

PENSION DE JUBILACION – Entidad obligada a su reconocimiento cuando se cotiza al régimen del Seguro Social o al régimen del sector público. Régimen de transición. Principio de favorabilidad. Derecho a la seguridad social y mínimo vital

Si se trata del régimen pensional del Seguro Social la pensión debe ser reconocida por el Instituto de Seguros Sociales y si se trata del régimen pensional del sector público, la pensión del régimen de transición debe ser reconocida por la entidad de previsión a la que estaba afiliado el servidor público o en su defecto a la última entidad empleadora, según lo dispone el Decreto 1848 de 1969

FUENTE FORMAL: DECRETO 1748 DE 1995 – ARTICULO 45 / DECRETO 1160 DE 1994 – ARTICULO 2 / DECRETO 513 DE 1994 – ARTICULO 5

PENSION DE JUBILACION – Entidad obligada a su reconocimiento cuando se aplica el régimen del Seguro Social y al régimen de empleado público. Régimen de transición

La situación del actor, como seguramente la de tantos otros empleados públicos que hicieron sus aportes pensionales al ISS, puede verse alterada por estar expuestos a dos regímenes pensionales. Por un lado el del sector público y por otro el del Seguro Social, presentándose la controversia que aquí se trata de dilucidar, cual es la de determinar la entidad encargada de reconocer la pensión de jubilación. Las entidades demandadas coinciden en que el actor es beneficiario de un régimen de transición que le permite pensionarse con 50 años de edad y 20 de servicios, pero no le reconocen la pensión por considerar que ninguna es competente. Es decir, aceptan que él tiene derecho a un régimen más beneficioso pero no lo aplican con argumentos que desconocen la finalidad de la transición, que es la de proteger de los cambios legislativos a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirirlo por estar próximas a completar los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo. Si el actor tenía derecho a pensionarse con 50 años de servicio y 20 de edad, es desproporcionado que a estas alturas no exista solución respecto de su reconocimiento, quedando en el aire el derecho pensional con grave violación de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital. En ese orden, la entidad encargada de aplicar ese régimen favorable - Sector Público- debió ser la “*última caja de previsión*” o en su defecto la “*última entidad pública empleadora*”, según lo previsto en el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995, en armonía con lo dispuesto por el artículo 5° del Decreto 813 de 1994 modificado por el artículo 2° del Decreto 1160 de 1994¹, conforme a los cuales el empleador asume la pensión

¹ **ARTICULO 2o.** El artículo 5o del Decreto 813 de 1994, quedará así:

"Transición de las pensiones de jubilación a cargo de los empleadores del sector privado. Tratándose de trabajadores vinculados con empleadores o empresas del sector privado que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, para efectos de la aplicación del régimen de transición, se seguirán las siguientes reglas:

a) Cuando el trabajador cumpla con los requisitos del régimen que se le venía aplicando, tendrá derecho al reconocimiento y pago de la pensión a cargo de dicho empleador. Reconocida la pensión de jubilación por el empleador, éste continuará cotizando al Instituto de Seguros Sociales hasta que el trabajador cumpla con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. En ese momento el ISS procederá a cubrir dicha pensión siendo de cuenta el empleador únicamente el mayor valor, si lo hubiera, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado.

El tiempo de servicios al empleador se tendrá en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo del ISS. Dicho empleador trasladará al Instituto el valor correspondiente al cálculo actuarial previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, resultante a 1o de abril de 1994, o un

en las condiciones previstas en el régimen al cual pertenece el trabajador. Lo anterior sin perjuicio de que una vez reunidos los requisitos de edad y cotizaciones establecidos en las normas del Instituto de los Seguros Sociales, este último reconozca la correspondiente pensión de vejez subrogando así la de jubilación, y a partir de allí el último empleador oficial estará presente sólo si existiere un mayor valor entre la pensión de jubilación primigenia y el monto de la pensión pagada por el Seguro Social.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1848 DE 1969 – ARTICULO 75

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “A”

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá D.C., diez (10) de noviembre de dos mil diez (2010).

Radicación número: 76001-23-31-000-2006-03676- 01(0834-09)

Actor: FREDDY ALFONSO OSORIO RAMIREZ

Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI Y OTROS

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la providencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que se inhibió para pronunciarse de fondo sobre las pretensiones de la demanda instaurada por Freddy Alfonso Osorio Ramírez contra el Municipio de Santiago de Cali –Contraloría Municipal de Santiago de Cali- y el Instituto de Seguros Sociales.

título representativo del mismo emitido por el empleador en las condiciones y con las garantías que señale la Junta Directiva del Instituto del Seguro Social. El valor de dicho cálculo se sujetará al reglamento respectivo. En el evento que no se traslade al Instituto de Seguros Sociales el valor correspondiente, el empleador o la empresa continuará con la totalidad de la pensión a su cargo; b) Cuando a 1o de abril de 1994, el trabajador tuviera 20 o más años de servicios continuos o discontinuos, al servicio de un mismo empleador o tenga adquirido el derecho a la pensión de jubilación a cargo de éste, la pensión de jubilación será asumida por dicho empleador. c) Las pensiones de jubilación causadas o reconocidas por el empleador con anterioridad al 1o de abril de

ANTECEDENTES

El demandante, mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó la nulidad de las Resoluciones Nos. 4142.1.31 JGPE-0905 del 14 de septiembre de 2005, 41.421.21 PE-341 del 15 de marzo de 2006 y 4142.1.21-374 del 11 de agosto de 2006 expedidas por el municipio de Cali, por medio de las cuales se denegó el reconocimiento y pago de una pensión vitalicia de jubilación.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se condenen a las demandadas a reconocer y cancelar una pensión de jubilación en cuantía del 75% del promedio del salario, incluyendo para el efecto todos los factores que devengó durante el último año de servicios. Así mismo pidió que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 y 177 del C.C.A.

Como hechos en los cuales fundamenta sus pretensiones expuso que prestó sus servicios al Municipio de la Unión- Valle- por 4 años, 5 meses, 1 día, a EMSIRVA por 2 años, 9 meses y 4 días y a la Contraloría Municipal de Santiago de Cali por 21 años, 1 mes y 27 días, para un total de 27 años de servicio con diferentes entidades del Estado.

Relató que el 18 de julio de 2005 elevó petición ante la Subdirección de Talento Humano del Municipio de Cali con el fin de obtener una pensión de jubilación con base en la Ley 6ª de 1945, por estar cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y de la Ley 33 de 1985.

Mediante los actos acusados el Municipio le denegó la prestación en comento por considerar que esta debió ser reconocida por el Instituto de Seguros Sociales por ser la Administradora de Pensiones a la cual se encontraba afiliado y ante quien efectuó sus respectivos aportes.

Que a su turno, el 21 de julio de 2005 también radicó ante el ISS los documentos necesarios para que le fuera reconocida una pensión de jubilación, sin embargo la misma fue denegada a través de la Resolución 00054 del 6 de diciembre de 2005, con el argumento de que a pesar de serle aplicable la

1994 que vayan a ser compartidas con el Instituto de Seguros Sociales, continuarán riegándose por las disposiciones que se venían aplicando para dichas pensiones".

disposiciones contenidas en la Ley 6ª de 1945, la entidad que debía reconocerle la pensión era la última donde prestó sus servicios, de conformidad con lo establecido en el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995.

Advirtió que la pensión solicitada debe ser reconocida con 50 años de edad y 20 de servicios, por estar cobijado por los regímenes de transición de la Ley 100 de 1993 y 33 de 1985, tal y como lo aseguran las entidades demandadas.

Explicó que si bien aportó para efectos pensionales al ISS, la pensión debe ser reconocida por el Municipio de Santiago de Cali según los factores salariales devengados en su último cargo, de conformidad con el Decreto 2527 de 2000.

Destacó que se encuentra sin trabajo y por ende desprotegido de seguridad social, con una familia que mantener y una enfermedad que requiere de muchos gastos.

Invocó como normas violadas los artículos 1º, 8º, 13, 46 y 53 de la Constitución Política, 85 del Código Contencioso Administrativo, 4º, 5º y 8º de la Ley 153 de 1887, las Leyes 6ª de 1945, 33 de 1985 y el Decreto 2527 de 2000. El concepto de violación lo desarrolló a folios 68 y siguientes del expediente.

TRAMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 10 de abril de 2007 (fl. 82) y de la misma se notificó al Municipio de Santiago de Cali, a la Contraloría del Municipio y al Instituto de Seguros Sociales, como entidades demandadas, y con el fin de integrar el contradictorio se citó al municipio de la Unión –Valle- y a la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali EMSIRVA E.S.P.

El Municipio de la Unión –Valle- propuso como excepción la *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* y consideró que la pensión reclamada por esta vía debe ser reconocida por el Municipio de Santiago de Cali, pues si bien la última entidad donde laboró fue la Contraloría Municipal, esta no tiene la facultad para comparecer por sí sola al debate judicial. Agregó que no puede ser el ISS quien le reconozca la pensión al actor como lo asegura la Administración Municipal, pues dicho Instituto sólo reconoce la pensión a los 60 años de edad y el

actor tiene derecho a que se le otorgue a los 50 años, en virtud del régimen de transición que lo cobija. (fls. 96-99)

La Empresa de Servicio Público de Aseo – EMSIRVA- afirmó que los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 como las Leyes 33 de 1985 y 100 de 1993, son reiterativos en manifestar que el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de los servidores del Estado se encuentra a cargo de las Cajas de Previsión Social; por tanto, si el actor siempre cotizó para los riesgos de jubilación por vejez con el ISS, es ante dicha entidad que debe adelantar los trámites para el reconocimiento de la misma. (fls. 108-119)

El ISS advirtió que a pesar de que el actor se encuentre dentro del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, no es posible que le reconozca la pensión de jubilación solicitada, como quiera que no acreditó los requisitos consagrados en el Decreto 2527 de 2004, cuales son que a la entrada en vigencia del referido Decreto tuviera 20 años de servicio al Municipio ó la edad y el tiempo de servicio. Propuso como excepciones la de *“Falta de jurisdicción y competencia”* e *“inexistencia de la obligación reclamada”* (fl. 141-143)

El Municipio de Santiago de Cali estimó a su turno, que no es el competente para reconocerle la pensión de jubilación al actor, como quiera que sus aportes para efectos pensionales los realizó ante el ISS, por lo que solicita que se condene al referido Instituto para que aplique el régimen de transición al que tiene derecho al actor y responda por su pensión de jubilación. Como excepciones propuso las de *“Indebida escogencia del demandado”*, *“Prescripción de mesadas”* y la que denominó como *“innominada”* (fls. 152-159)

La Contraloría Municipal de Santiago de Cali destacó que por no haber sido la que expidió los actos acusados, no está llamada a responder por la presunta ilegalidad de la actuación administrativa del Municipio.

En cuanto al fondo del asunto, manifestó que el ISS ignora el derecho pensional que le asiste al actor desde que cumplió los 50 años de edad y 20 de servicio, por estar dentro del régimen de transición establecido en la Ley 33 de 1985. Aseguró que la controversia respecto a la entidad responsable del reconocimiento de la pensión surge a raíz de la expedición del Decreto 2527 de 2000, el cual estableció que las Cajas, fondos o entidades públicas podían seguir reconociendo las pensiones en determinados casos (Artículo 1º numerales 1 a 3) y

a la vez dispuso que el ISS debía reconocer la pensión de jubilación respetando los beneficios derivados del régimen de transición (Artículo 5º)

En ese orden, consideró que a quien realmente le corresponde el reconocimiento de la prestación solicitada es al ISS. (fls. 275 a 289)

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, se declaró inhibido para conocer del asunto, por ineptitud sustantiva de la demanda. (fls. 345 a 358)

Consideró que los actos demandados fueron expedidos por la Contraloría Municipal de Santiago de Cali, entidad territorial a la que legalmente no le corresponde el reconocimiento y pago de la pensión del actor, como quiera que dicha obligación recae sobre el ISS por ser la entidad donde cotizó el actor para la contingencia de vejez; que por ello, la actuación que a su juicio se debió demandar fue la negativa del ISS de reconocer la prestación objeto de estudio, contenida en las Resoluciones 00054 del 6 de diciembre de 2005 y 05258 del 26 de marzo de 2006, los cuales no fueron acusados en este proceso.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora inconforme con la decisión de primera instancia, la apela (fls. 373-383).

En primer lugar aclara que si se demanda al Municipio de Santiago de Cali es porque la Contraloría Municipal no puede comparecer por sí sola a este debate judicial, pues su representación legal la tiene el referido ente territorial.

En segundo término critica el fallo del *a quo* en cuanto consideró que el ente encargado de reconocerle la pensión de jubilación era el ISS pero no lo condenó, a pesar de estar también demandado en el presente asunto.

Insiste en que se encuentra cobijado por el régimen de transición de la Ley 33 de 1985 y que el Municipio de Santiago de Cali- Contraloría Municipal- es el competente para reconocerle su pensión de jubilación, de conformidad con los

artículo 75 del Decreto 1848 de 1969, 45 del Decreto 1748 de 1995, 5° del Decreto 813 de 1994 y 1° [3] del Decreto 2527 de 2000.

Surtido el trámite legal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

En primer lugar, la Sala no comparte la decisión del *a quo* de declararse inhibido para pronunciarse de fondo respecto de las pretensiones de la demanda instaurada por el Señor Osorio Ramírez, pues la objeción que opone a la demanda no es de tal entidad que impida un pronunciamiento de fondo, toda vez que esta reúne los requisitos mínimos establecidos en la ley (art. 137 C.C.A.) y por eso fue admitida en su oportunidad.

En efecto, el vicio u objeción que puso de presente el Tribunal de instancia para declararse inhibido, como fue el que la actuación administrativa a demandar era la negativa del ISS de reconocerle su pensión de jubilación por ser este y no el municipio demandado el encargado de tal proceder, es mas un argumento para denegar las pretensiones de la demanda ya que no pasa de ser una consideración que incide en las mismas, pero no en el procedimiento. Por eso, se revocará la sentencia apelada y procederá a estudiar la legalidad de los actos administrativos demandados.

Para ello, la Sala hará alusión a algunas pruebas obrantes en el plenario con el fin de determinar la situación del actor frente a la pensión de jubilación que reclama.

A folio 13 del expediente se encuentra constancia expedida por la Gerente Administrativa y de Gobierno del Municipio de la Unión- Valle- donde certifica que el actor laboró para dicho ente territorial por el período comprendido entre el 2 de enero de 1969 y el 1° de junio de 1973. Así mismo reposa a folio 14 la certificación del 8 de abril de 2005 No. 11020.045.2005 expedida por el Secretario General (E) de la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali- EMSIRVA E.S.P.- donde consta que el señor Osorio Ramírez prestó sus servicios como empleado público del 7 de junio de 1973 al 11 de mayo de 1976.

Por su parte, la Directora de Gestión Humana de la Contraloría Municipal de Santiago de Cali certificó que el actor prestó sus servicios a la entidad, así: del 16 de marzo de 1977 al 15 de julio de 1986 a la Empresa de Servicios Varios Municipales de Cali- EMSIRVA- y a la Auditoria General ante el Establecimiento Público de las Empresas Municipales de Cali "EMCALI" del 16 de julio de 1986 al 4 de mayo de 1998. (fl. 15)

El actor nació el 25 de julio de 1952, según se observa de la copia de la cédula de ciudadanía que reposa a folio 12 del expediente.

Conforme a las pruebas enlistadas, como de lo reconocido por las propias entidades demandadas, se tiene que a la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 para los entes territoriales, esto es al 30 de junio de 1995, el señor Freddy Alfonso Osorio Ramírez contaba con 42 años de edad, luego se encontraba dentro del régimen de transición consagrado en el artículo 36 ibídem. De igual manera a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, el actor acreditaba más de 15 años de servicios, por lo que el régimen aplicable para efectos pensionales era el contenido en la Ley 6ª de 1945.

En ese orden, el asunto se circunscribe en determinar cual es la entidad encargada del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, pues el Municipio de Santiago de Cali considera que dicha obligación recae sobre el ISS por ser la entidad a la cual aportó para efectos pensionales, mientras que el Instituto demandado asegura que al actor se le debe aplicar lo establecido en el artículo 5º del Decreto 813 de 1994, de conformidad con el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995, que regulan el régimen de transición de las pensiones de jubilación del sector privado, que exigen para obtener la pensión de jubilación una edad de 60 años.

Para esclarecer lo anterior es dable decir que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 – "Régimen de Transición"- no señaló cual era la entidad responsable del reconocimiento de las pensiones de las personas que se encontraban en dicho régimen, pero lo lógico es que, la entidad que aplica el régimen de transición, sea la misma que reconozca la pensión.

Así las cosas, si se trata del régimen pensional del Seguro Social la pensión debe ser reconocida por el Instituto de Seguros Sociales **y si se trata del régimen pensional del sector público, la pensión del régimen de transición debe ser reconocida por la entidad de previsión a la que estaba afiliado el servidor público o en su defecto a la última entidad empleadora**, según lo dispone el Decreto 1848 de 1969, norma que regulaba el tema en el régimen pensional oficial antes de expedirse la Ley 100 de 1993, que a la letra dice:

“Artículo 75º.- Efectividad de la pensión.

1. La pensión de jubilación correspondiente se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de cumplir el tiempo de servicios requerido por la ley, si para entonces se hubiere retirado del servicio oficial sin tener la edad exigida para tal fin, o por la entidad de previsión a que esté afiliado al tiempo del retiro, si entonces cumple los requisitos de tiempo de servicios y edad señalados para el goce de la pensión.

2. Si el empleado oficial no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión social al tiempo de retirarse del servicio oficial, el reconocimiento y pago se hará directamente por la última entidad o empresa oficial empleadora.

(...)

Las directrices que se acaban de trazar para efectos de determinar el responsable del pago de la pensión de jubilación en régimen de transición parecieran cobijar a todos los empleados, tanto del sector público como del privado, que se encuentren en esa mutación.

No obstante, la situación del actor, como seguramente la de tantos otros empleados públicos que hicieron sus aportes pensionales al ISS, puede verse alterada por estar expuestos a dos regímenes pensionales. Por un lado el del sector público y por otro el del Seguro Social, presentándose la controversia que aquí se trata de dilucidar, cual es la de determinar la entidad encargada de reconocer la pensión de jubilación.

Si se dijera que el Régimen aplicable es el del Instituto de los Seguros Sociales, se tendría que remitir a las normas a las que se sujetaba el ISS anteriores a la Ley 100, las cuales establecían el derecho a la pensión de jubilación con 60 años de edad y 1000 semanas cotizadas (artículo 12 del Decreto 758 de 1990)

Ahora, si se llegare a considerar que el régimen de transición aplicable es el establecido para el sector público, procedería a darse aplicación a la Ley 33 de 1985, ó como en esta caso a la 6ª de 1945, en cuyo evento debería concederse la pensión a los 50 años de edad y 20 de servicio.

La ambigüedad jurídica que se presenta en el caso de autos, respecto de aquellos servidores públicos que cotizaron al ISS durante toda su vida laboral, parte de ella o en todo caso antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, no puede ser soportada por el prepensionado, debiéndose entonces aplicar el régimen de transición más favorable, que en este caso es el del sector público, cuyas exigencias son menores que las del Seguro Social.

Las entidades demandadas coinciden en que el actor es beneficiario de un régimen de transición que le permite pensionarse con 50 años de edad y 20 de servicios, pero no le reconocen la pensión por considerar que ninguna es competente. Es decir, aceptan que él tiene derecho a un régimen más beneficioso pero no lo aplican con argumentos que desconocen la finalidad de la transición, que es la de proteger de los cambios legislativos a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirirlo por estar próximas a completar los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo.

Si el actor tenía derecho a pensionarse con 50 años de servicio y 20 de edad, es desproporcionado que a estas alturas no exista solución respecto de su reconocimiento, quedando en el aire el derecho pensional con grave violación de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital.

En ese orden, la entidad encargada de aplicar ese régimen favorable - Sector Público- debió ser la "*ultima caja de previsión*" o en su defecto la "*última entidad pública empleadora*", según lo previsto en el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995², en armonía con lo dispuesto por el artículo 5º del Decreto 813 de 1994 modificado por el artículo 2º del Decreto 1160 de 1994³, conforme a los cuales el

² **ARTICULO 45. EMPLEADORES DEL SECTOR PÚBLICO AFILIADOS AL ISS.**

Los empleadores del sector público afiliados al ISS se asimilan a empleadores del sector privado. Por tanto, les será aplicable el Artículo 5o. del Decreto 813 de 1994 y no habrá lugar a la expedición de bono tipo B.

³ **ARTICULO 2o.** El artículo 5o del Decreto 813 de 1994, quedará así:

"Transición de las pensiones de jubilación a cargo de los empleadores del sector privado. Tratándose de trabajadores vinculados con empleadores o empresas del sector privado que tienen

empleador asume la pensión en las condiciones previstas en el régimen al cual pertenece el trabajador.

En consecuencia, correspondía al Municipio de Santiago de Cali – Contraloría Municipal- por ser la última entidad empleadora del actor, reconocerle la pensión de jubilación una vez acreditara 20 años de servicio y cumpliera 50 años de edad. Es del caso anotar de que a pesar de que el actor haya cotizado durante su vida laboral al ISS no puede entenderse como un afiliado a una “Caja de Previsión”, con la connotación que esta expresión tiene en la seguridad social y en el artículo 13 de la Ley 33 de 1985.

Esta teoría que acoge la Sala, según la cual la última entidad empleadora es la encargada de reconocer la pensión de jubilación de aquellos servidores públicos que se encontraban afiliados al ISS desde antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, puede verse reflejada en varios pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral⁴, siendo una de la más reciente la emitida en sesión del 19 de febrero de 2009, Radicado 30316, donde se dijo:

“Respecto al régimen de transición aplicable a los servidores territoriales (empleados públicos y trabajadores oficiales), conforme a la jurisprudencia de esta Sala, se deben distinguir dos situaciones: i) la de aquellos que se encontraban afiliados al ISS desde antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, caso en el cual su pensión de jubilación se rige por lo previsto en el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995, en armonía con lo dispuesto por el artículo 5 del Decreto 813 de 1994 (mod. art. 2 Decreto 1160/94), conforme a los cuales el empleador asume la pensión en las condiciones previstas en el

a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, para efectos de la aplicación del régimen de transición, se seguirán las siguientes reglas:

a) Cuando el trabajador cumpla con los requisitos del régimen que se le venía aplicando, tendrá derecho al reconocimiento y pago de la pensión a cargo de dicho empleador. Reconocida la pensión de jubilación por el empleador, éste continuará cotizando al Instituto de Seguros Sociales hasta que el trabajador cumpla con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. En ese momento el ISS procederá a cubrir dicha pensión siendo de cuenta el empleador únicamente el mayor valor, si lo hubiera, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado.

El tiempo de servicios al empleador se tendrá en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo del ISS. Dicho empleador trasladará al Instituto el valor correspondiente al cálculo actuarial previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, resultante a 1o de abril de 1994, o un título representativo del mismo emitido por el empleador en las condiciones y con las garantías que señale la Junta Directiva del Instituto del Seguro Social. El valor de dicho cálculo se sujetará al reglamento respectivo. En el evento que no se traslade al Instituto de Seguros Sociales el valor correspondiente, el empleador o la empresa continuará con la totalidad de la pensión a su cargo; b) Cuando a 1o de abril de 1994, el trabajador tuviera 20 o más años de servicios continuos o discontinuos, al servicio de un mismo empleador o tenga adquirido el derecho a la pensión de jubilación a cargo de éste, la pensión de jubilación será asumida por dicho empleador. c) Las pensiones de jubilación causadas o reconocidas por el empleador con anterioridad al 1o de abril de 1994 que vayan a ser compartidas con el Instituto de Seguros Sociales, continuarán riegándose por las disposiciones que se venían aplicando para dichas pensiones”.

⁴ Verse sentencias del 29 de julio de 1998. Expediente 10803; 21 de junio de 2001. Expediente 15.877 y de 9 de octubre de 2002. Expediente 18740.

régimen al cual pertenecía el trabajador y continúa cotizando hasta que el ISS asuma la de vejez, evento en que solo quedará a su cargo el mayor valor, si lo hubiere, y no habrá obligación a expedir el bono pensional, (...)"

Así las cosas, fue equivocada la interpretación y conclusión a la que llegó el Municipio demandado y el ISS, pues en este caso particular donde se demostró que el actor en su calidad de empleado público estaba cobijado por el régimen de transición de la Ley 33 de 1985 y afiliado al ISS, que no a una Caja de Previsión, la pensión de jubilación consagrada en la Ley 6ª de 1945, debe ser reconocida por la última entidad empleadora.

Lo anterior sin perjuicio de que una vez reunidos los requisitos de edad y cotizaciones establecidos en las normas del Instituto de los Seguros Sociales, este último reconozca la correspondiente pensión de vejez subrogando así la de jubilación, y a partir de allí el último empleador oficial estará presente sólo si existiere un mayor valor entre la pensión de jubilación primigenia y el monto de la pensión pagada por el Seguro Social.

Para finalizar se advierte que esta conclusión a la que llega la Sala se da en virtud de la situación del señor Osorio Ramírez cuyas especificidades son muy particulares, por lo que resultaría inadecuado acudir a la tesis plasmada en esta providencia para definir de manera general la entidad responsable del reconocimiento de la pensión en el régimen de transición, pues ello, se repite, depende de la particularidad propia de cada caso.

Sin necesidad de consideraciones adicionales, la Sala declarará la nulidad de los actos administrativos demandados, y en su lugar accederá a las pretensiones de la demanda.

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

F A L L A

REVOCÁSE la sentencia de 27 de enero de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dentro del proceso iniciado por Freddy Alfonso

Osorio Ramírez contra el Municipio de Santiago de Cali- Contraloría Municipal de Santiago de Cali- y el Instituto de Seguros Sociales. En su lugar se dispone:

1. DECLÁRASE la nulidad de las Resoluciones 4142.1.31 JGPE-0905 del 14 de septiembre de 2005, 41.421.21 PE-341 del 15 de marzo de 2006 y 4142.1.21-374 del 11 de agosto de 2006 expedidas por el Municipio de Cali, por medio de las cuales se denegó el reconocimiento y pago de una pensión vitalicia de jubilación al señor Freddy Alfonso Osorio Ramírez.

2. ORDÉNASE al Municipio de Santiago de Cali- Contraloría Municipal de Santiago de Cali- reconocer y pagar al señor Freddy Alfonso Osorio Ramírez una pensión de jubilación en los términos de la Ley 6ª de 1945, con base en el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995, en armonía con lo dispuesto por el artículo 5° del Decreto 813 de 1994 modificado por el artículo 2° del Decreto 1160 de 1994, conforme a los cuales el último empleador asume la pensión en las condiciones previstas en el régimen al cual pertenece el trabajador.

3. La Pensión se reconocerá a partir de la fecha en que el señor Osorio Ramírez cumplió los 50 años edad, sin perjuicio de que con posterioridad transfiera la obligación al Instituto de Seguros Sociales una vez cumpla con los requisitos exigidos para obtener la pensión de vejez que el Instituto de Seguros Sociales otorga, atendiendo lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

4. La pensión que se reconoce tendrá los reajustes de ley, acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha a partir de la cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de

ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Además, por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional comenzando desde la fecha de su causación y para las demás teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

5. A la presente sentencia se le dará cumplimiento en los términos y condiciones establecidos en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCON

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

EXP. No.: 76001-23-31-000-2006-03676-01 (0834-09) ACTOR: Freddy Alfonso Osorio Ramírez

