

PENSION DE JUBILACION DE EMPLEADO PUBLICO TERRITORIAL- EI reconocimiento y pago para quienes se encontraban vinculados a la vigencia del Sistema de Seguridad Social Integral y con 20 años de servicio se encuentra a cargo del fondo pensional territorial, aunque al momento de adquirir el status cotizaran al Instituto del Seguro Social

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2527 de 2000 es a los Fondos de Pensiones Territoriales, quien les compete actuar como administradores del régimen de prima media y reconocer las pensiones de jubilación de los servidores públicos quienes se encontraban afiliados a ella al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y que estuvieran pendientes del reconocimiento pensional al contar con 20 años de servicio a favor del Estado. Por lo expuesto, es al Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá, a quien le correspondía el reconocimiento pensional del señor Galindo Álvarez pues al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se encontraba afiliado al Fondo, contaba con más de 20 años de servicios a favor de entidades estatales cumpliendo así con una expectativa legítima del reconocimiento pensional por parte de la entidad a la que se encontraba cotizando en este momento, la cual es avalada por la Ley y los Decretos que aclararon la situación de la carga prestacional generada por las pensiones a cargo de las entidades territoriales. Si bien en su artículo 5 del Decreto 1068 de 1995 establece los efectos de la afiliación de los empleados públicos no dispone que quien deba reconocer el derecho pensional de jubilación sea la entidad diferente a la que se encontraba afiliado al momento de la entrada en vigencia el régimen general de pensiones. Debe entenderse que la disposición antes transcrita hace referencia exclusivamente a las pensiones que hace relación a la causación del siniestro de forma instantánea, es decir, las pensiones de invalidez y sobrevivientes derivadas de hechos inesperados que no permiten continuar cotizando para llegar a la obtención de una pensión de vejez o jubilación. Así las cosas aunque al momento en que el señor Galindo Álvarez obtuvo el status pensional, esto es 5 de junio de 2002, se encontraba afiliado y cotizando por más de 5 años al ISS no es procedente afirmar que sea esta la entidad obligada a reconocer el derecho pensional, por cuanto como se anotó bajo los preceptos del Decreto 2527 de 2000 y el régimen de transición de Seguro Social, era al Fondo Pensional Territorial al que se encontraba afiliado al momento de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para las entidades territoriales quien debía reconocer la pensión.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2529 DE 2000 – ARTICULO 17 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 36 / LEY 33 DE 1985 / LEY 62 DE 1985 / DECRETO 1848 DE 1969 – ARTICULO 75 / DECRETO 1068 DE 1995 – ARTICULO 5

PENSION DE JUBILACION DE EMPLEADOS PUBLICOS TERRITORIALES – Factores. No taxatividad

Acogiendo las tesis mayoritaria plasmada en la sentencia de 4 de agosto de 2010 ya referida, se tiene que para determinar la base para liquidar la pensión del señor Galindo Álvarez amparado por el régimen de transición, está constituida por todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicios de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé. Por tanto, el listado de factores establecido en el artículo 3° de la ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, no es taxativo, como lo señaló la Sala en la sentencia referida, sino meramente enunciativo, garantizando de esta manera los

principios de igualdad material, progresividad, primacía de la realidad sobre las formas y favorabilidad en materia laboral.

FUENTE FORMAL: LEY 62 DE 1985 – ARTICULO 1 / LEY 33 DE 1985 – ARTICULO 3

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., catorce (14) de junio de dos mil doce (2012)

Radicación número: 25000-23-25-000-2006-06948-01(0182-10)

Actor: SECRETARIA DE HACIENDA DEL DISTRITO CAPITAL – FONDO DE PENSIONES PUBLICAS DE BOGOTA

Demandado: LUIS IGNACIO GALINDO ALVAREZ y EL INSTITUTO COLOMBIANO DE LOS SEGUROS SOCIALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 27 de agosto de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió a las pretensiones de la demanda presentada por la Secretaria de Hacienda del Distrito Capital - Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá contra el señor Luis Ignacio Galindo Álvarez y el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales.

ANTECEDENTES

La demanda. La Secretaria de Hacienda del Distrito Capital - Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá, a través de apoderado, acudió a la jurisdicción en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitando la nulidad de las Resolución No. 1373 de 24 de julio de 2003, mediante la cual se ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación al señor Luis Ignacio Galindo Álvarez.

Como consecuencia de tal declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordenar a la Secretaría de Hacienda – Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá, suspender el pago de la pensión de jubilación reconocida por el funcionario incompetente, desde el momento en que la entidad de previsión competente (INSTITUTO COLOMBIANO DE LOS SEGUROS SOCIALES, ISS, reconozca la prestación al señor Luis Ignacio Galindo Álvarez.

Ordenar a la Secretaria de Hacienda- Fondo de Pensiones Pública de Bogotá a concurrir al pago de la pensión del señor Luis Ignacio Galindo Álvarez, a partir de la fecha en que éste suspenda el pago de la pensión reconocida por funcionario incompetente, toda vez que la presentación ha sido cancelada por el Fondo demandante, el cual solo tendrá la obligación de concurrir cuando suspensa el pago por virtud del reconocimiento de la prestación, realizado por el ISS.

Solicitó de igual forma que se condene al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, ISS, a reconocer al señor Luis Ignacio Galindo Álvarez la pensión, a partir del momento en que se declare la nulidad de la Resolución No. 1373 de 2003, expedida no sin antes reintegrar los mayores valores pagados por el Distrito.

Los hechos de la demanda se resumen así:

El Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C., mediante la Resolución 1373 de 24 de julio de 2002 reconoció la pensión de jubilación al señor Galindo Álvarez, a partir del 2 de julio de 2002, al verificar que el señor Luis Ignacio Galindo Álvarez cumplió el status de pensionado el 5 de junio de 2002.

Al señor Galindo Álvarez se le reconoció la pensión por parte del Fondo, mientras se encontraba efectuando aportes al ISS, por lo que la entidad al verificar ese hecho, solicitó al señor Galindo Álvarez el 2 de septiembre de 2005, la autorización para revocar el acto administrativo de reconocimiento pensional, sin obtener respuesta favorable, debiendo en consecuencia acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa.

Normas violadas y concepto de violación

En la demanda se citan como normas vulneradas las siguientes:

De la Constitución Política artículos 6 y 122

Del Decreto 1068 de 1995, artículo 5

Del Decreto 350 de 1995, artículo 5.

El demandante al explicar el concepto de violación sostuvo que el Fondo no era el competente para reconocer la pensión de jubilación del señor Galindo Álvarez, por cuanto el Decreto 1068 de 1995, establece que la responsabilidad en el pago de las pensiones esta a cargo de la entidad administradora de pensiones que esté recibiendo las cotizaciones del período en el cual ocurre el siniestro, en este caso, el Instituto de los Seguros Sociales.

De igual forma, considera vulnerado el artículo 5 del Decreto 350 de 1995, norma que creó el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá en reemplazo de la Caja de Previsión Social del Distrito, que establece la competencia para reconocer pensiones de jubilación a sus afiliados o a aquellas personas que habiendo cumplido el tiempo de servicio, no han llegado a la edad señalada para adquirir el derecho, siempre que no se encuentren afiliadas a otra administradora de pensiones, tal como sucedió en el caso del señor Galindo Álvarez quien se encontraba cotizando al seguro social.

Contestación de la demanda. El Instituto de los Seguros Sociales contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, argumentando que al momento del retiro del servicio, el señor Luis Ignacio Galindo Álvarez prestaba sus servicios al Instituto de Desarrollo Urbano del Distrito Capital, entidad territorial que tiene su propio Fondo de Pensiones, al cual compete el reconocimiento pensional, de conformidad con lo previsto en el artículo 2 del Decreto 2527 de 2000 y el artículo 17 de la Ley 549 de 1999.

El señor **Luis Ignacio Galindo Álvarez**, a través de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda señalando que las entidades de previsión se encuentran asumir la pensión de sus afiliados que a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones contarán con 20 años de servicio o con las cotizaciones necesarias para acceder al derecho pensional, circunstancia que concurre en el presente caso, pues a la fecha en la que entró en vigencia el nuevo régimen para trabajadores y empleados del Distrito Capital, el señor Galindo Álvarez contaba con más de 20 años de servicio al Estado y se encontraba efectuando aportes a la Caja de Previsión del Distrito, razón por la cual la competencia para el reconocimiento pensional estaba en cabeza del Fondo Público de Pensiones del Distrito Capital.

Demanda de reconvención. El señor Luis Ignacio Galindo Álvarez, por medio de apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en reconvención, en contra del Fondo de pensiones Públicas de Bogotá.

Las pretensiones de la demanda estaban dirigidas a obtener la nulidad parcial del artículo 2 de la Resolución No. 1373 de 24 de julio de 2003 expedida por la Subdirectora de Obligaciones Pensionales de la Secretaría de Hacienda del Distrito de Bogotá, en cuanto no tuvo, en cuenta para el cálculo del monto pensional la totalidad de factores de salario devengado y certificados en el último año de servicio. Pidió que se declarara la nulidad del Oficio No. 205EE153410 de 27 de mayo de 2005, por medio del cual se dio respuesta a una petición respecto de revisión de la pensión de jubilación reconocida a favor del señor Luis Ignacio Galindo Álvarez.

También solicitó que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 2273 de 29 de agosto de 2005 por medio del cual se resolvió un recurso de reposición, declara agotada la vía gubernativa y no accedió a la revisión solicitada.

Como hechos de la demanda de reconvención se expusieron los siguientes:

Que el señor Luis Ignacio Galindo Álvarez prestó sus servicios al Estado por más de 20 años en los Ferrocarriles Nacionales y el Instituto de Desarrollo Urbano, que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, contaba con 47 años de edad, siendo beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la misma ley.

Que una vez cumplidos los requisitos legales, la Secretaria de Hacienda del Distrito Capital, reconoció al señor Galindo Álvarez la pensión de jubilación mediante la Resolución No. 1373 de 24 de julio de 2003, sin tener en cuenta el régimen de transición del cual era beneficiario, conforme al cual la pensión debía liquidarse con fundamento en la totalidad de los factores de salario certificados y devengados durante el último año de servicio comprendido entre el 2 de julio de 2001 a 1 de julio de 2002.

Por lo anterior, mediante la petición radicada el 18 de febrero de 2005, el señor Galindo Álvarez solicitó al Fondo Pensiones Públicas de Bogotá, la reliquidación

pensional, que le fue negada mediante Oficio No. 2005EE153410 del 27 de mayo de 2005, confirmado por la Resolución No. 2273 de 29 de agosto de 2005.

Como concepto de violación de la demanda de reconvención. Manifestó el señor Galindo Álvarez que se encuentra amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual se debe aplicar en su integridad el régimen anterior al que se encuentra afiliado, esto es, la Ley 33 de 1985, que establece que el salario base de liquidación se calcula sobre los factores que sirvieron de base para calcular los aportes durante el último año de servicio, lo que debe interpretarse conforme a la definición de salario, como todo lo que devenga el trabajador excepto las sumas que por mera liberalidad patronal reciba el trabajador.

Contestación de la demanda de reconvención. La Secretaría de Hacienda – Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C. dio contestación a la demanda de reconvención oponiéndose a las pretensiones de la misma con fundamento en que si bien al señor Galindo Álvarez, por tener más de 40 años de edad al 30 de junio de 1995, le corresponde la aplicación de la Ley 33 de 1985, dicho régimen solamente se aplica para establecer los requisitos de edad y tiempo de servicios, pues los factores y del periodo de liquidación pensional, se determinan por el Decreto 1158 de 1994.

La sentencia apelada. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió a las pretensiones de la demanda declarando la nulidad del acto acusado y ordenó al ISS asumir el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación del señor Luis Ignacio Galindo Álvarez y a liquidar la pensión de jubilación reconocida al señor Galindo Álvarez en cuantía equivalente al 75% de lo devengado en el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2001 y el 30 de junio de 2002, teniendo como factores de liquidación la asignación básica y la prima técnica.

La anterior decisión la tomó el A quo con base en los siguientes argumentos (fls.367 a 392):

El A quo destacó que la competencia del reconocimiento pensional se determinaba siguiendo lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 1068 de 1995, que establece que la competencia para realizar el pago de las pensiones corresponde a la entidad administradora de pensiones que haya recibido o le corresponda recibir el monto de las cotizaciones del período en el cual ocurre el siniestro, que

en el caso de las pensiones de jubilación, concurre cuando se cumplen los requisitos de edad y tiempo de servicio.

De otra parte señaló el A quo que el Decreto 813 de 1994 en su artículo 6 establece lo correspondiente a la transición de las pensiones de vejez o jubilación de los servidores públicos, consagrando expresadamente la competencia para el reconocimiento de las pensiones de los empleados amparados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, en cabeza de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encuentre afiliado, cuando cumpla con los requisitos establecidos en las disposiciones del régimen que se le venía aplicando.

Destacó que el Decreto 2527 de 2000, contempló que las cajas o fondos deben pagar la pensión a aquellos empleados que habiendo cumplido 20 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en el orden territorial, no se encuentren afiliados al sistema al momento de ocurrencia del siniestro; pero en momento alguno contempló la competencia, cuando habiendo cumplido 20 años de servicios, esté afiliado a otra Caja al momento de concurrencia de los requisitos para pensión, pues en tal evento, debe entenderse que la competente es la entidad a la cual se está afiliado en el momento de ocurrencia del siniestro, tal como lo establecen los Decretos 813 de 1994 y 1068 de 1995.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca del análisis del material probatorio corroboró que a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones en el orden territorial el señor Galindo Álvarez contaba con más de 20 años al servicio de entidades estatales y efectuada aportes a la Caja de Previsión Social del Distrito, no obstante lo cual, en razón a que a la fecha de ocurrencia del siniestro, esto es, a la fecha de concurrencia de los requisitos pensionales, el empleado se encontraba afiliado y efectuando aportes al ISS, es ésta la entidad competente para efectuar el reconocimiento pensional, ello de conformidad con las normas anteriormente analizadas.

Respecto a las pretensiones de la demanda de reconvención el Tribunal anotó que el señor Luis Ignacio Galindo Álvarez era beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 del Sistema General de Seguridad Social, de manera que la normatividad a él aplicable es la anterior a la cual se encontraba

afiliado, siendo que los empleados del IDU no cuentan con el régimen especial alguno, le es aplicable el régimen general de los empleados públicos, consagrado en la Ley 33 y 62 de 1985.

Resaltó que los factores salariales que han de servir de base para calcular los aportes son los devengados durante el último año de servicio, siempre que ello se encuentre debidamente demostrado.

El recurso de apelación

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia, con base en los argumentos que se pasan a resumir (fl. 393):

Manifestó el I.S.S. que la entidad que deba reconocer y pagar una pensión de jubilación, que ha venido cancelado y por ende reconocida por el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá. El Fondo de Pensiones Públicas reconoció la pensión de jubilación al actor, teniendo en cuenta normas vigentes sobre el reconocimiento y pago de las pensiones de las personas o funcionarios que se encuentran prestando sus servicios a órdenes del Distrito Capital: El Fondo de Pensiones Públicas del Distrito

El señor Luis Ignacio Galindo Álvarez interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal, argumentando que la entidad competente deberá ser la Secretaría de Hacienda del Distrito Capital a través del Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 2527 de 2000.

Frente al cálculo de la base para la liquidación de la mesada pensional anotó el recurrente, que debe realizarse teniendo en cuenta que es beneficiario del régimen de transición y por ende reconocérsele los valores que como aportes realizó al Fondo sobre todos los factores salariales devengados y certificados, a pesar de que en el último año de servicios los aportes se realizaran sólo sobre la asignación básica y la prima técnica.

Alegatos de conclusión

El señor Galindo Álvarez. Presentó el escrito contentivo de los alegatos de conclusión visible a folios 413 a 418 en el cual reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

El ISS, a través de su apoderado judicial manifestó en sus alegatos que el Distrito Capital a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía que realizar el reconocimiento y pago de la pensión del demandante, como efectivamente sucedió. El señor Luis Ignacio Galindo Álvarez, también estaba amparado por el régimen de transición de que trata la Ley 100 de 1993 y por haber laborado siempre al servicio del Estado, tiene derecho a la aplicación de la Ley 33 de 1985 y con base en dicho régimen, se le reconoció y liquidó su pensión de jubilación, por el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá (fl. 419).

CONSIDERACIONES

Problema jurídico. Consiste en determinar si la entidad demandante se encuentra en la obligación de seguir pagando el monto de la pensión de jubilación que le reconoció al señor Luis Ignacio Galindo Álvarez, al cumplir los requisitos previstos para el efecto en la Ley 33 de 1985 y cómo debe determinarse el monto pensional de la prestación reconocida a favor del señor Galindo Álvarez.

Marco normativo y jurisprudencial.

Del régimen de transición. La Ley 100 de 1993 creó el Sistema de Seguridad Social Integral, disponiendo de forma expresa en el libro primero, capítulo II, artículo 36¹ que es aplicable el requisito de edad establecido en el régimen vigente

¹ *El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispuso:* "... Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta años 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 sin 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 los devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este 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

con anterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, para quienes pretendan acceder a una pensión de vejez siempre y cuando se encuentren dentro de alguno de los siguientes supuestos fácticos: i) tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o ii) 15 años o más de servicios cotizados.

Es dable destacar que la consecuencia de ser beneficiario de la transición prevista en el artículo en comento, es que se tenga en cuenta al momento de estudiar el reconocimiento del derecho pensional, los requisitos establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados, referidos a la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y la forma de liquidar el ingreso base de liquidación de la pensión.

Este régimen a que alude el artículo transcrito en precedencia no es otro que el previsto en la Ley 33 de 1985 para los empleados públicos. Para la Sala, dicha dispensa legislativa consistió en que la pensión del empleado se determinará conforme a las exigencias de edad, tiempo y los factores salariales, que el régimen especial consagraba, dada la favorabilidad de sus requisitos respecto de los exigidos por el régimen general.

El demandante se hallaba dentro del régimen de transición, pues reunía los presupuestos exigidos en la norma legal, al contar con más de 40 años de edad y 20 años de servicio a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones establecido en la Ley 100 de 1993 para los empleados públicos del orden territorial.

La Ley 33 de 1985, dispuso en su artículo 1, que el empleado oficial tendrá derecho al pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio base para los aportes durante el último año de servicio, siempre que preste o haya prestado 20 años continuos o discontinuos de servicios y tenga 55 años de edad; esta norma derogó el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, que disponía que la pensión sería equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

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. ...”.

Respecto a la base que debe tenerse en cuenta para liquidar la pensión La Sala Plena de la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia de unificación² señaló que en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades, progresividad y favorabilidad en materia laboral: “... *la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.*

“... Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.

*“... Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los **factores que constituyen salario**, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que sólo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o*

² Sentencia del 4 de agosto de 2010. Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). C.P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila. En dicha providencia salvó voto el Consejero que actúa como ponente en el caso de autos, considerando, en síntesis, que la aplicación taxativa del listado que el legislador previó el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 (modificadorio del art. 3 de la Ley 33 del mismo año) no vulnera ninguno de los principios a que hace mención el fallo y que igualmente desde tiempo atrás la jurisprudencia de la Sección se ha pronunciado a favor de la taxatividad de las normas que prevén los factores para efectos pensionales.

infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando” (resaltado propio del texto).

Del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de los servidores públicos cobijados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

En este punto es dable precisar que antes de la Ley 100 de 1993 quien tenía la obligación de reconocer y de pagar la pensión de jubilación a los servidores públicos era la entidad de previsión a la que estaba afiliado el servidor o en su defecto, la última entidad pública empleadora (Decreto 1848 de 1969, artículo 75).

La regla general descrita anteriormente, tiene una variación en el caso de las entidades públicas que estuvieron afiliadas y sus servidores cotizaron durante su vinculación al Instituto de Seguros Sociales. Esta situación se presentó principalmente con los trabajadores oficiales de algunas empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta que tuvieron esa posibilidad en virtud de la legislación del Seguro Social.

En estos, casos se registra una situación compleja, pues tales trabajadores cuando son sujetos del régimen de transición, son sujetos potenciales de dos regimenes de transición: el del sector público y el del Seguro Social. Y surge la duda acerca de cuál es la entidad que debe reconocer la pensión respectiva.

Si se considera que el régimen de transición aplicable es el del Instituto de Seguros Sociales, procedería a dar aplicación al régimen del ISS anterior a la Ley 100 de 1993, es decir el reglamento de pensiones del Seguro Social establecido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 750 de 1990. En este caso la pensión la concedería el ISS, cuando los trabajadores cumplan 60 años de edad y acrediten un mínimo de 1000 semanas cotizadas.

En cambio, si se considera que el régimen de transición aplicable es el del sector público, procedería dar aplicación a la Ley 33 de 1985.

Así las cosas, en virtud del principio de favorabilidad se le debe aplicar el régimen de transición del sector público; y quien debe reconocer y en principio realizar el

pago de la pensión de jubilación es la última entidad empleadora, por cuando el ISS no puede entenderse como caja de previsión.

Es pertinente en este punto resaltar lo previsto por el **Decreto 2527 de 2000** “ *Por medio del cual se reglamentan los artículos 36 y 52 de la Ley 100 de 1993, parcialmente el artículo 17 de la Ley 549 de 1999 y se dictan otras disposiciones*”, en el cual en su artículo 1 se estableció que las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones, continuarán reconociéndolas o pagándolas mientras subsistan dichas entidades respecto de quienes tuvieran el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, exclusivamente en los siguientes casos:

“1. Cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades del orden nacional hubieren cumplido a 1º de abril de 1994, los requisitos para obtener el derecho a la pensión y no se les haya reconocido, aunque a la fecha de solicitud de dicha pensión estén afiliados a otra Administradora del Régimen de Prima Media.

2. Cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades del orden territorial hubieren cumplido los requisitos para obtener el derecho a la pensión a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones en la entidad territorial del domicilio de la Caja, Fondo o entidad pública y la pensión no se les haya reconocido, aunque a la fecha de la solicitud de dicha pensión estén afiliados a otra Administradora del Régimen de Prima Media.

*3. Cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales que a la fecha de entrada en vigencia, a nivel nacional o territorial según el caso, hubieren cumplido veinte años de servicio o contaren con las cotizaciones requeridas **en la misma entidad, Caja o Fondo público**, aunque a la fecha de solicitud de la pensión estén o no afiliados al Sistema General de Pensiones.*

***También podrán hacerlo respecto de sus afiliados y en los mismos casos, las entidades a las cuales corresponda el reconocimiento de pensiones antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (...)**” (resaltado fuera del texto).*

Como se observa, la norma transcrita señala aquellos casos en los que las cajas, fondos o entidades de carácter público que reconozcan o paguen pensiones y que subsistan deben hacerlo frente a personas que en la actualidad no son afiliados suyos, sin importar que con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones se hubieren vinculado a otra administradora del Régimen de Prima Media.

El artículo 2 del Decreto 2527 de 2000, establece que de conformidad con el artículo 17 de la Ley 519 de 1999, todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados en el sector público y al ISS, serán utilizados para financiar la pensión.

De lo probado en el proceso.

El cargo y tiempo de servicio, El señor Luis Ignacio Galindo Álvarez laboró en Ferrocarriles Nacionales de Colombia desde el 16 de abril de 1975 a 25 de marzo de 1982 (fl. 112) y en el Instituto de Desarrollo Urbano desde el 25 de marzo de 1982 al 2 de julio de 2002 (fls. 343 a 350), fecha a partir de la cual se le aceptó la renuncia al cargo de Profesional Especializado 335-05, según la Resolución No. 1250 de 10 de julio de 2003 (fl. 73).

Del reconocimiento pensional. Mediante la Resolución No. 1373 de 24 de julio de 2003, se resolvió el recurso de reposición y se ordenó reconocer y pagar a favor del señor Luis Ignacio Galindo Álvarez la pensión de jubilación en cuantía de \$1.581.694 a partir del 2 de julio de 2002.

De los considerandos del acto de reconocimiento se resalta que:

“Que el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C. con Resolución No. 0234 de 18 de marzo de 2003, negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación al señor Luis Galindo Álvarez, por cuanto no es el competente para actuar para efectuar el reconocimiento de la pensión de jubilación.

(...)

Que dentro del expediente reposan los siguientes documentos: constancia de sueldos y tiempo de servicios expedidos por el Instituto de Desarrollo Urbano, Fondo de Pasivo de Ferrocarriles Nacionales, Fotocopia de la cedula de ciudadanía...

(...)

Tiempo efectivo para pensión : 9.793 días (27 años , 2 meses y 13 días).

Que de conformidad con los documentos relacionados en el considerando anterior, se establece que el solicitante cumplió veinte (20) años de servicio el 13 de abril de 1995 y cincuenta y cinco (55) años de edad el 5 de junio de 2002, por lo que reúne los requisitos para ser beneficiario del Régimen de Transición (...)

Que de conformidad con el artículo 2 de la Ley 33 de 1985 se consultó parte al Fondo de pasivos Ferrocarriles Nacionales de Colombia, entidad que con oficio No. SG-2003 del 8 de julio de 2003, acepta la cuota parte pensional.

(...)

Que revisada la nómina de pensionados de Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C. y el listado de solicitudes en trámite de Bono Pensional Tipo B no se encontró que el señor Luis Ignacio Galindo Álvarez, tuviera algún trámite pendiente de prestación económica que sea incompatible con el pago y reconocimiento de la pensión (...)" (fls. 194 a 199)

El señor Luis Ignacio Galindo Álvarez se encontraba cotizando al ISS desde el 1 de enero de 1996 a la fecha del retiro, como se infiere del oficio No. UPA-335 de 8 de abril de 2003 visible a folio 58 del expediente.

Del acervo probatorio allegado al expediente se verifica que: i) al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el señor Galindo Álvarez contaba con más de 20 años al servicio a favor del Estado; ii) se encontraba afiliado a la Caja de Previsión Social del Distrito que paso a ser el Fondo de Pensiones Públicas del Distrito; iii) el último empleador fue la entidad territorial específicamente el Instituto de Desarrollo Urbano, IDU y iv) al momento del retiro del servicio se encontraba cotizando al ISS.

Bajo los anteriores supuestos, y de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2527 de 2000 es a los Fondos de Pensiones Territoriales, quien les compete actuar como administradores del régimen de prima media y reconocer las pensiones de jubilación de los servidores públicos quienes se encontraban afiliados a ella al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y que estuvieran pendientes del reconocimiento pensional al contar con 20 años de servicio a favor del Estado.

Por lo expuesto, es al Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá, a quien le correspondía el reconocimiento pensional del señor Galindo Álvarez pues al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se encontraba afiliado al Fondo, contaba con más de 20 años de servicios a favor de entidades estatales cumpliendo así con una expectativa legítima del reconocimiento pensional por parte de la entidad a la que se encontraba cotizando en este momento, la cual es avalada por la Ley y los Decretos que aclararon la situación de la carga prestacional generada por las pensiones a cargo de las entidades territoriales.

En este punto es dable precisarse que no es posible afirmar como lo hizo el A quo que de conformidad con el Decreto 1068 de 1995, *“la competencia para realizar el pago de las pensiones corresponde a la entidad administradora de pensiones que haya recibido o le corresponda recibir el monto de las cotizaciones del periodo en el cual ocurre el siniestro, que en el caso de las pensiones de jubilación, concurre cuando cumplen los requisitos de edad y tiempo de servicios”*. Por cuanto el Decreto 1068 de 1995 *“Por el cual se reglamenta la entrada en vigencia del sistema general de pensiones en los niveles departamental, municipal y distrital, la constitución de los fondos de pensiones del nivel territorial, y la declaratoria de solvencia de las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público del nivel territorial”* si bien en su artículo 5 establece los efectos de la afiliación de los empleados públicos no dispone que quien deba reconocer el derecho pensional de jubilación sea la entidad diferente a la que se encontraba afiliado al momento de la entrada en vigencia el régimen general de pensiones, el artículo en comento textualmente reza:

“Para los servidores públicos de nivel departamental, municipal, y distrital, la afiliación surtirá efectos a partir del primer día del mes siguiente al diligenciamiento del respectivo formulario.

Será responsable de las pensiones o prestaciones económicas a que haya lugar, la entidad administradora de pensiones que haya recibido o le corresponda recibir el monto de las cotizaciones del período en el cual ocurre el siniestro o hecho que da lugar al pago de prestaciones correspondientes.

La entidad administradora de pensiones donde se encuentre afiliado el servidor público de los entes territoriales, efectuará el reconocimiento y pago de la pensión de vejez o de jubilación, una vez le sea entregado el respectivo bono pensional”.

Así, debe entenderse que disposición antes transcrita hace referencia exclusivamente a las pensiones que hace relación a la causación del siniestro de forma instantánea, es decir, las pensiones de invalidez y sobrevivientes derivadas de hechos inesperados que no permiten continuar cotizando para llegar a la obtención de una pensión de vejez o jubilación.

Así las cosas aunque al momento en que el señor Galindo Álvarez obtuvo el status pensional, esto es 5 de junio de 2002, se encontraba afiliado y cotizando por más de 5 años al ISS no es procedente afirmar que sea esta la entidad obligada a reconocer el derecho pensional, por cuanto como se anotó bajo los preceptos del Decreto 2527 de 2000 y el régimen de transición de Seguro Social, era al Fondo

Pensional Territorial al que se encontraba afiliado al momento de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para las entidades territoriales quien debía reconocer la pensión.

Concluyendo quien debió reconocer el derecho pensional es el Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C. como efectivamente lo hizo, quien se encontraba facultado para reclamar la cuota parte del monto pensional a Ferrocarriles Nacionales de Colombia como quedó consignado en el acto de reconocimiento. De igual forma, pudo reclamar al ISS el traslado de los aportes a él consignados, lo cual no se ordenó en el acto acusado al momento de liquidar la mesada pensional.

Ahora pasa la Sala resolver el segundo planteamiento del problema jurídico referido al monto pensional reconocido a favor del señor Galindo Álvarez.

Es preciso anotar que el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, constituye un mecanismo de protección establecido por el Legislador para regular el impacto del tránsito legislativo en materia pensional, de manera que el mismo no afecte desmesuradamente a quienes si bien no han consolidado el derecho a la pensión por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen un derecho cierto respecto a la aplicación de las exigencias para el reconocimiento y el monto del derecho pensional contemplados en la normatividad anterior³.

Para la Sala el actor siendo beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cobija el régimen pensional anterior y que no es otro que el establecido en las Leyes 33 y 62 de 1995. Debe reiterarse, en efecto, que la finalidad del régimen de transición pensional es preservar, bajo el principio de favorabilidad, las condiciones de edad, tiempo de servicio o cotizaciones y monto de la pensión, bajo las cuales esa persona hubiera adquirido el derecho a la pensión; de lo contrario, quedaría sujeta al régimen general, o sólo al régimen público o al régimen del Seguro Social, eventos que carecen de soporte constitucional y legal.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN sentencia de 18 de febrero de 2010. Radicación número: 25000-23-25-000-2003-07987-01(0836-08). Actor: TERESA ROBLES

Lo anterior significa que quien se pensiona con las reglas del régimen de transición debe hacerlo en su integridad bajo el régimen pensional en el que cumpla los requisitos de las correspondientes normas, ya sea sector privado, público o de jubilación por aportes.

La Sala al verificar si el actor cumplía los requisitos de tiempo de servicios y edad establecidos en la Ley 33 de 1985 y que en virtud del régimen de transición es la que regula el derecho pensional del señor Galindo Álvarez, corroboró que el actor cumplió los requisitos para adquirir el estatus de pensionado desde el 5 de junio de 2002, fecha en la que cumplió 55 años de edad y tenía más de 20 de servicios prestados al Distrito Capital de Bogotá; pero sólo el 24 de julio de julio de 2003 por medio de la Resolución No.1373, se le reconoció la pensión de jubilación aplicándose de forma parcial la Ley 33 de 1985 (en lo relacionado con la edad y tiempo de servicio) sin determinarse en dicho acto de forma expresa la manera de liquidación del monto pensional.

Por lo expuesto en precedencia, la Sala reitera que de conformidad con el marco normativo y jurisprudencial de esta providencia, al actor se le debe aplicar el régimen de transición, quedando bajo las normas de la Ley 33 de 1985 concordante con el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 todo lo relacionado con el tiempo de servicio, el monto, los factores y la forma de liquidar la pensión de jubilación.

En este orden de ideas, acogiendo las tesis mayoritaria plasmada en la sentencia de 4 de agosto de 2010 ya referida, se tiene que para determinar la base para liquidar la pensión del señor Galindo Álvarez amparado por el régimen de transición, está constituida por todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicios de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé. Por tanto, el listado de factores establecido en el artículo 3° de la referida ley, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, no es taxativo, como lo señaló la Sala en la sentencia referida, sino meramente enunciativo, garantizando de esta manera los principios de igualdad material, progresividad, primacía de la realidad sobre las formas y favorabilidad en materia laboral.

Por consiguiente, la Sala revocará la sentencia apelada en cuanto a la orden de reconocimiento pensional a favor de Luis Ignacio Galindo Álvarez a cargo del ISS

y en su lugar se dispondrá negar las suplicas de la demanda presentada por la Secretaría de Hacienda del Distrito Capital – Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C. y ordenar al Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C. realizar la reliquidación de la pensión de jubilación del señor Luis Ignacio Galindo Álvarez teniendo en cuenta los factores devengados en el último año de servicios, esto es, del 1 de julio de 2001 al 30 de junio de 2002, de conformidad con el certificado expedido visible a folios 343 a 350.

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

FALLA

REVOCASE. La sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca 27 de agosto de 2009 que accedió a las súplicas de la demanda en el proceso instaurado por la Secretaría de Hacienda del Distrito Capital- Fondo de Pensiones Publicas de Bogotá D.C..

En su lugar se dispone:

NIEGANSE las pretensiones de la demanda en el proceso instaurado la Secretaría de Hacienda del Distrito Capital- Fondo de Pensiones Publicas de Bogotá D.C..

ORDENASE al Fondo de Pensiones Publicas de Bogotá D.C. reliquidar la pensión de jubilación del señor Luis Ignacio Galindo Álvarez incluyendo en su base liquidatoria la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, tal y como se consignó en la parte motiva.

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

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ