá recibirse en conjunto, por uno y otro concepto, más del ciento por ciento del promedio a que se refiere el presente artículo. Por consiguiente, en dicho caso el monto de la pensión de jubilación será equivalente a la diferencia entre el referido porcentaje y el valor de la pensión de vejez."

ARTÍCULO 21. DE LA ACUMULACIÓN DEL TIEMPO DE SERVICIOS. Los servicios prestados sucesiva o alternativamente en las demás entidades de derecho público podrán acumularse para el cómputo del tiempo requerido para tener derecho a pensión de jubilación, y el monto correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo laboral en cada una de tales entidades.

En este caso, la cuantía de la pensión será del setenta y cinco por ciento del promedio de lo percibido en el último año de servicio por concepto de todos los factores de remuneración que constituyen salario.

Siempre que conforme en lo dispuesto en el presente artículo proceda la acumulación, el Instituto tendrá derecho a repetir contra las entidades obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda. El proyecto de liquidación será notificado a los respectivos organismos."

Ahora bien, de los hechos podrá establecerse que por decreto 1750 de 2003, que ordenó la escisión del ISS, la demandante pasó sin solución de continuidad a la ESE Antonio Nariño como empleada pública.

A pesar de haberse determinado en la norma indicada una trasgresión a los derechos de los trabajadores del ISS, la Corte Constitucional declaró ajustadas a derecho los artículos de este decreto por medio de sentencias C-314 y C-349 de 2004, en las cuales se indicó que deben respetarse los derechos de los trabajadores que pasaron a las ESE's creadas.

Así indicó la Corte:

² Publicado en el Diario Oficial No. 34.840 del 5 de agosto de 1977. Por el cual se establece el régimen especial de prestaciones sociales de los funcionarios de seguridad social que prestan sus servicios al Instituto de Seguros Sociales.

75

"Se tendrán como derechos adquiridos en materia prestacional las situaciones jurídicas consolidadas, es decir, aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, las cuales no podrán ser afectadas" era inexequible, por restringir el ámbito constitucional de protección de los derechos adquiridos, el cual trascendía la simple definición contenida en el artículo 18." (Subrayas fuera del texto original)

Más adelante reiteró la Corte lo que ya había señalado en la sentencia C-3 14 de 2004, dando mayor claridad al alcance de su estudio de constitucionalidad de la norma y, por contera, de los trabajadores de las nuevas entidades, al decir:

"...A juicio de la corporación, la circunstancia que produce el desconocimiento de derechos laborales no radicó en el hecho del que automáticamente y sin solución de continuidad los trabajadores oficiales se incorporen como empleados públicos a la nueva planta de personal (o que simplemente en la misma condición antes ostentado de trabajadores oficiales pasen a formar parte de ella.), sino que dicho desconocimiento de garantías proviene de la definición de derechos adquiridos acogida por el legislador en el aparte final del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003, que la sentencia aludida indicó, implicaba la desprotección de las garantías salariales y de las convencionales.

"Las expresiones automáticamente y sin solución de continuidad contrariamente a lo aducido por los demandantes, pretenden asegurar la garantía de estabilidad laboral y los demás derechos laborales de los trabajadores, al permitir que no pierdan sus puestos de trabajo ni vean interrumpida la relación empleador — trabajador. con ello se obtiene que, en virtud de esta permanencia, dichos trabajadores puedan seguir disfrutando de los beneficios convencionales mientras los mismos mantengan vigencia y, además, seguir cobijados por los regímenes de transición pensional, durante este mismo lapso. Sin esta continuidad en la relación de trabajo no estarían aseguradas estas garantías laborales, puesto que al romperse el vínculo empleador-trabajador, en principio cesan las obligaciones del primero para con el segundo, derivadas de la convención colectiva vigente.

Por todo lo anterior, lo Corte no estima que las expresiones acusadas' contenidas en el artículo 17 y en el párrafo del artículo 18 del Decreto 1 750 de 2003 tengan la virtualidad de desconocer las garantías de asociación sindical y de negociación colectiva por implicar la pérdida de los derechos emanados de la convención vigente.

No obstante para impedir que las mismas puedan ser interpretadas en el sentido según el cual la automaticidad en el traslado del régimen de trabajadores oficiales a empleados públicos y la incorporación sin solución de continuidad a las nuevas plantas de personal acarrea la pérdida de derechos laborales salariales o prestacionales adquiridos de garantías convencionales Corte declarará su exequibilidad bajo el entendido que se respeten dichos derechos adquiridos, conforme a lo dispuesto en la C-314 de 2004." (Subrayas fuera del texto original).

En este sentido, la conservación de los derechos adquiridos implica que los derechos que tenían los trabajadores oficiales en el ISS los conservaron en la ESE. De este modo, sigue aplicándose el régimen de los funcionarios de la seguridad social de que trata el decreto 1653 de 1977, en este caso, para la procedencia de la aplicación del artículo 19.

Por ser este un régimen pensional especial para los funcionarios de la seguridad social, debe ser aplicado integralmente sin escindir la norma y acogiendo lo dicho en reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, en reiterados pronunciamientos, de los cuales se puede destacar:

"Por lo anterior estima la Sala que, el *a quo* al haber ordenado la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante señor José Manuel Acosta Maestre aplicando íntegramente el Decreto 1653 de 1977, no hizo nada más que ajustarse al ordenamiento legal y constitucional vigente, pues, cuando se implora el régimen de transición con el objetivo de aplicar la normatividad vigente que abriga la situación pensional del beneficiario, debe cobijar los presupuestos de edad y tiempo de servicio ineludibles para acceder al derecho pensional, al igual que el monto y base de liquidación del mismo, debiéndose, en principio, acudir a la disposición especial en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta ser más favorable para el beneficiario de la prestación.

Por ende, como el Decreto 1653 de 1977 regula uno de los aspectos referente a que el período base de la liquidación pensional corresponde al del último año de servicios, era por tanto válido disponer que la entidad accionada tenga en cuenta dicho interregno, lo que conduce a que no se pueda acceder a los argumentos expuestos en el recurso de alzada para revocar la decisión de primera instancia.”³

Es importante señalar que este régimen dispone que los trabajadores de la Seguridad Social se pensionarán con el 100% o 75% del salario percibido por el trabajador en el último año de servicio régimen del cual también es beneficiaria la actora, por lo tanto, al existir variedad de normas vigentes y aplicables al caso en concreto, se debe de tener para efectos de reconocimiento la norma más favorable, la aplicación más beneficiosa y la interpretación más favorable al trabajador en respeto a los principios constitucionales sobre los cuales se sustenta esta demanda.

La actora cumplió la edad requerida posterior a su vinculación con el ISS, no obstante, siguió siendo beneficiaria de la pensión establecida en la norma transcrita. Esta interpretación de la norma se puede dar a partir de la interpretación jurisprudencial recogida por el H Consejo de Estado en sentencia de la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA CP. Dr. ANA MARGARITA OLAYA FORERO Bogotá, D.C., trece (13) de marzo de dos mil tres (2003), Rad: 17001-23-31-000-1999-0627-01(4526-01) y en la cual se refirió de la siguiente manera en el tema de los requisitos para el nacimiento del derecho pensional, en la cual acoge a lo dicho por la H Corte Suprema de Justicia y en la cual se dijo:

“...Es más, en algunos casos ninguna relevancia tiene este requisito de la edad para poder exigir el derecho a la pensión, como sucede en la sustitución pensional y en la pensión de sobrevivientes (Ley 12 de 1975 art. 1º y Ley 100 de 1993, art. 46) casos en los cuales el derecho a la prestación por parte de sus beneficiarios, se otorga una vez ocurra el fallecimiento del cónyuge o compañero permanente, siempre y cuando se acredite el tiempo de servicios o las cotizaciones exigidas por el legislador. No se requiere en estos casos que el causante tenga la edad cronológica para la prestación. Basta leer las precitadas normas para concluir que la edad ninguna significación tiene para que los beneficiarios se hagan acreedores a la sustitución de la pensión.

La Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, al juzgar un caso de pensión restringida de jubilación, señaló:

"En torno a la inconformidad del recurrente referente a que la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario después de 15 años de servicio no se configura por la sola renuncia y el tiempo servido, sino que requiere además el cumplimiento de la edad señalada en las normas legales, la Corte se ha pronunciado repetidamente rechazando esa tesis, fundada en que la manera como se encuentra prevista dicha garantía en el inciso segundo del artículo 8 de la Ley 171 de 1961 indica con toda lógica que son precisamente el tiempo de servicios y la voluntad del trabajador los que determinan el nacimiento del derecho pensional, habida consideración que la edad es únicamente una condición para la exigibilidad de esa prestación más en modo alguno de su configuración. Así puede verse, entre otras, en las sentencias de 24 de octubre de 1990, radicación 10548, 23 de junio de 1999, radicación 11732, 204 de enero de 2002, radicación 17265 y 14 de agosto de 2002, radicación 16784.

En este punto es importante tener en cuenta que la pensión de jubilación o la de vejez, en cualquiera de los dos regímenes, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-546 de 1992, es un salario diferido del trabajador,

³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A". Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Bogotá D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil doce (2012). Radicación No: 25000-23-25-000-2009-00174-01 (1947-2011). Actor: JOSÉ MANUEL ACOSTA MAESTRE. Demandado: E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO EN LIQUIDACIÓN. APELACIÓN SENTENCIA – AUTORIDADES NACIONALES.

77

fruto de su ahorro...En otras palabras, el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador. Y como así mismo lo dijo dicha Corporación en la sentencia T-1752 de 2000 "La pensión de jubilación no es una simple caridad que se hace a las personas por el simple hecho de haber llegado a determinada edad, sino una contraprestación a la contribución que hizo durante su vida poniendo a disposición de la sociedad su fuerza laboral. La concepción de la seguridad social como una gracia fue superada por la jurisprudencia nacional desde la primera mitad del Siglo XX.

Fue, además, definitivamente abolida en la Constitución de 1991, no sólo a través de su consagración explícita en el artículo 48, sino en la objetivación del trabajo como principio fundamental del Estado. Y tal ahorro o contribución una vez se cumpla con el tiempo de servicios, semanas cotizadas o monto del mismo, dirá la Sala, será exigible cuando se llegue a la edad requerida o suceda la muerte del trabajador, según el caso.

Como se colige, el requisito de la edad sólo tiene trascendencia, en algunos casos, para exigir la prestación, pues una vez completado el tiempo de servicios o las semanas cotizadas ya existe un derecho cierto para el trabajador, que no puede ser desconocido por el legislador. Y no se trata aquí de una expectativa, pues el derecho se consolidó, por haber completado o bien el tiempo de servicios o bien el número de cotizaciones, sin embargo lo que sucede es que su reconocimiento y pago pende o bien de la llegada de la edad o del acaecimiento de la muerte. Puede decirse entonces que existe una situación jurídica que no puede ser desconocida por el legislador..."

Se ha demostrado entonces, que no se le aplicó a la demandante la norma más favorable ni la norma íntegra que rige su pensión de jubilación, por lo tanto procede la reliquidación solicitada, aspecto confirmado por el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento, con respecto de la aplicación del decreto 1653 de 1977, así⁴:

"Ahora bien, la Ley 100 de 1993, cuya vigencia en materia pensional tuvo comienzo el 1º de abril de 1994, por haberlo establecido así el mismo ordenamiento en su artículo 151, consignó en el artículo 36 el régimen de transición, de la siguiente manera:

"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.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos. (inexequible el aparte destacado)

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A". Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Bogotá D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil doce (2012). Radicación No: 25000-23-25-000-2009-00174-01 (1947-2011). Actor: JOSÉ MANUEL ACOSTA MAESTRE. Demandado: E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO EN LIQUIDACIÓN. APELACIÓN SENTENCIA - AUTORIDADES NACIONALES.

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARAGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio."

El reconocimiento de la pensión efectuada al demandante, sin duda debía estar bajo el amparo de la legislación anterior, cuya aplicación procede en forma integral porque el actor tenía más de 40 años de edad. Este precepto consagra para quienes satisfacen las exigencias allí enunciadas, las condiciones del régimen anterior en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto de la pensión.

La Sala ha sostenido que el régimen anterior relativo a edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, que es aplicable en razón de la especial situación que consagró la norma para resguardar el derecho de quienes se encontraban inmersos dentro del tránsito normativo, regula la materia relacionada con el ingreso, pues sin duda la transitoriedad subsume a la persona involucrada dentro de una prerrogativa, cual es la de respetarle las condiciones que la disposición consagró para sí, en su integridad; su aplicación fragmentada configura eliminar en últimas la especialidad que le es propia por virtud del mismo ordenamiento jurídico y el elemento finalista con que fue concebido por el legislador. Así, infirió esta Corporación:

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

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

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

Completa, esta disquisición el pronunciamiento que sobre los alcances del régimen de transición profirió la Sección Segunda- Subsección "B" del C.E.⁵, en la que en su parte pertinente expuso:

⁵ Fallo del 8 de junio de 2000, dentro del expediente 2729-99 con ponencia del Magistrado Alejandro Ordoñez Maldonado.

"Con anterioridad a la Ley 100 de 1993, regía la Ley 33 de 1985 la cual en el artículo 1º dispuso que el empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. En el inciso segundo de la misma disposición prescribió que no quedaban sujetos a esa regla, las personas que disfrutaran de un régimen especial de pensiones.

Como antes se hizo claridad, se demostró en el proceso que el causante del derecho pensional prestó sus servicios en la Rama Judicial desde el 2 de diciembre de 1965 hasta el 8 de abril de 1994, es decir hasta su fallecimiento. En esa época había prestado sus servicios por más de 20 años y tenía más de 50 años de edad. Para la Sala no hay duda acerca de que, lo amparaba el régimen de transición, consistente en que su pensión se regía por el régimen anterior.

Los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, los gobernaba un régimen especial, el previsto en el Decreto 546 de 1971 "por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público". Para efectos del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, de ALFONSO VELEZ SALAZAR, se aplicaba entonces, el decreto antes citado. No otro puede ser el sentido del régimen en transición.

En razón a las directrices que preceden, la Sala llega a la conclusión que es infundada la argumentación expuesta por la entidad demandada, lo anterior se argumenta porque el régimen de transición es un beneficio que la ley confiere al servidor, en la medida en que se aplican las disposiciones legales anteriores para efectos del reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando se cumplan las exigencias que la misma norma de transición regula.

De manera, que el régimen previsto en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, relativo a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, cobija a quienes al entrar en vigencia el sistema de seguridad social tuvieran 35 años o más de edad para mujeres o 40 años o más para hombres, o haber cotizado por 15 o más años, primer requisito que cumplía el demandante, habida cuenta que tenía más de 40 años de edad. Siendo por tanto claro, que la pensión de jubilación respecto de la cual es titular se regía por la normatividad anterior.

A lo anterior se adiciona, que son de la esencia del régimen de transición, la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión, y la variación de alguno de ellos conduciría a un desconocimiento de tal beneficio. En el caso bajo estudio, al determinar la demandada la cuantía de la pensión con fundamento en lo percibido por el actor durante los últimos 10 años de servicios, se afecta el monto de la pensión y de tajo se desnaturaliza el régimen.

Ya que, no es igual fijar el monto de la cuantía de la pensión, en la forma prevista por ley 100 de 1993 a como lo dispone el artículo 21 del decreto 1653 de 1977. Basta entonces con efectuar las respectivas cálculos aritméticos, para llevar a la conclusión, que con la normatividad primeramente mencionada la cuantía de la mesada pensional resulta reducida."

Por lo anterior estima la Sala que, el *a quo* al haber ordenado la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante señor José Manuel Acosta Maestre aplicando íntegramente el Decreto 1653 de 1977, no hizo nada más que ajustarse al ordenamiento legal y constitucional vigente, pues, cuando se implora el régimen de transición con el objetivo de aplicar la normatividad vigente que abriga la situación pensional del beneficiario, debe cobijar los presupuestos de edad y tiempo de servicio ineludibles para acceder al derecho pensional, al igual que el monto y base de liquidación del mismo, debiéndose, en principio, acudir a la disposición especial en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta ser más favorable para el beneficiario de la prestación.

Por ende, como el Decreto 1653 de 1977 regula uno de los aspectos referente a que el período base de la liquidación pensional corresponde al del último año de servicios, era por tanto válido disponer que la entidad accionada tenga en cuenta dicho interregno, lo que conduce a que no se pueda acceder a los argumentos expuestos en el recurso de alzada para revocar la decisión de primera instancia."

Pero, si en gracia de discusión se pensara que la demandante no tiene derecho a beneficiarse del régimen de que trata el decreto 1653 de 1977, entonces no hay duda que deberá aplicarse el régimen de transición de la ley 33 de 1985, en cuanto a la forma en que se debe liquidar el derecho pensional de la demandante, en varias sentencias se ha pronunciado el Consejo de Estado al tratar el tema de los empleados públicos que estando en el régimen de transición pensional debe aplicársele las normas de la ley 33 de 1985.

Ha manifestado en este caso:

“...En punto al problema jurídico planteado, se tiene que la demandante solicita la declaratoria de nulidad del acto cuestionado, por cuanto la entidad al liquidar, reconocer y ordenar el pago de la pensión vitalicia de jubilación, dejó de tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios

En consecuencia, la Caja Nacional de Previsión Social, al reliquidar la pensión de jubilación de la señora LUCIA CORAL ROSERO, deberá tener en cuenta como factores salariales además de la asignación básica incluida en las Resoluciones Nos. 009566 de 21 de abril de 1998 y 00840 de 27 de enero de 2003, el incremento por antigüedad, la prima especial de servicios, la prima vacacional, la prima de navidad y la prima de servicios, devengados durante el último año de prestación de servicios, según certificación allegada al proceso (fl. 14 y 15), como lo dispuso el Tribunal de primera instancia en la sentencia recurrida.

En el evento de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, la Caja deberá realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes...”⁶

Y reitera su posición en sentencia 17001-23-31-000-2001-00607-01(1942-05)⁷, expresando:

“...El presente asunto se contrae a establecer la legalidad de las Resoluciones Nos. 0040 y 0100 del 29 de enero y 20 de febrero de 2001 expedidas por el Contralor General del Municipio de Manizales mediante las cuales se reconoció la pensión de jubilación al actor en cuantía de \$3.001.760.04 a partir del 11 de enero de 2001, sin tener en cuenta todos los factores salariales devengados. Conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, quienes para el 1º de abril de 1994 - fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 - tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior al cual se hallaban afiliados, esto es, en cuanto a la edad para acceder a la pensión de jubilación, al tiempo de servicio y al monto de la prestación. Para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante se hallaba dentro del régimen de transición, pues reunía los dos presupuestos exigidos en la norma legal y por tanto debió aplicársele el régimen anterior, ya que había cumplido - para esa fecha - más de 15 años de servicios al Estado y más de 40 años de edad. Es claro entonces que el demandante tiene derecho a que se le aplique en su integridad el régimen consagrado en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, primero, por encontrarse dentro del régimen de transición y, segundo, por haber adquirido el status de pensionado el 25 de noviembre de 1999. La aplicación del régimen anterior se hace en forma integral y no parcial, por lo cual no es aplicable en este asunto, y referente a la materia objeto de discusión, la Ley 100 de 1993. En otras palabras, en la liquidación de la pensión de jubilación deberán incluirse todas aquellas sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley. Como se ha reiterado en diferentes ocasiones, la

⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: ALBERTO ARANGO MANTILLA. Bogotá D.C., quince (15) de febrero de dos mil siete (2007). Radicación número: 76001-23-31-000-2004-02177-01(9704-05). Actor: LUCIA CORAL ROSERO. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL.

⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. Consejero ponente: ALBERTO ARANGO MANTILLA. Bogotá D.C., primero (1) de marzo de dos mil siete (2007). Radicación Número: 17001-23-31-000-2001-00607-01(1942-05).

81

Ley 65 de 1946 definió el salario o sueldo no solo como la asignación básica fijada por la ley sino como todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el empleado como retribución por sus servicios. En consecuencia, al reliquidar la pensión del demandante deberán tenerse en cuenta, como lo ordenó el Tribunal Administrativo, los factores salariales y prestacionales percibidos por el actor durante el último año de servicios. Bajo estas consideraciones, la Sala confirma la sentencia recurrida, debiendo la entidad demandada tener en cuenta en la reliquidación de la pensión del actor, los factores salariales percibidos durante el último año de servicios. Por las razones anotadas, se confirmará el fallo apelado del Tribunal..."

Como puede observarse, el derecho pensional de la actor debe liquidarse teniendo en cuenta los factores devengados en el último año de servicios, por ello, la entidad demandada ha violado las normas aplicables al régimen de transición para los empleados públicos al no aplicar el régimen de la ley 33 de 1985 en toda su extensión.

Conclusión a la que llego igualmente el H Consejo de Estado en la sentencia de la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA CP. Dr. ANA MARGARITA OLAYA FORERO Bogotá, D.C., trece (13) de marzo de dos mil tres (2003), Rad: 17001-23-31-000-1999-0627-01(4526-01) y en la cual se refirió de la siguiente manera:

"...Según la entidad demandada, al actor si bien le era aplicable el régimen de edad de la ley 33 de 1985, el ingreso base para la liquidación de su pensión debía hacerse conforme al inciso 3 de la ley 100 de 1993, razonamiento que no es acertado, por cuanto el demandante, como se dijo anteriormente, al momento de entrar en vigencia la Ley 100 ya había consolidado su derecho a la pensión, la cual sólo podía exigirla al llegar a la edad de 55 años (1998), por lo que el régimen aplicable era el anterior (Ley 33 de 1985) que prescribió la manera de liquidar la pensión.

Pero además, en el supuesto de que el demandante estuviera en el régimen de transición (cuestión que no es el caso), la liquidación de su pensión no se regiría por el citado inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100, como lo ha expresado esta Corporación en reiterada jurisprudencia, sentencias del 8 de junio y 21 de septiembre de 2000, expedientes No. 2729 y 470, Magistrados Ponentes: Drs: Alejandro Ordóñez Maldonado y Nicolás Pájaro, en las cuales se ha dicho que la aplicación del régimen anterior incluye el atinente a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, pues es de la esencia del régimen de transición, la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconoce dicho beneficio, por lo que al establecer la cuantía de la pensión con base en lo devengado por el causante durante los últimos 10 años de servicios, se afecta el monto de la pensión y de paso se desnaturaliza el régimen..."

Téngase en cuenta igualmente, que para aplicar el régimen pretendido, debe aplicarse en su totalidad la ley 33 de 1985, en virtud del principio de inescindibilidad de la norma. En este tema, vale la pena indicar que ya la Corte Constitucional se ha pronunciado del tema de la inescindibilidad de las normas, en varias sentencias, dentro de las cuales pueden citarse la Sentencia C-956/01, en la cual expresa:

"Esta Corporación ha precisado que, teniendo en cuenta que los regímenes de seguridad social son complejos e incluyen diversos tipos de prestaciones, en determinados aspectos uno de los regímenes puede ser más beneficioso que el otro y en otros puntos puede suceder todo lo contrario, por lo cual, en principio no es procedente un examen de aspectos aislados de una prestación entre dos regímenes prestacionales diferentes, ya que la desventaja que se pueda constatar en un tema, puede aparecer compensada por una prerrogativa en otras materias del mismo régimen. Por ello, las personas "vinculadas a los regímenes excepcionales deben someterse integralmente a éstos sin que pueda apelarse a los derechos consagrados en el régimen general". En efecto, no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo el usuario pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica. Sin embargo, esta misma Corte ha aclarado que eso no excluye que pueda

eventualmente estudiarse si la regulación específica de una prestación en particular puede violar la igualdad. Ese análisis es procedente, "si es claro que la diferenciación establecida por la ley es arbitraria y desmejora, de manera evidente y sin razón aparente, a los beneficiarios del régimen especial frente al régimen general".⁸

Y agrega más concretamente El Consejo de Estado sobre la misma temática que:

"Es claro entonces que el demandante tiene derecho a que se le aplique en su integridad el régimen consagrado en la disposición legal anterior, primero, por encontrarse dentro del régimen de transición y, segundo, por haber adquirido el status de pensionado el 13 de octubre de 1993.

La aplicación del régimen anterior se hace en forma integral y no parcial, por lo cual no es aplicable en este asunto, y referente a la materia objeto de discusión, la Ley 100 de 1993.

En cuanto a los factores que deben tenerse en cuenta para liquidar esta prestación social, resulta acertada la aplicación del artículo 1º de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, cuando señala que la base de liquidación de la pensión está constituida por la asignación básica, los gastos de representación, las primas de antigüedad, técnica ascensional y de capacitación, los dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario. "... En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."

La **Ley 33 de 1985** regula de manera "general" el derecho a la pensión de jubilación con relevancia en los aportes sobre los factores pertinentes, y deroga la normatividad "general" pensional anterior con citación de los arts. 27 y 28 del Decreto 3135/68, por lo que se entiende que a partir de su vigencia se aplica a sus destinatarios.

El Art. 3º. de esta Ley -norma "general"- establece que se deben pagar aportes en favor de la Caja de Previsión por las retribuciones que perciben los empleados oficiales, y luego señala los factores sobre los cuales se deben liquidar aportes a los empleados oficiales nacionales, para finalmente precisar que las pensiones de empleados oficiales de cualquier orden se deben liquidar sobre los mismos factores por los cuales se haya aportado; pero, ese artículo 3º fue modificado por el Art. 1º de la Ley 62 de sep. 16/85, que lo reemplazó totalmente (con nuevo texto) donde se determina que los empleados oficiales deben pagar aportes a las Cajas a las cuales estén afiliados, que esos aportes se pagarán sobre los factores remunerativos que allí se precisan y que las "las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."

En consecuencia, al reliquidar la pensión del demandante deberán tenerse en cuenta, los factores salariales enlistados en la ley 62 de 1985, esto es, la asignación básica, los gastos de representación, las primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y festivos, hora extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. Como puede verse allí no están incluidos la prima de servicio, de vacaciones, de navidad y de alimentación, que como aparece acreditado devengó la parte actora durante el último año de servicios, por lo cual no es viable computarlos en la cuantía de la pensión de jubilación que le fue reconocida mediante la Resolución No.00930 del 7 de febrero de 1995, no obstante sobre tales factores se hubieran efectuado los descuentos de ley.

Para la Sala es claro que si los factores que deben ser considerados para efectos pensionales son los señalados por la ley, sobre los cuales es imperativo el descuento por aportes, como quedó establecido, ningún factor diferente puede entonces válidamente ser incluido en la liquidación de la pensión.

⁸ Referencia: expediente D-3440. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 279 (parcial) de la Ley 100 de 1993. Actor: Benjamín Hernández Caamaño. Temas: Principio de igualdad y régimen especial de seguridad social para la Fuerza Pública. Magistrado ponente: Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

Lo dispuesto en la ley 62 de 1985 no tiene otro alcance distinto al de imponer a las entidades la obligación de cancelar los respectivos aportes sobre los rubros constitutivos de factor pensional.⁹

Esta posición hay que armonizarla con lo dispuesto en la Ley 65 de 1946 y lo dispuesto en el Decreto reglamentario 1045 de 1978, los cuales en su tenor literal rezan:

"...LEY 65 DE 1946 – ARTICULO 3o. La pensión mensual vitalicia de jubilación de que trata el inciso b) del artículo 17 de la Ley 6a. de 1945 será equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio, etc..."

Igualmente el Decreto 1045 de 1978 dispone:

"...ARTICULO 45. DE LOS FACTORES DE SALARIO POR 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;
- ll. Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968..."

Igualmente, son fundamentos de derecho los preceptos constitucionales, laborales de conformidad con los artículos 13, 29, 48 y 53 de la Constitución Política, el decreto Ley 1653 de 1977 artículos 19 y 21, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes y complementarias.

Los derechos aquí reclamados, son ciertos, indiscutibles y adquiridos legal y constitucionalmente, por lo tanto deben ser respetados y reconocidos en los términos de los artículos 2, 4, 25, 29 y 53 de la Constitución Política, en concordancia con los múltiples señalamientos expresados por la Honorable Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en materia de derechos pensionales, por lo tanto, procede la reliquidación reclamada.

V. CAPÍTULO QUINTO CUANTIA Y COMPETENCIA

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 157 y en el numeral 2 del artículo 155 del C.P.A.C.A., señalaremos que la cuantía se estima en veintisiete millones de pesos (\$27'000.000). No obstante, se indica que el reconocimiento del régimen

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCION "B". Consejero ponente: ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO. Bogotá, D.C., siete (7) de junio de dos mil siete (2007). Radicación número: 76001-23-31-000-2002-01420-01(5852-05). Actor: DELIO JORGE GUERRERO GUERRERO. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL.

deberá tener en cuenta la liquidación, de conformidad con la asignación básica (\$3'176.213) de 2013, la bonificación por servicios (\$1'111.675), la prima de navidad (\$3'336.657) y la prima técnica (\$1'588.106).

De cualquier modo, la diferencia resultante de dicha operación es inferior a los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por la naturaleza del proceso, por el último lugar de prestación del servicio, que fue el Departamento del Cauca y por la cuantía, es competente el Juez Administrativo del Cauca en juicio de Primera Instancia.

La primera mesada pensional que debió reconocer la entidad demandada de conformidad con el régimen del decreto 1653 de 1977 en su artículo 19, asciende a la suma de \$3.658.379, que se obtuvo así:

CONCEPTO	VALOR	Promedio Mensual / Doceava	IBL
Asignación Básica Mensual año 2005 (2,612,342/30x54)	4.702.216	391.851	391.851
Incremento Antigüedad año 2005 (316,957/30*54)	570.523	47.544	47.544
Asignación Básica Mensual año 2006 (2,742,960/30x306)	27.978.192	2.331.516	2.331.516
Incremento Antigüedad año 2006 (332,804/30*306)	3.394.601	282.883	282.883
Prima de Servicios	0	125.453	125.453
Prima de Navidad	0	237.600	237.600
Prima de Vacaciones	0	130.511	130.511
Bonif. Año de servicios	0	89.710	89.710
TOTALES	36.645.531	3.637.068	3.637.068

La mesada reconocida asciende a la suma de \$2'355.470.

La diferencia entre lo reconocido y lo que se debe reconocer, asciende a \$388.314, que se multiplica por 36 mesadas, lo que nos arroja un valor correspondiente a (\$13'979.304.00).

De cualquier modo, la diferencia resultante de dicha operación es inferior a los cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por la naturaleza del proceso, ordinario en ejercicio de Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, por el último lugar de prestación del servicio, que fue el Departamento del Cauca y por la cuantía, es competente el Juzgado Administrativo en juicio ordinario de Primera Instancia.

VI. CAPÍTULO SEXTO
RELACIÓN PROBATORIA

6.1. DOCUMENTALES ANEXAS: Solicito decretar y practicar las siguientes en la oportunidad procesal pertinente:

AS

- 6.1.1. Copia auténtica del registro Civil de Nacimiento. (ver folio No. 2).
 - 6.1.2. Copia auténtica del registro Civil de Nacimiento. (ver folio No. 3).
 - 6.1.3. Copia de las certificaciones de tiempo de servicios y salarios, expedidas por el Departamento del Cauca de 28 de junio de 2011. (ver folios No. 4 a 8).
 - 6.1.4. Copia del Certificado de Información Laboral No. 336 de 28 de junio de 2011; Copia del Certificado de Información Laboral de 8 de octubre de 2007 y constancia de tiempo de servicios de 6 de julio de 2007, expedido por el Instituto de Seguros Sociales Seccional Cauca. (ver folios No. 9 a 12).
 - 6.1.5. Copia de la liquidación de prestaciones sociales definitivas expedida por la ESE Antonio Nariño y copia de la Historia Laboral expedida por el ISS de 12 de julio de 2011. (ver folios No. 13 a 24).
 - 6.1.6. Copia auténtica de la Resolución No. 0012 de 2 de enero de 2007 expedida por la ESE Antonio Nariño. (ver folios No. 25 a 32).
 - 6.1.7. Copia de la reclamación hecha por la actora a la ESE Antonio Nariño de 18 de junio de 2010. (ver folios No. 33 a 35).
 - 6.1.8. Certificación No. 104 de 4 de septiembre de 2013, expedida por la Procuraduría 39 Judicial II para Asuntos Administrativos. (ver folios No. 36 y 37).
- 6.2. DOCUMENTOS POR SOLICITAR: la parte demandada deberá anexar con la contestación de la demanda el expediente pensional en copia auténtica e íntegra y además:
- 6.2.2. Copia auténtica de los documentos de nombramiento y de posesión de la actora en el ISS y en la ESE Antonio Nariño.
 - 6.2.3. Copia auténtica del certificado de ingresos de la demandante del último año de servicios de vinculación a la ESE Antonio Nariño.
 - 6.2.4. Certificación de todo lo devengado por la demandante en el último año de prestación de servicios a la ESE Antonio Nariño, indicando los descuentos hechos a la seguridad social integral en ese periodo, mes por mes.
 - 6.2.5. Copia auténtica de la relación de los pagos con su valor y fecha de consignación correspondiente a las mesadas pensionales canceladas al demandante desde la fecha de su causación hasta la fecha de remisión al despacho judicial.

VII. CAPÍTULO SÉPTIMO ANEXOS

El poder para actuar.

Los documentos mencionados como pruebas.

Copia de la demanda y sus anexos para el traslado a la entidades demandadas.

Copia simple de la demanda para el archivo.

VIII. CAPÍTULO NOVENO PROCEDIMIENTO

Se dará a esta demanda el trámite señalado en el Art. 168 y s.s. del C.P.A. y C.A.

X. CAPÍTULO DÉCIMO NOTIFICACIONES

El suscrito apoderado puede ser notificado en la Calle 5 No. 2-41 piso 2 de la ciudad de Popayán.

gl

La señora Patricia del Consuelo Ordóñez de Gómez puede ser notificada en la Urbanización Villa Mercedes apartamento 202^a de Popayán.

Alianza Fiduciaria S.A. en calidad de vocera y administradora de remanentes de la E.S.E. ANTONIO NARIÑO puede ser notificada en la ciudad de Bogotá en la AVENIDA 15 No. 100 - 43 PISO 4. Teléfono: 6447700

El Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en la dirección acostumbrada por el Despacho.

Del (a) Señor (a) Juez, con todo respeto,



ÁLVARO EMIRO FERNÁNDEZ GUISSAO
CC. No. 94'414.913 de Cali
T. P. No. 147.746 del C. S. de la J.