



Sentencia 2011-00611 de 2020 Consejo de Estado

TRABAJADOR OFICIAL DEL ISS- Cambio de naturaleza a empleado público / PENSIÓN CONVENCIONAL / DERECHOS ADQUIRIDOS

Aquellos servidores que pasaron de ser trabajadores oficiales a empleados públicos, como consecuencia de la escisión del ISS y la creación de las E.S.E., pueden beneficiarse de una convención colectiva de acuerdo con lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-314 de 2004. En efecto, en la sentencia citada, la Corte concluyó que si bien a los ex trabajadores oficiales del ISS ya no se les permite celebrar futuras negociaciones colectivas por su condición de empleados públicos, los derechos laborales y prestacionales obtenidos por esos mecanismos de negociación deben ser reconocidos, por lo menos por el tiempo en que fueron pactados. (...) es necesario advertir que la parte demandante no tenía derechos adquiridos frente al régimen pensional comprendido en la convención colectiva de trabajo, dado que no cumplió los requisitos para ser acreedora de la prestación durante su vigencia, pues contaba con una expectativa de gozar de tal beneficio, sin que exista fundamento legal o constitucional que en su caso le conceda tal derecho. En consecuencia, la actora no es beneficiaria de la pensión de jubilación en los términos de la convención colectiva suscrita por el ISS con su sindicato de trabajadores para la vigencia 2001-2004, pues esta solo rigió hasta el 31 de octubre de 2004 y para esa fecha la demandante no había consolidado el derecho a la pensión, es decir que no se puede predicar que ella tuviera derechos adquiridos frente a dicha convención. (...) Tampoco es válido solicitar el reconocimiento de una pensión de jubilación en los términos del Decreto 1653 de 1977 según el cual la cuantía de la prestación debe liquidarse con base en el «75% del promedio de lo percibido en el último año de servicios por concepto de todos los factores de remuneración que constituyen salario», pues como ya se vió la parte actora es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, disposición que remite en cuanto al IBL el periodo establecido en su inciso 3 y a los factores previstos en el Decreto 1158 de 1994. De igual manera, advierte la Sala que para que se aplique el régimen pensional consagrado en el artículo 19 del Decreto 1653 de 1977, es necesario, además de acreditar el cumplimiento de los requisitos del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que quien lo solicita haya adquirido la calidad de empleado público con la entrada en vigencia del Decreto 416 de 1997. En el presente caso, la actora no cumplió el segundo presupuesto descrito, dado que a la entrada en vigencia del Decreto 416 de 1997, ostentaba la calidad de trabajadora oficial, razón por la cual no se beneficiaría de lo previsto en el artículo 19 del Decreto 1653 de 1977.

FUENTE FORMAL : DECRETO 160 DE 2014 / CONVENIO 151 DE LA OIT / 154 DE LA OIT / CÓDIGO SUSTANTIVO DE TRABAJO - ARTÍCULO 416

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, seis (6) de agosto de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 52001-23-31-000-2011-00611-01(1870-17)

Actor: GLORIA DEL CARMEN GALARZA MERA

Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Tema: Reconocimiento pensión de jubilación

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 15 de febrero de 2017 por el Tribunal Administrativo de Nariño, por medio de la cual denegó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Pretensiones

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, la señora Gloria del Carmen Galarza Mera formuló demanda, en orden a que se declare la nulidad de los siguientes actos: i) Resolución 1090 de 3 de mayo de 2010, proferida por el gerente nacional del Instituto de los Seguros Sociales, por medio de la cual denegó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación; y ii) Resolución 0648 de 11 de abril de 2011, a través del cual resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó i) condenar a la entidad accionada al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto 1653 de 1977, a partir del 1º de marzo de 2008, cuando se produjo su retiro definitivo del servicio; ii) cancelar la prestación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el último año de servicios por concepto de asignación básica, gastos de representación, prima técnica, de gestión y de localización, primas de servicios y de vacaciones, auxilios de alimentación y de transporte, valor de trabajo en dominicales y feriados; y iii) pagar las mesadas pensionales retroactivas a las que haya lugar y los intereses moratorios a los que hace referencia el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

De manera subsidiaria, solicitó reconocer la prestación con base en alguna de las siguientes opciones:

En los términos del artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL, y en cuantía del 100% del promedio salarial devengado en el último año de servicios o según el artículo 101 *ibidem*.

Conforme a lo establecido en el artículo 21 del Decreto 1653 de 1977 y en cuantía del 75% de los salarios percibidos en el último año de servicios, a partir del 1º de marzo de 2008.

Ordenar al ISS a que proceda a concurrir con el pago que la Empresa Social del Estado Antonio Nariño en liquidación «le viene realizando por concepto de la pensión de jubilación que percibe a través de la Resolución 616 de 10 de marzo de 2008, con la finalidad de completar el monto

del 100% de lo devengado en el último año de servicios».

1.1.2. Hechos

Como hechos relevantes, el apoderado de la parte actora señaló los siguientes:

i) La señora Gloria del Carmen Galarza Mera nació el 9 de septiembre de 1949 y prestó sus servicios en el Puesto de Salud de Villa Garzón, entre julio de 1978 y julio de 1979; en la Caja Nacional de Previsión Social, entre agosto de 1979 y agosto de 1980; en el Instituto de Seguros Sociales entre el 1.º de marzo de 1986 al 5 de marzo de 1988 y del 1.º de mayo de 1988 al 26 de junio de 2003; y en la E.S.E Antonio Nariño, del 26 de junio de 2003 al 29 de febrero de 2008.

ii) Para los periodos que laboró al servicio del Instituto de Seguros Sociales ostentó la calidad de trabajadora oficial y a partir de su vinculación en la E.S.E Antonio Nariño se desempeñó como empleada pública bajo el ejercicio del empleo de médico especialista.

iii) Siendo trabajadora oficial del ISS y afiliada al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social -SINTRASEGURIDAD SOCIAL- se hizo beneficiaria de la convención colectiva de trabajo con vigencia 2001- 2004.

iv) En virtud de lo dispuesto en el Decreto 1750 de 2003 «Por el cual se escinde el Instituto de Seguros Sociales y se crean unas Empresas Sociales del Estado» pasó a ser empleada pública de la E.S.E Antonio Nariño.

v) Por reunir los requisitos exigidos en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre SINTRASEGURIDAD SOCIAL y el ISS, esto es, 50 años de edad y 20 de servicios, solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación en cuantía del 100% del promedio de lo percibido en el último año de servicios.

vi) A través de la Resolución 0616 de 10 de marzo de 2008, la E.S.E Antonio Nariño le reconoció la pensión en cuantía del 75% del promedio de los factores salariales devengados en los últimos 10 años de servicios, en aplicación de lo previsto en la Ley 33 de 1985. La anterior decisión fue confirmada a través de la Resolución 0888 de 23 de abril de 2008.

vii) El 8 de junio de 2010 elevó petición ante el Instituto de Seguros Sociales, con el fin de obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación con base en lo dispuesto en el Decreto 1653 de 1977 y/o la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL, disposiciones que le son más favorables para acceder a la prestación.

viii) A través de la Resolución 1090 de 3 de mayo de 2010, el gerente nacional del ISS, denegó el reconocimiento de la pensión de jubilación.

1.1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Como tales, se señalaron los artículos 1, 11, 48, 53, 58 y 83 de la Constitución Política; 36 de la Ley 100 de 1993; 19 y 21 del Decreto 1653 de 1977; 98 y 101 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL; y 467, 478 y 479 del Código Sustantivo de Trabajo.¹ Al desarrollar el concepto de la violación, el apoderado de la parte actora expuso los siguientes argumentos:²

i) Los actos acusados desconocen el derecho a la pensión de jubilación que le asiste a la demandante, por haber acreditado los requisitos exigidos en la convención colectiva de trabajo suscrita entre SINTRASEGURIDAD SOCIAL y el ISS, según los cuales «el trabajador oficial que cumpla veinte años (20) de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en último año de

servicios».

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática en precisar que atendiendo al principio de favorabilidad y de la «condición más beneficiosa para el trabajador» debe reconocer la pensión convencional teniendo en cuenta todos los factores devengados en el último año de servicios.

ii) De manera subsidiaria, solicitó el reconocimiento de la prestación en los términos de lo previsto en el Decreto 1653 de 1977, pues es claro que «al prestar sus servicios por más de 17 años al Instituto de Seguros Sociales y ser beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993», es procedente el reconocimiento de la pensión en los términos del mentado Decreto, esto es, en cuantía ya sea del 100% o del 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios.

1.2. Contestación de la demanda

El apoderado del Instituto de los Seguros Sociales contestó la demanda y propuso como excepciones las de «falta de legitimación en la causa pasiva, inexistencia de la obligación, buena fe, innominada, caducidad y prescripción.»³

Consideró que en virtud de lo dispuesto en las sentencias de la Corte Constitucional C-314 y C-349 de 2004, los derechos adquiridos por los ex trabajadores del ISS «le son oponibles a su nuevo empleador por causa de la escisión con la E.S.E Antonio Nariño», de tal manera que le corresponde a tal entidad el reconocimiento de la pensión convencional solicitada por la demandante, en virtud de la inexequibilidad del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003.

Refirió que la parte actora para la fecha en que se desvinculó del ISS, no había cumplido con los requisitos para adquirir el reconocimiento de la pensión de vejez convencional y por lo tanto no mediaba derecho alguno respecto de la entidad, exigencias que deben ser reclamadas a la E.S.E Antonio Nariño.

1.3. La sentencia

El Tribunal Administrativo de Nariño mediante sentencia del 15 de febrero de 2017, denegó las súplicas de la demanda. Para tal efecto, se pronunció en los siguientes términos:⁴

A pesar de que la parte actora es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no le son aplicables las disposiciones especiales anteriores establecidas en los artículos 19 y 20 del Decreto 1653 de 1977, pues no acreditó haber laborado por 20 años continuos o discontinuos al ISS, ni tampoco consideró viable «acumular tiempos de servicios prestados en otras entidades».

Al efecto, precisó que el ISS le reconoció pensión de vejez a través de la Resolución 2788 de 2011, teniendo en cuenta el tiempo laborado en el Seguro Social y en la E.S.E. Antonio Nariño dado que se trataba de una pensión compartida, razón por la cual no es dable sumar nuevamente los mismos tiempos.

No analizó el reconocimiento pensional a la luz de las disposiciones de orden convencional, señalando que ante el cambio de empleador que se presentó con la escisión establecida en el Decreto 1750 de 2003, era claro que le competía responder a la E.S.E Antonio Nariño, la cual no fue convocada en el proceso.

1.4. El recurso de apelación

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación en el que solicitó revocar la sentencia de primera instancia y acceder a las pretensiones, con fundamento en lo siguiente: ⁵

Señaló que la parte actora ha gozado del reconocimiento pensional por cuenta de la E.S.E. Antonio Nariño bajo los parámetros de lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, pese a que es claro que por tratarse de una ex servidora del Instituto de los Seguros Sociales debe percibir la prestación con base en lo dispuesto en la Convención Colectiva de trabajo suscrita con SINTRASEGURIDAD SOCIAL o en los términos de lo dispuesto en el Decreto 1673 de 1977, pues resultan más favorables en materia prestacional.

Advirtió que acreditó más de 20 años de servicio, dentro de los cuales 17 fueron exclusivos al servicio del Instituto de Seguros Sociales y los 5 restantes fueron prestados en la E.S.E Antonio Nariño, circunstancias que permiten acceder a los beneficios convencionales y legales para acceder a una «pensión de jubilación patronal» que se traduce en la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, y no como de manera errada le viene siendo reconocida, esto es, con los factores del Decreto 1158 de 1994.

Señaló que la prestación solicitada es «completamente autónoma» de la pensión de vejez que tiene derecho y que no puede ser traída a colación, pues la que debe ser reconocida en esta instancia radica en la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES la cual está sustentada en cotizaciones independientes.

1.5. Alegatos de conclusión

1.5.1. Parte demandante

La señora Gloria del Carmen Galarza, por conducto de apoderado, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, relacionados con el reconocimiento de la pensión de jubilación en los términos de lo previsto en el Decreto 1653 de 1977, pues es evidente que debe preservar las prevendas especiales aplicables a los empleados del ISS según el cual la liquidación debe incluir todos los factores que devengó en el último año de servicios.⁶

1.5.2. Parte demandada

La parte demandada, en su escrito de alegatos de conclusión solicitó se confirme la sentencia proferida por *a quo* e insistió que la actora no logró ser beneficiaria de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL, ni tampoco le son aplicables las previsiones del Decreto 1653 de 1977, pues esta última disposición fue derogada con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.⁷

1.6. Ministerio Público

El agente del ministerio público guardó silencio.

2. Consideraciones

2.1. Problema jurídico

Se circumscribe a determinar si la señora Nancy Stella López Peña tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación en los términos de la Convención Colectiva suscrita por el ISS con su sindicato de trabajadores para la vigencia 2001-2004 o de acuerdo a lo previsto en el Decreto 1653 de 1977.

2.2. Marco normativo

El presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas por la Ley 65 de 1967, expidió el Decreto 3135 de 1968 «Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales». Esta disposición en su artículo 5 señaló lo siguiente:

Artículo 5.- Empleados públicos y trabajadores oficiales. Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

La anterior disposición fue reglamentada por el Decreto 1848 de 1969, en la que distinguió las categorías de los empleados públicos y trabajadores oficiales así:

ARTÍCULO 2.- Empleados públicos. 1. Las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales, son empleados públicos.

[...]

ARTÍCULO 3.- Trabajadores oficiales. Son trabajadores oficiales los siguientes:

a. Los que prestan sus servicios a las entidades señaladas en el inciso 1 del artículo 1 de este decreto, en la construcción y sostenimiento de las obras públicas, con excepción del personal directivo y de confianza que labore en dichas obras; y

b. Los que prestan sus servicios en establecimientos públicos organizados con carácter comercial o industrial, en las empresas industriales o comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, "con excepción del personal directivo y de confianza que trabaje al servicio de dichas entidades". Es nulo lo que aparece subrayado. Sentencia del 16 de julio de 1971. t. LXXXI, del C. de E). Ver Ley 190 de 1995 Radicación 1072 de 1998 Sala de Consulta y Servicio Civil.»

[...]

Y en su artículo 7 *ibídem* estableció:

Regla general.1. Las normas de este Decreto y del Decreto 3135 de 1968, que consagra prestaciones sociales, se aplicarán a los empleados públicos nacionales de la rama administrativa del poder público, mientras la ley no disponga otra cosa.2. Se aplicarán igualmente, con el carácter de garantías mínimas a los trabajadores oficiales, salvo las excepciones y limitaciones que para casos especiales se establecen en los

decretos mencionados, y sin perjuicio de los que solamente para ellos establezcan las convenciones colectivas o laudos arbitrales, celebradas o proferidos de conformidad con las disposiciones legales que regulan el derecho colectivo del trabajo. Ver: Artículo 15 Ley 91 de 1989 Ramo docente. Artículo 14 Decreto Nacional 3135 de 1968 Artículo 4 Decreto Nacional 1045 de 1978.

Conforme a las normas transcritas, se tiene que los únicos servidores públicos que pueden ser beneficiarios de las disposiciones de las convenciones colectivas son los trabajadores oficiales. No obstante, se debe determinar si las cláusulas convencionales que mejoran las condiciones salariales y prestacionales de dichos trabajadores se siguen aplicando aun cuando varíe su condición y pasen a ostentar la calidad de empleados públicos.

Sobre el particular, se tiene que el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo, previó su aplicación a todas las personas empleadas por la administración pública «en la medida en que no les sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales del trabajo», y en su artículo 7 precisó:

ARTÍCULO 7: Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones. [...]».

Por su parte, el Convenio 154 de la citada Organización, se refiere al fomento de la negociación colectiva, y se dirige a que sea posible entre todos los empleadores y a todas las categorías de trabajadores a las cuales se aplica dicho Convenio.

Es del caso precisar que si bien el artículo 55 de la Constitución Política⁸ garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, dicha prerrogativa admite excepciones legales como la misma norma lo prevé.

Una de las excepciones previstas en la ley para la negociación colectiva está establecida en el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, en el sentido de que los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones deben tramitarse en los mismos términos que los demás, aun cuando no pueden declarar o hacer huelga en tratándose de los servicios públicos esenciales.

No obstante, el artículo 416 *ibídem* ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial con la entrada en vigencia de los mentados Convenios de la Organización Internacional del Trabajo - OIT 151 y 154, adoptados por la legislación nacional mediante las Leyes 411 de 1997⁹ y 524 de 12 de agosto de 1999.

En efecto, en sentencia C-1235 de 2005 la Corte Constitucional analizó la viabilidad de hacer un estudio de constitucionalidad concordado con los instrumentos internacionales concluyendo respecto de la negociación colectiva frente a los empleados públicos que «surge con claridad, entonces, que se está ante un panorama legal distinto al que existía cuando la Corte, en el año de 1994, en la sentencia C-110 de 1994, examinó el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, pues, por un lado, no habían sido incorporados por medio de la ley, los Convenios 151 y 154 de la OIT, tantas veces citados, y del otro, los cambios introducidos son sustanciales y acordes con la Constitución, por las razones expuestas en las sentencias que aprobaron dichos tratados».

La Corte Constitucional advierte una nueva situación en vigencia de los citados convenios y considera que la imposibilidad de los empleados públicos de presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas no riñe con el ordenamiento jurídico superior, en la medida en que la negociación colectiva no se identifica con dichos institutos, sino que comprende un mayor campo de acción a través de diversas figuras que pueden ser utilizadas por los empleados públicos. Por ello, deben buscarse mecanismos de concertación que permitan equilibrar la tensión existente entre el derecho de los empleados públicos de intervenir en las decisiones que afectan su ejercicio laboral, con la competencia de las autoridades constitucionalmente establecidas en el orden nacional y territorial, para fijar las condiciones laborales de quienes están vinculados al Estado mediante una relación legal y reglamentaria.

En su decisión la Corte instó al legislador a regular claramente los mecanismos de concertación de los empleados públicos, con el objeto de garantizar su derecho a la negociación colectiva, dentro de los límites que imponen su papel dentro del Estado¹⁰.

Con tal propósito, el Gobierno Nacional mediante el Decreto 160 del 5 de febrero de 2014 reguló el procedimiento de negociación entre las organizaciones sindicales de empleados públicos y las entidades públicas y estableció en su artículo 5.º lo siguiente:

Materias de negociación. Son materias de negociación:

1. Las condiciones de empleo, y
2. Las relaciones entre las entidades y autoridades públicas competentes y las organizaciones sindicales de empleados públicos para la concertación de las condiciones de empleo.

PARÁGRAFO 1. No son objeto de negociación y están excluidas, las siguientes materias:

1. La estructura del Estado y la estructura orgánica y la interna de sus entidades y organismos;
2. Las competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado;
3. El mérito como esencia y fundamento de las carreras especiales y de la carrera administrativa general y sistemas específicos;
4. La atribución disciplinaria de las autoridades públicas;
5. La potestad subordinante de la autoridad pública en la relación legal y reglamentaria.

PARÁGRAFO 2. En materia salarial podrá haber negociación y concertación, consultando las posibilidades fiscales y presupuestales; sin perjuicio de lo anterior, en el nivel territorial, se respetarán los límites que fije el Gobierno Nacional. En materia prestacional las entidades no tienen facultad de negociar y concertar, toda vez que por mandato constitucional y legal la única autoridad competente para regular la materia es el Presidente de la República.

Como puede observarse, los empleados públicos no gozan de un derecho pleno a la negociación colectiva; y si bien es cierto no se les puede vulnerar su derecho a buscar medios de concertación, voluntaria y libre, la participación en la toma de las decisiones que los afectan no pueden quebrantar la facultad que ostentan las autoridades constitucional y legalmente establecidas de fijar, de forma unilateral, sus condiciones laborales.

En esas condiciones, se hace necesario analizar los efectos que la escisión del ISS causó en las prerrogativas de la convención colectiva vigentes hasta ese momento, para sus trabajadores, cuya vinculación se transformó de trabajadores oficiales a empleados públicos.

2.2.1. Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL

Aquellos servidores que pasaron de ser trabajadores oficiales a empleados públicos, como consecuencia de la escisión del ISS y la creación de las E.S.E., pueden beneficiarse de una convención colectiva de acuerdo con lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-314 de 2004.

En efecto, en la sentencia citada, la Corte concluyó que si bien a los ex trabajadores oficiales del ISS ya no se les permite celebrar futuras negociaciones colectivas por su condición de empleados públicos, los derechos laborales y prestacionales obtenidos por esos mecanismos de negociación deben ser reconocidos, por lo menos por el tiempo en que fueron pactados.

Con base en lo anterior, estimó que la definición de los derechos adquiridos contenida en el artículo 18 del Decreto Ley 1750 de 2003, resultaba contraria al ordenamiento constitucional¹¹, en tanto el decreto originalmente protegía únicamente los derechos que habían ingresado definitivamente en el patrimonio jurídico de los afectados, dejando por fuera los beneficios futuros pactados en la Convención Colectiva celebrada el 1 de noviembre de 2001.

Estos fueron los razonamientos de la Corte, en relación con los derechos adquiridos de los trabajadores oficiales cuyo régimen fue transformado por el de empleados públicos:

[...]Finalmente, el aparte final del inciso estudiado señala que "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", queriendo significar con ello que si la prestación no ha ingresado en el patrimonio, no será cobijada como derecho adquirido.

Aunque en principio esta expresión podría considerarse respetuosa de los criterios jurisprudenciales esbozados en torno a los derechos adquiridos, esta Corporación considera que la misma resulta restrictiva de la protección constitucional que la Carta ofrece a las garantías laborales

[...]Para la Corte, la ambigüedad de la definición radica en que no existe una clara diferencia entre la prestación que se ha causado y la que ha ingresado en el patrimonio del trabajador, pues cuando una prestación o un derecho han sido causados se entienden incorporados en el patrimonio del acreedor. Así las cosas, el legislador considera como hipótesis distintas aquellas que para la doctrina son una misma, por lo que, no siendo posible determinar con exactitud cuándo el derecho de que se habla se ha adquirido o permanece como mera expectativa, la norma debe ser retirada del ordenamiento jurídico.

El carácter restrictivo de la expresión acusada no proviene únicamente de los dos criterios vistos. Al definir los derechos adquiridos como aquellos que han ingresado al patrimonio del servidor o que han sido causados, el legislador deja por fuera de dicha definición los derechos obtenidos mediante convenciones colectivas de trabajo celebradas por los trabajadores oficiales cuyo régimen fue transformado por el de empleados públicos.

[...]Ya que la convención colectiva de trabajo es un sistema jurídico que rige contratos de trabajo determinados, es posible afirmar que, en lo que respecta a los trabajadores cobijados por ellas, aquella es fuente de derechos adquiridos por lo menos durante el tiempo en que dicha convención conserva su vigencia. Por lo mismo, dado que la definición prevista en el artículo 18 del decreto 1750 de 2003 deja por fuera los derechos derivados de las convenciones colectivas de trabajo por el tiempo en que fueron pactadas, aquella resulta restrictiva del ámbito de protección de tales derechos de conformidad con el contexto constitucional y, por tanto debe ser retirada del ordenamiento jurídico.

De conformidad con lo dicho, esta Corporación estima que la expresión «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», es inconstitucional por restringir el ámbito constitucional de protección de los derechos adquiridos, el cual, como se vio, trasciéndela simple definición contenida en el artículo 18[...].

Para la Sala, no hay duda de que la mentada interpretación hace tránsito a cosa juzgada constitucional, y vincula en su práctica no sólo a los

operadores jurídicos, sino también a las autoridades administrativas.

Bajo las anteriores condiciones, las Empresas Sociales del Estado no pueden negarse a reconocer a sus servidores los beneficios prestacionales pactados en la convención colectiva, por lo menos hasta el término de su vigencia, esto es, 3 años contados a partir del 1.º de noviembre de 2001, es decir, hasta el 31 de octubre de 2004, de acuerdo con el artículo 2.º de la convención.

En concordancia con lo expuesto, es preciso reseñar que la Corte Constitucional en la Sentencia C-439 de 2004 declaró condicionalmente exequibles las expresiones «automáticamente» y «sin solución de continuidad» contenidas en el artículo 17 del Decreto 1750 de 2003, y «automáticamente» contenida en el artículo 18, parágrafo transitorio, bajo el entendido de que se respeten los derechos adquiridos, conforme a lo expuesto en la sentencia C-314 de 2004. Sobre el particular señaló:

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, la Corte estima que las expresiones acusadas contenidas en el artículo 17 y en el parágrafo del artículo 18 del Decreto 1750 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 y de garantías convencionales, la Corte declarará su exequibilidad bajo el entendido que se respeten dichos derechos adquiridos, conforme a lo expuesto en la sentencia C-314 de 2004.

En consecuencia, constituye un deber a cargo de las E.S.E. reconocer los beneficios pactados en la convención colectiva a sus servidores hasta la fecha de vigencia inicialmente pactada (31 de octubre de 2004). Acerca de los beneficios de la citada convención, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado lo siguiente¹²:

[...]De acuerdo con lo expuesto por la Corte Constitucional, la Sala considera que los beneficios derivados de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el Instituto de Seguros Sociales y el sindicato de trabajadores SINTRASEGURIDAD, debieron extenderse hasta el 31 de octubre de 2004, fecha en que terminó la vigencia de la misma, conforme con la certificación expedida por el Coordinador del Grupo de Archivo Sindical del Ministerio de la Protección Social.

Lo anterior, considerando que al mutar la naturaleza jurídica de los trabajadores a empleados públicos y pasar a ser parte de la planta de personal de una empresa social del Estado, no le siguen siendo aplicables las disposiciones del derecho colectivo del trabajo y, por tanto, no pueden válidamente invocar la prórroga automática de la convención a que hace mención el artículo 478 C.S.T., que prevé que si dentro de los 60 días anteriores al vencimiento de su término de expiración las partes o una de ellas no hubiere manifestado por escrito su voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por períodos sucesivos de seis meses en seis meses; ni mucho menos pueden acudir a la denuncia de la convención por ser empleados públicos y estar vinculados a una entidad pública diferente a la que suscribió la convención colectiva que pretende siga siendo aplicable [...].

El anterior criterio fue reiterado por esta Corporación, en los siguientes términos:¹³

[...] De conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-314 de 2004 la protección de los derechos convencionales por

un tiempo, deriva del concepto de derecho adquirido y de la afirmación según la cual la Convención Colectiva es en verdad un instrumento al que se someten las relaciones laborales que se ven afectadas por el mismo durante su vigencia.

La prórroga automática contenida en el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social¹⁴, no encuadra dentro de dicho concepto de derecho adquirido pues ella es una mera posibilidad que ante la actitud pasiva de las partes el instrumento convencional sigue vigente y, en consecuencia, no puede sostenerse que los trabajadores oficiales al 25 de junio de 2003 tenían un verdadero derecho adquirido a que se prorrogara el término de la convención.

Adicionalmente a ello, no puede perderse de vista que para el 31 de octubre de 2004 la mayoría de trabajadores de la E.S.E., dentro de los cuales se encuentra el accionante, ostentaban la condición de empleados públicos y por lo tanto no podían denunciar la convención, suscribir una nueva o convocar un tribunal de arbitramento. [...]».

La posición anteriormente transcrita fue unificada por la Sala Plena de la Corte Constitucional, mediante la sentencia SU-897 del 31 de octubre de 2012, como a continuación se muestra:

[...] se concluye que, si bien los empleados públicos no pueden celebrar convenciones colectivas, los trabajadores oficiales otrora pertenecientes a la Vicepresidencia de salud del ISS que eran beneficiarios de la convención colectiva vigente hasta el año 2004, no perdieron las ventajas que esta convención les reconocía por el simple hecho de que su vínculo con la administración cambió, ya que dichas ventajas y prebendas constituían derechos adquiridos que debían ser respetados por sus nuevos empleadores, por el tiempo en que fue pactada la convención.

Estas son las razones por las cuales la Sala Plena de la Corte constitucional concluye que la convención celebrada entre el ISS y sus trabajadores oficiales pertenecientes a la vicepresidencia de salud estuvo vigente hasta el 31 de octubre de 2004, no obstante haber desaparecido el ISS en el 2003 por virtud del tantas veces mencionado Decreto ley 750 de 2003 (SIC).

[...]

El principal argumento es que, como se explicó anteriormente, los empleados públicos no pueden disfrutar de beneficios convencionales. No obstante, en este caso, en virtud de la protección que la Constitución dispensa respecto de los derechos adquiridos -artículo 58-, dichos beneficios se mantuvieron hasta que se cumplió el plazo inicialmente pactado en la convención, esto es hasta el 31 de octubre de 2004. Entender que a partir de este momento la convención se prorrogó indefinidamente no es de recibo en el ordenamiento jurídico colombiano, en virtud de las siguientes razones:

[...]

En resumen, no puede entenderse que, una vez cumplido el término por el que fue pactada, una convención colectiva se prorroga indefinidamente, con base en los términos del artículo 478 del CST, incluso cuando:

i) se ha cambiado de empleador;

ii) el antiguo empleador ha dejado de existir; y

iii) los antiguos beneficiarios ahora tienen un vínculo jurídico que no les permite disfrutar de beneficios convencionales.

Estos son los argumentos que llevan a la Sala Plena de la Corte Constitucional a modificar la jurisprudencia de la Sala Sexta de Revisión y

adoptar la posición anteriormente expuesta, consistente en entender que la convención colectiva celebrada entre SINTRASEGURIDAD SOCIAL y el ISS, estuvo vigente por el plazo inicialmente pactado, esto es, del 1º de noviembre de 2001 al 31 de octubre de 2004. [...]». (Negrillas de la Sala)

Conforme a lo anterior, no cabe duda de que el instrumento normativo en cuestión sólo conservó su rigor hasta el 31 de octubre de 2004 y salvo las situaciones jurídicas consolidadas a dicha fecha, no es posible su aplicación a las personas que se desempeñaban como trabajadores y con ocasión de la escisión del ISS pasaron a ser empleados públicos.

En efecto, la Corte Constitucional en sentencia SU-086 de 2018 retomó el tema relacionado con la posibilidad de que aquellas personas que, siendo trabajadores oficiales del ISS fueron incorporados como empleados públicos a las empresas sociales del Estado que se crearon con el Decreto 1750 de 2003, se beneficiaran de una pensión de jubilación reconocida bajo los parámetros del artículo 98 de la Convención Colectiva del Trabajo con vigencia 2001-2004, suscrita por el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL. En dicha oportunidad consideró que, de acuerdo con las reglas previamente anotadas, si el servidor incorporado consolidaba su derecho pensional antes del 31 de octubre de 2004, debía ser objeto de protección constitucional. Con ello, no resultan admisibles los argumentos basados en posiciones contrarias a la adoptada mediante las referidas sentencias de unificación.

2.3. Hechos probados

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, se puede establecer lo siguiente:

- La señora Gloria del Carmen Galarza Meña nació el 9 de septiembre de 1949, en Colon (Putumayo) .¹⁵

- A través de la Resolución 0616 de 10 de marzo de 2008, la E.S.E Antonio Nariño ordenó el reconocimiento de la pensión de jubilación a favor de la señora Gloria del Carmen Galarza Mera, a partir del 1.º de marzo de 2008, en cuantía del 75% del promedio de lo percibido en los últimos 10 años de servicio y atendiendo a los factores previstos en el Decreto 1158 de 1994.¹⁶ Para tal efecto, computó el tiempo laborado al Seguro Social - Seccional Cauca entre el 12 de febrero de 1986 al 7 de mayo de 1989; y del 1 de junio de 1989 al 25 de junio de 2003; y en la Empresa Social del Estado Antonio Nariño entre el 26 de junio de 2003 al 29 de febrero de 2008.

En los considerandos de la citada resolución, se precisó que «la prestación aquí reconocida tiene el carácter de compartida con la pensión de vejez a cargo de la Administradora de Pensiones ISS, y por tanto al cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos en el Sistema General de Pensiones, para el otorgamiento de la pensión de vejez, la citada administradora asumirá su reconocimiento y pago, siendo de cuenta del empleador únicamente la diferencia que resultare entre el valor de la pensión de vejez y el valor de la pensión de jubilación por el otorgada si a ello hubiere lugar».

- A través de la Resolución 1090 de 3 de mayo de 2010, el gerente nacional de Instituto de Seguros Sociales denegó el reconocimiento de la pensión de jubilación «prevista en el Decreto 1653 de 1977 y/o artículo 98 de la Convención Colectiva de trabajo Suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL». En el referido acto se expuso lo siguiente:¹⁷

Que de acuerdo con la información registrada en la base de datos de esta gerencia, se estableció que la señora GALARZA MERA CLORIA DEL CARMEN nació el 9 de septiembre de 1949 y laboró en el ISS desde el 1º de junio de 1989 hasta el 25 de junio de 2003 y a partir del 26 de junio del mismo año, quedó automáticamente incorporada sin solución de continuidad, en la planta de personal de la Empresa Social del Estado Antonio Nariño.

Que GALARZA MERA GLORIA DEL CARMEN cumplió las condiciones del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Que el artículo 19 del Decreto 1653 de 1977 establece:

El funcionario de la 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 factores salariales de remuneración

[...] En lo referente al reconocimiento prestacional como quiera que no se toman en cuenta para el computo de los veinte (20) años de servicio, los laborados en la respectiva Empresa Social del Estado, sino exclusivamente los servidos continua y discontinuamente al instituto, será de cargo de este último, el respectivo reconocimiento y pago de la prestación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995, que establece que los empleados del sector público afiliados al ISS se asimilan al sector privado y por ello se ciñen a las reglas dispuestas en el artículo 4 del Decreto 813 de 1994, modificado por el artículo 1 del Decreto 1160 de 1994, por lo tanto deberá continuar cotizando a la correspondiente administradora de pensiones a efecto de compartir la prestación, una vez se cumplan los requisitos establecidos en el régimen de prima media como prestación definida para la respectiva pensión de vejez.

[...] que GALARZA MERA GLORA DEL CARMEN no laboró en el Instituto de Seguros Sociales los veinte años exigidos en el artículo 19 del Decreto 1653 de 1977, toda vez que prestó sus servicios desde el 1 de junio de 1989 hasta el 25 de junio de 2003, contabilizándose solo 14 años, 00 meses y 25 días, por lo tanto no es viable el reconocimiento de la prestación solicitada.

Que sobre la aplicación de la pensión de jubilación prevista en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo es necesario tener en cuenta lo señalado por la Dirección Jurídica del ISS en concepto DJN-UAL de 5 de septiembre de 2002, según el cual las normas convencionales transcritas nos permiten colegir que para tener derecho a la pensión de jubilación convencional, es requisito *sine quanon* tener la calidad de trabajador oficial, pues así lo señala no solo la convención colectiva de trabajo sin la ley cuando estipula el campo de aplicación de la misma, en cuyo artículo 467 del C.S.T expresa:

[...] indica lo anterior que solo se aplican las normas convencionales a quienes tengan la calidad de trabajadores oficiales a menos que la misma convención extienda su aplicación a los ex trabajadores.

Corroborar lo anterior la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, magistrada ponente, doctora Elsy del Pilar Cuello Calderón, radicación 1544, que sobre el asunto dijo:[...]con relación al artículo 467 del Código Sustantivo de Trabajo, el tribunal indicó que según tal normativa la convención colectiva fija las condiciones que regirán los contratos de trabajo que ello implica que por principio se tiene derecho a los beneficios convencionales cuando se es trabajador y durante el tiempo de vigencia del respectivo acto jurídico convencional. Tal razonamiento en nada transgrede el alcance y sentido del citado precepto, pues eso es lo que expresa su tenor literal. Adicionalmente no se observa que el juzgador le diera al precepto legal un entendimiento restringido por no conceder beneficios después de su vigencia y respecto de personas que ya no ostentan la calidad de trabajadores dado que se reitera que en principio el convenio colectivo se dirige precisamente para regular relaciones de trabajo en vigor, esto es, las condiciones que rigen tales vínculos.

[...]Que por lo expuesto y en consideración a que GALARZA MERA GLORA DEL CARMEN no cumplió con el tiempo de servicio exigido por la norma convencional al 25 de junio de 2003, condiciones que acredita cuando ya no era servidora del instituto, no cumpliendo los requisitos de edad y tiempo de servicios exigidos por la norma convencional estando vigente el vínculo laboral con el instituto, por tanto no es posible reconocer la pensión de jubilación en los términos del artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo.

-A través de la Resolución 0648 de 11 de abril de 2011, el gerente nacional de recursos humanos del ISS, rechazó el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión.¹⁸

- A folios 56 a 59 obra copia de los factores salariales que devengó la parte actora entre enero de 2007 y febrero de 2008.

-A folio 223¹⁹, obra copia del reporte de semanas cotizadas al ISS de los periodos comprendidos entre el 12 de febrero de 1986 al 7 de mayo de 1989; y del 1 de junio de 1989 al 29 de febrero de 2009.

2.4. Caso Concreto. Análisis de la Sala

i) La señora Gloria del Carmen Galarza Mera, en el escrito de apelación, invoca el reconocimiento de la pensión de jubilación, por haber acreditado los requisitos de edad y tiempo de servicios establecido en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre SINTRASEGURIDAD SOCIAL y el ISS, razón por la cual, esta Sala deberá establecer si es beneficiaria de la pensión de jubilación convencional.

Sobre el particular, se tiene que el 31 de octubre de 2001 el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social y el Instituto de Seguros Sociales suscribieron una Convención Colectiva de Trabajo, que incluyó dentro de sus beneficios los siguientes:

ARTÍCULO 98. PENSIÓN DE JUBILACIÓN

El trabajador oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:

- (i) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio.
- (ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.
- (iii) Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2007, 100% del promedio mensual de lo recibido en los cuatro últimos años de servicio.

Para estos efectos se tendrán en cuenta los siguientes factores de remuneración:

- a. Asignación básica mensual
- b. Prima de servicios y vacaciones
- c. Auxilio de alimentación y transporte
- d. Valor de trabajo nocturno, suplementario y en horas extras
- e. Valor del trabajo en días dominicales y feriados

No obstante lo anterior, cuando hubiere lugar a la acumulación de las pensiones de jubilación y de vejez, por ningún motivo podrá recibirse en conjunto, por uno y otro concepto, más del ciento por ciento (100%) 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.

[...].

El 28 de octubre de 2004, la representante legal del Instituto de Seguros Sociales denunció parcialmente la Convención Colectiva de Trabajo suscrita con SINTRASEGURIDADSOCIAL con vigencia del 1.º de octubre de 2001 al 31 de octubre de 2004, en relación con aspectos plenamente identificados, entre ellos el relacionado con el régimen de pensiones de jubilación previsto en el artículo 98 de la convención colectiva, toda vez que tal carga prestacional hacía inviable económicamente a la entidad.

El 24 de abril de 2014, el apoderado general de la Fiduciaria La Previsora, Fiduprevisora S.A. en su condición de liquidador del ISS Sociales denunció totalmente la Convención Colectiva de Trabajo firmada con SINTRASEGURIDADSOCIAL con vigencia del 1.º de octubre de 2001 al 31 de octubre de 2004.

De acuerdo con lo expuesto, la convención colectiva suscrita por el ISS y su sindicato, creó un régimen más favorable para efectos de obtener la pensión de jubilación, habida cuenta de que exigió 20 años de servicio y 50 de edad, para mujeres, y 55 para hombres y contempló una cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que allí se indica.

Ahora bien, la naturaleza jurídica de la relación laboral de la actora mutó a empleada pública al ser incorporada a la ESE Antonio Nariño a partir del 26 de junio de 2003, lo que implica que según lo consignado por la Corte Constitucional en las sentencias C-349 de 2004, SU-897 de 2012 y SU-086 de 2018, solamente pudo gozar de los beneficios de la convención colectiva de trabajo 2001-2004, hasta su vigencia inicial, es decir, hasta el 31 de octubre de 2004, momento para el cual la demandante si bien contaba con 50 años de edad no tenía 20 años de servicio.

En efecto, se observa que la señora Galarza Meña al momento de incorporarse a la E.S.E no tenía 20 años de servicio, toda vez que el tiempo de vinculación que se prestó al ISS desde el 12 de febrero de 1986 al 7 de mayo de 1989 y del 1.º de junio de 1989 al 26 de junio de 2003 arroja un periodo total de 17 años, 3 meses y 18 días.

Es preciso destacar que el periodo que señala la actora en la demanda como laborado en el «puesto de Salud de Villa Garzón entre el julio de 1978 y julio de 1979 y el cotizado a Cajanal entre agosto de 1979 y agosto de 1980» no se puede computar en los términos de lo dispuesto en el artículo 101 de la convención colectiva, toda vez que en el plenario no existe material probatorio que permita establecer cotizaciones o afiliaciones al sistema general de pensiones, por esos periodos.

En ese orden, es necesario advertir que la parte demandante no tenía derechos adquiridos frente al régimen pensional comprendido en la convención colectiva de trabajo, dado que no cumplió los requisitos para ser acreedora de la prestación durante su vigencia, pues contaba con una expectativa de gozar de tal beneficio, sin que exista fundamento legal o constitucional que en su caso le conceda tal derecho.

En consecuencia, la actora no es beneficiaria de la pensión de jubilación en los términos de la convención colectiva suscrita por el ISS con su sindicato de trabajadores para la vigencia 2001-2004, pues esta solo rigió hasta el 31 de octubre de 2004 y para esa fecha la demandante no había consolidado el derecho a la pensión, es decir que no se puede predicar que ella tuviera derechos adquiridos frente a dicha convención.

ii) Ahora bien, en vista de que la parte actora es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993,²⁰ debe citarse el criterio adoptado por esta Corporación en sentencia de unificación,²¹ según el cual quedó claro que el ingreso base de liquidación de los beneficiarios de tal norma no fue sujeto a transición. Así, se establecieron como sub reglas las siguientes:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado

durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Y en cuanto a la segunda subregla, determinó que «que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones, los cuales deben estar consagrados en el Decreto 1158 de 1994».

De acuerdo a lo expuesto, tampoco es válido solicitar el reconocimiento de una pensión de jubilación en los términos del Decreto 1653 de 1977²² según el cual la cuantía de la prestación debe liquidarse con base en el «75% del promedio de lo percibido en el último año de servicios por concepto de todos los factores de remuneración que constituyen salario», pues como ya se vió la parte actora es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, disposición que remite en cuanto al IBL el periodo establecido en su inciso 3 y a los factores previstos en el Decreto 1158 de 1994.

De igual manera, advierte la Sala que para que se aplique el régimen pensional consagrado en el artículo 19 del Decreto 1653 de 1977, es necesario, además de acreditar el cumplimiento de los requisitos del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que quien lo solicita haya adquirido la calidad de empleado público con la entrada en vigencia del Decreto 416 de 1997.²³

En el presente caso, la actora no cumplió el segundo presupuesto descrito, dado que a la entrada en vigencia del Decreto 416 de 1997, ostentaba la calidad de trabajadora oficial, razón por la cual no se beneficiaría de lo previsto en el artículo 19 del Decreto 1653 de 1977.

Ahora bien, es necesario precisar que la E.S.E. Antonio Nariño mediante la Resolución 0616 de 10 de marzo de 2008,²⁴ ordenó el reconocimiento de la pensión de jubilación a favor de la señora Gloria del Carmen Galarza Mera, a partir del 1.º de marzo de 2008,²⁵ acto administrativo que en sus considerandos preciso que «la prestación reconocida tendría el carácter de compartida con la pensión de vejez a cargo de la Administradora de Pensiones ISS», la que fue reconocida por esta última entidad a través de la Resolución 2788 de octubre 5 de 2011.²⁶

De acuerdo a lo anterior, se tiene que la E.S.E. Antonio Nariño asumió el reconocimiento y pago transitorio de la obligación prestacional hasta cuando la actora cumplió los requisitos de edad que contempla el ordenamiento jurídico respecto de las prestaciones que paga el ISS. Una vez ocurrió esto, el ISS en forma definitiva, asumió la carga prestacional concreta frente a la afiliada, evitando por demás un doble pago respecto de un mismo y único derecho pensional, razón por la cual, contrario a lo expuesto por la demandante, no es dable señalar que la pensión aquí solicitada sea «completamente autónoma de la pensión de vejez».

Por las razones que anteceden, esta Sala confirmará la sentencia proferida el 15 de febrero de 2017 por el Tribunal Administrativo Nariño, por medio del cual denegó 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 de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1.-Confirmar la sentencia del 15 de febrero de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, por la cual denegó las pretensiones de la demanda interpuesta por la señora Gloria del Carmen Galarza contra la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.

2.-Se reconoce personería al abogado Santiago Martínez Devia como apoderado de la entidad demandada, en los términos y para los efectos del poder que obra a folio 400.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente

Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Folios 14 a 28

2. Folios 305 a 314.

3. Folios 109 a 113.

4. Folios 249 a 256

5. Folios 258 a 264

6. Folios 274 a 275

7. Folios 278 a 280

8. Artículo 55. Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley. Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo (subraya y resaltado fuera de texto).

9. Con análisis de constitucionalidad en la Sentencia C-377 de 1998.

10. «(...) La Corte no desconoce que el problema del ejercicio del derecho de los sindicatos de empleados públicos a la negociación colectiva radica en que no existen mecanismos legales apropiados para hacer cumplir este derecho. Es más, el legislador no ha desarrollado el procedimiento para que estos sindicatos puedan iniciar la concertación, garantizar que las peticiones o los reclamos sean recibidos y atendidos por la administración pública. Ni se ha establecido cuál es la autoridad pública competente para pronunciarse cuando se desconoce, sin motivo el derecho de negociación colectiva. Tampoco existen los mecanismos legales que garanticen que las solicitudes de los sindicatos de empleados públicos, después de la etapa de concertación, se reflejen en los proyectos de ley de presupuesto o en las leyes de carrera administrativa.»

Por consiguiente, se comparte la solicitud del Ministerio Público en el sentido de que el legislador debe reglamentar el procedimiento encaminado a reglamentar, en un plazo prudencial, y concertando en lo posible con las organizaciones sindicales de empleados públicos, el derecho a la negociación colectiva de estos servidores, de conformidad con el artículo 55 de la Constitución y con los Convenios 151 y 154 de la OIT debidamente ratificados por el país y que hacen parte de la legislación interna en virtud de las leyes 411 de 1998 y 524 de 1999, respectivamente.»

11. La expresión declarada inexecutable decía: "Se tendrán como derechos adquiridos en materia prestacional las situaciones jurídicas consolidadas, es decir, aquellas prestaciones causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, las cuales no podrán ser afectadas."

12. Tal como quedó planteado dentro de las consideraciones de la sentencia del 1° de octubre de 2009 dictada dentro del proceso 25000232500020051089001 (0212-08) con ponencia del consejero de Estado Gerardo Arenas Monsalve.

13. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 7 de abril de 2011. Radicado: 05001-23-31-000-2008-00067-01 (0673-10).

14. «A menos que se hayan pactado normas diferentes en la convención colectiva, si dentro de los sesenta (60) días inmediatamente anteriores a la expiración de su término las partes o una de ellas no hubiere hecho manifestación escrita de su expresa voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por períodos sucesivos de seis (6) en seis (6) meses, que se contarán desde la fecha señalada para su terminación».

15. Folio 35

16. Folios 235 a 237

17. Folios 37 a 40

18. Folio 54

19. Cd

20. Para la entrada en vigencia de tal disposición, contaba con 45 años de edad, en razón a que nació el 9 de septiembre de 1949. Folio 35

21. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018, expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01.

Sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, expediente 20120014301.

22. Por el cual se establece el régimen especial de prestaciones sociales de los funcionarios de la seguridad sociales que presten sus servicios al ISS

23. 26 de febrero de 1997, por el cual se aprueba el Acuerdo 145 del 4 de febrero de 1997, emanado del Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales.

24. Folios 235 a 237. En el citado acto administrativo se computo el tiempo laborado al Seguro Social - Seccional Cauca entre el 12 de febrero de 1986 al 7 de mayo de 1989; y del 1 de junio de 1989 al 25 de junio de 2003; y en la Empresa Social del Estado Antonio Nariño entre el 26 de junio de 2003 al 29 de febrero de 2008.

25. Ordenó el reconocimiento de la pensión a partir del 1º de marzo de 2008, en cuantía del 75% del promedio de lo percibido en los últimos 10 años de servicio y atendiendo a los factores previstos en el Decreto 1158 de 1994

26. Folios 233 a 234

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:10:08