

REGIMEN DE TRANSICION – Beneficiarios / PENSION DE JUBILACION POR APORTES – Exclusión de tiempo laborado en entidades públicas que no realizaban aportes. Inaplicación. Derechos adquiridos / PENSION DE JUBILACION – Reconocimiento por tiempo laborado en el sector público y privado / PENSION DE JUBILACION POR APORTES- Monto. Regulación legal / PENSION DE JUBILACION POR APORTES – Liquidación. Regulación legal

Si bien el artículo 5 del Decreto 2709 de 1994 excluye los tiempos laborados en entidades públicas que no descontaban aportes para pensiones a través de una Caja o Fondo de Previsión Público, también lo es que la Ley 71 de 1988 permitió la acumulación de los tiempos públicos y privados sin hacer ninguna distinción, es decir, que la norma en cita impuso diferencias que la Ley no hizo. En este sentido la norma condiciona el cómputo del tiempo laborado al hecho de que el trabajador lo haya cotizado a través del Instituto de Seguros Sociales o laborado a entidades públicas que aporten al Sistema de Seguridad excediendo lo establecido por la Ley. Tal exigencia, además de desbordar las previsiones de la Ley 71 de 1988, afecta los derechos adquiridos del trabajador a quien sólo se le debe tener en cuenta el tiempo laborado independientemente de la entidad a la que haya aportado pues, en los casos de las entidades públicas, eran éstas quienes asumían la carga pensional. Por tales razones se impone su inaplicación. No es de recibo el argumento del ISS relacionado con que los tiempos laborados en entidades públicas que no descontaban aportes para pensiones sean excluidos para efectos del reconocimiento de la pensión establecida en la Ley 71 de 1988, porque era la entidad la que exoneraba a sus empleados de dicha carga precisamente por asumir éstas el pago de la prestación, es decir, que la falta de aportes no es imputable al empleado. La razón de inexistencia de aportes a Cajas de Previsión o Fondos Públicos tampoco afecta la financiación del pago de la pensión pues, en ese caso, es la entidad pública la que está en la obligación de asumir el pago de los mismos por el tiempo que haya durado la vinculación laboral, ya sea a través de bono pensional o cuota parte. En consecuencia, es claro que el ISS debe reconocer la prestación aplicando lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, por reunir el actor los requisitos dispuestos en el artículo 7 ibídem, como son 60 años de edad y 20 años de servicios prestados en el sector público y privado.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 36 / DECRETO 2709 DE 1994 – ARTICULO 5 / LEY 71 DE 1988 – ARTICULO 7 / DECRETO 2709 DE 1998 – ARTICULO 8 / DECRETO 2709 DE 1998 – ARTICULO 7 / DECRETO 1748 DE 1995 – ARTICULO 24

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá, D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-25-000-2004-01406-01(1628-06)

Actor: ANTONIO BARBERENA SAAVEDRA

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia de 16 de febrero de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró no probadas las excepciones propuestas y accedió a las súplicas de la demanda incoada por ANTONIO BARBERENA SAAVEDRA contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, I.S.S.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad de las Resoluciones N^{os.} 009533 de 17 de mayo de 2002, proferida por el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado de la Seccional Cundinamarca del I.S.S, que reconoció a favor del actor la pensión de vejez; 021078 de 9 de septiembre de 2002, que desató el recurso de reposición interpuesto contra el acto anterior y 000449 de 10 de septiembre de 2003, que resolvió el recurso de apelación.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó condenar a la entidad demandada a reajustar la pensión de conformidad con lo establecido en los artículos 7 de la Ley 71 de 1988, y 1 del Decreto 2709 de 1994 y demás normas que regula la pensión por aportes; pagarle sobre el valor de la condena intereses moratorios y la indexación en los términos de los artículos 177 y 178 del C.C.A.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

El demandante laboró al servicio de entidades públicas y privadas por más de 20 años y cumplió el requisito de la edad para acceder a la pensión por aportes.

El 20 de mayo de 1999, le solicitó al ISS el reconocimiento y pago de la pensión por cuotas partes por contar con más de 1000 semanas cotizadas y 60 años de edad.

Mediante Resolución No. 009533 del 17 de mayo de 2002, el I.S.S reconoció a favor del actor una pensión, en cuantía de \$990.770, aplicando para efectos de la liquidación la Ley 100 de 1993, contando con el bono pensional expedido por la Universidad Nacional y el Municipio de Cali.

Contra la decisión anterior interpuso recurso de reposición y subsidiario de apelación con el fin de que se le reliquidara la pensión conforme lo establecido en la Ley 71 de 1988.

Mediante Resolución No. 021078 de 9 de septiembre de 2002, el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del I.S.S, desató el recurso de reposición confirmando la decisión argumentando que **“la única normatividad que permite acumular los mencionados períodos laborados es la ley 100 de 1993, siendo por lo tanto improcedente reliquidar la prestación con base en la ley 71 de 1988”**.

Mediante memorial de 20 de noviembre de 2002, el actor solicitó que se le tuvieran en cuenta los tiempos laborados en la Contraloría General e la Nación, Universidad de los Andes, Planeación Nacional, Universidad Nacional de Colombia, Ministerio de Desarrollo, Idema, Incora, Banco Popular, Municipio de Cali, Universidad del Valle, Carboneras Elizondo Ltda y en la Comisión de Regulación de Energía y Gas, para acceder a la prestación de conformidad con lo dispuesto en la Ley 71 de 1988.

Por Resolución No. 000449 de 10 de septiembre de 2003, el Gerente de la Seccional Cundinamarca del I.S.S, resolvió en forma negativa el recurso de apelación.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

Código Contencioso Administrativo, artículo 84; Ley 71 de 1988, artículo 7; Decreto 2704 de 1994, artículos 1, 2, 4, 6, 8, 10 y 11 y Ley 100 de 1993, artículo 36.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El apoderado del Instituto de Seguros Sociales, ISS, se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que la pensión de vejez fue reconocida con base en la normatividad aplicable al caso tal como se explicó en cada uno de los actos demandados (fl.36).

Propuso las excepciones de falta de jurisdicción porque las controversias que surjan entre el ISS y sus afiliados son dirimidas por la Jurisdicción Ordinaria Laboral; y la de pago de la obligación.

El ISS no violó ninguna de las disposiciones citadas por el demandante porque **“aplicó correctamente la Ley 100 de 1993, como está totalmente sustentado dentro del texto de dichos actos”**.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda (fls. 54 a 67). Declaró no probadas las excepciones propuestas. Respecto de la de falta de competencia sostuvo que aplicando lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, el último cargo del actor fue como empleado público de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, es decir, que existió una relación legal y reglamentaria que le otorga la competencia a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El demandante laboró y realizó aportes a diferentes Cajas de Previsión o las que hicieron sus veces y al ISS durante 24 años, 11 meses y 25 días.

No es de recibo el argumento de la entidad demandada de que sólo se cuenta como tiempo válido para acreditar los 20 años de aportes que exige la Ley 71 de 1988, los cotizados a las Cajas de Previsión Social y al I.S.S, y no los cotizados y aportados a las entidades que asumen sus propias obligaciones pensionales

porque el artículo 7 de dicha normatividad estableció como aportes a tener en cuenta los realizados tanto a las Cajas de Previsión Social como a las que hicieron sus veces.

Cuando algunas de las entidades en las que laboró el actor asumieron la obligación pensional de sus empleados por el tiempo de servicio laborado, estaban haciendo las veces de entidades de Previsión Social y en consecuencia no podían desestimarse estos aportes pensionales.

Como el demandante demostró aportes por más de 20 años a entidades de previsión social o las que hicieron sus veces y al ISS, y 60 años de edad tiene derecho a que su pensión sea reajustada conforme a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 y el artículo 8 del Decreto 2709 de 1994, es decir, sobre el 75% del salario base de liquidación, efectiva a partir del 21 de septiembre de 1998, fecha de retiro definitivo.

No habrá lugar a la declaratoria de prescripción trienal de las mesadas pensionales ya que el demandante se retiró el 21 de septiembre de 1998 y la petición de reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de vejez por aportes fue presentada el 20 de mayo de 1999.

EL RECURSO

La entidad demandada interpuso recurso de apelación (fl.83). Manifestó que el actor es beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto de la pensión establecidos en la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 2709 de 1994, es decir, 60 años de edad, 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo, acumulados en una o varias entidades de Previsión Social, y en cuantía equivalente al 75% del ingreso base de liquidación.

“El actor cotizó un total de 16 años equivalentes a 6496 días, no cumpliendo con los requisitos de la Ley 71 de 1988, por lo que le permite acumular tiempo de servicios prestados al Estado y a entidades particulares, en este caso al ISS.”.

La prestación fue liquidada con el promedio de lo devengado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión aplicando el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, es decir, con 1000 semanas y los incrementos de ley por cada 50 semanas adicionales hasta completar un máximo de 85%.

El ingreso base de liquidación se fijó en \$1.435.899, teniendo en cuenta los salarios sobre los cuales se hicieron los aportes entre el 15 de julio de 1988 y el 31 de mayo de 1997.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado procede la Sala a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Consiste en determinar si el señor ANTONIO BERBERENA SAAVEDRA tiene derecho a que el Instituto de Seguros Sociales I.S.S., le “reajuste” la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en la Ley 71 de 1988.

Actos acusados

1. Resolución No 009533 de 17 de mayo de 2002, proferida por el Departamento de Atención al Pensionado del I.S.S. Seccional Cundinamarca, que reconoció a favor del actor una pensión de vejez a partir del 21 de septiembre de 1998, en cuantía de \$990.770, con base en 1128 semanas cotizadas y un ingreso base de liquidación de \$1.435.899 (fl.2).

La prestación fue reconocida aplicando el régimen pensional contenido en la Ley 100 de 1993 porque si bien el peticionario **“cumple con el requisito exigido para estar en transición, también lo es que laboró con entidades que no aportaban a ninguna caja de previsión”**.

Relacionó los tiempos laborados por el actor así:

ENTIDAD	PERIODO	DIAS
1. CONTRALORIA GENERAL	01-10-60 – 01-02-63	810

DE LA REPUBLICA

2. DTO. DE PLANEACION	15-01-67 – 15-09-69	515
NACIONAL		
3. MINISTERIO DE DESARROLLO	16-09-69 – 15-09-70	187
ECONOMICO		
4. UNIVERSIDAD NACIONAL	26-08-68 – 31-08-70	553
5. INCORA	14-03-71 – 14-10-71	210
6. MUNICIPIO DE CALI	16-10-78 – 22-04-79	186
7. UNIVERSIDAD DEL VALLE	26-03-79 – 11-06-80	430
8. COTIZACIONES AL ISS		4949

2. Resolución No. 021078 del 9 de septiembre de 2002 proferida por el Departamento de Atención al pensionado del I.S.S., que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la decisión anterior confirmándola en todas sus partes (fl.5).

3. Resolución No. 000449 del 10 de septiembre de 2003 (fl.7), expedida por el Gerente Seccional de Cundinamarca, que resolvió en forma negativa el recurso de apelación argumentando que si bien es cierto el actor es beneficiario del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, también lo es que no puede acceder al régimen anterior dispuesto en la Ley 71 de 1988 porque sólo cuenta con 16 años cotizados válidamente al ISS y a la Caja de Previsión Social (Contraloría General de la República, Ministerio de Desarrollo Económico y Universidad Nacional), motivo por el cual la prestación se reconoció conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, es decir, a los 60 años de edad y en cuantía equivalente al 69%.

De lo Probado en el Proceso

El demandante nació el 18 de mayo de 1936 (fl. 154 anexos).

Según certificación expedida el 23 de febrero de 1999 por la Coordinadora Administrativa de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, el demandante estuvo vinculado a esa entidad desde el 22 de septiembre de 1995 hasta el 21 de septiembre de 1998, fecha en que terminó el período para el cual fue nombrado mediante Decreto No. 1538 de 1995 (fl.15).

A folio 150 del cuaderno de anexos obra el informe de períodos de afiliación del régimen de pensiones correspondiente al actor, expedido el 2 de junio de 1999 por la Vicepresidencia de Pensiones, Gerencia Nacional, Historia Laboral del ISS, en el que constan los “**PERIODOS PAGADOS POR PATRONAL**”, así:

Razón Social	Desde	Hasta	Días
UNIVERS DE LOS ANDES BGTA	1967/01/01	1967/11/01	305
BANCO POPULAR S.A.	1972/01/10	1973/07/16	554
CARBONERAS ELIZONDO LTDA.	1986/12/10	1994/12/31	2944
TOTAL	DIAS SEMANAS	COTIZADOS COTIZADAS	3803 543.2857

De conformidad con la certificación de períodos de afiliación expedida por el ISS el 13 de octubre de 2001, el demandante realizó aportes a ese Instituto desde enero de 1995 hasta septiembre del mismo año siendo empleador “CARNONERAS ELIZONDO” y de octubre de 1995 a septiembre de 1998 por “COM DE REGULACION DE ENERGIA Y GAS” (fls. 63 a 65).

Análisis de la Sala

Lo pretendido en el sub lite es la aplicación del régimen de transición dispuesto en la Ley 100 de 1993 para acceder al reconocimiento de la pensión por aportes en los términos de la Ley 71 de 1988 y no aplicando el Sistema General de Pensiones, como lo hizo la entidad demandada.

Si bien es cierto el recurso no está dirigido contra la decisión de las excepciones propuestas, es del caso reiterar que la Jurisdicción Contencioso Administrativa es la competente para dirimir el presente conflicto porque lo pretendido es la aplicación del régimen de transición dispuesto en la Ley 100 de 1993 que permite acceder al reconocimiento de la pensión aplicando la normatividad que regía con anterioridad a su vigencia.

Lo anterior evidencia que el conflicto no se refiere a la aplicación del Sistema General de Pensiones sino a la aplicación de un régimen anterior que escapa a la

orbita de la Ley 712 de 2001 por no hacer parte del Sistema de Seguridad Social Integral¹.

Aclarado lo anterior procede la Sala a desatar la segunda instancia en el siguiente orden:

Régimen pensional aplicable

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones, en el artículo 36 determina el régimen de transición así:

“La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

...”.

De acuerdo con la anterior preceptiva las personas que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones tuvieran 15 años de servicio cotizados, o 35 años de edad si es mujer o 40 años de edad si es hombre tendrán derecho a que se les reconozca la pensión teniendo en cuenta la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión establecidos en el régimen anterior al que se encontraban afiliados al 1 de abril de 1994, fecha de vigencia del Sistema de Pensiones en el Orden Nacional.

Como el demandante al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, 1 de abril de 1994, contaba con más de 57 años de edad, ya que nació el 18 de mayo de 1936 (fl.17 anexos), es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 que le permitía pensionarse con el régimen anterior.

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 30 de abril de 2003, Exp. No.0581-02, Actora: DOLORES MARIA (LOLA) DE LA CRUZ DE PASTRANA, Magistrado Ponente Dr. JESÚS MARIA LEMOS BUSTAMANTE.

La Ley 71 de 1988, por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones, en su artículo 7 dispuso:

“A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas”.

La norma anterior fue reglamentada por el Decreto 2709 de 1994, que en su artículo 1, preceptuó:

“PENSION DE JUBILACION POR APORTES. La pensión que se refiere el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.

Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público.”

La entidad demandada reconoció la prestación a partir del 21 de septiembre de 1998, fecha de retiro del servicio, teniendo en cuenta que el demandante cumplió 60 años de edad el 18 de mayo de 1996.

El actor cotizó al Instituto de Seguros Sociales, ISS, 707 semanas y prestó sus servicios en entidades públicas 433 semanas (fl.8), que sumadas arrojan un total de 1140 semanas que equivalen a 21 años y 11 meses, es decir, que reunía el requisito de tiempo exigido por la Ley 71 de 1988.

Pese a lo anterior, la entidad demandada en la Resolución No. 000449 de 10 de septiembre de 2003, que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el acto de reconocimiento pensional, descartó la aplicación de la Ley 71 de 1988, porque el **“tiempo aportado a la Caja Nacional de Previsión (Cajanal) por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, y el MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO, y el tiempo aportado a la Caja de Previsión**

Social de la UNIVERSIDAD NACIONAL y el aportado al ISS, contabiliza 16 años equivalentes a 6496 días (sic) no cumpliendo con los requisitos exigidos (...)".

Lo anterior evidencia que excluyó los tiempos laborados por el actor en el Incora, el Municipio de Cali, la Universidad del Valle del Cauca y el Departamento de Planeación, que suman 1486 días (212 semanas), que adicionados a los 6496 arrojan un total de 7982 días, es decir, 21 años, 10 meses y 17 días.

Efectivamente el Decreto 2709 de 1994, reglamentario de la Ley 71 de 1988, en el artículo 5 determinó los tiempos no computables para acceder a la prestación de la siguiente manera:

“TIEMPO DE SERVICIOS NO COMPUTABLES. No se computará como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes, el laborado en empresas privadas no afiliadas al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege.”.

Si bien es cierto la norma anterior excluye los tiempos laborados en entidades públicas que no descontaban aportes para pensiones a través de una Caja o Fondo de Previsión Público, también lo es que la Ley 71 de 1988 permitió la acumulación de los tiempos públicos y privados sin hacer ninguna distinción, es decir, que la norma en cita impuso diferencias que la Ley no hizo.

En este sentido la norma condiciona el cómputo del tiempo laborado al hecho de que el trabajador lo haya cotizado a través del Instituto de Seguros Sociales o laborado a entidades públicas que aporten al Sistema de Seguridad excediendo lo establecido por la Ley.

Tal exigencia, además de desbordar las previsiones de la Ley 71 de 1988, afecta los derechos adquiridos del trabajador a quien sólo se le debe tener en cuenta el tiempo laborado independientemente de la entidad a la que haya aportado pues, en los casos de las entidades públicas, eran éstas quienes asumían la carga pensional. Por tales razones se impone su inaplicación².

² En sentencia de 27 de junio de 2002, la Sección Segunda del Consejo de Estado, Subsección A, M.P. Dr. Alberto Arango Mantilla, inaplicó el artículo 21 del Decreto 1160 de 1989 que tenía el mismo contenido del artículo 5 del Decreto 2709 de 1994, argumentando lo siguiente: “Considera la Sala que la previsión del artículo 21 del decreto 1160 de 1989, agrega una condición que no es exigible al trabajador sino al empleador

No es de recibo el argumento del ISS relacionado con que los tiempos laborados en entidades públicas que no descontaban aportes para pensiones sean excluidos para efectos del reconocimiento de la pensión establecida en la Ley 71 de 1988, porque era la entidad la que exoneraba a sus empleados de dicha carga precisamente por asumir éstas el pago de la prestación, es decir, que la falta de aportes no es imputable al empleado.

La razón de inexistencia de aportes a Cajas de Previsión o Fondos Públicos tampoco afecta la financiación del pago de la pensión pues, en ese caso, es la entidad pública la que está en la obligación de asumir el pago de los mismos por el tiempo que haya durado la vinculación laboral, ya sea a través de bono pensional o cuota parte³.

En consecuencia, es claro que el ISS debe reconocer la prestación aplicando lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, por reunir el actor los requisitos dispuestos en el artículo 7 ibídem, como son 60 años de edad y 20 años de servicios prestados en el sector público y privado.

Liquidación pensional

El artículo 8 del Decreto 2709 de 1998, reglamentario de la Ley 71, determinó el monto de la pensión de jubilación por aportes con el siguiente tenor literal:

“El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75 % del salario base de liquidación. El valor de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley”.

El ingreso base de liquidación fue establecido en el artículo 6 ibidem, con el siguiente tenor literal:

“Salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes. El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que

y, de esta manera, hace gravosa su situación al reclamar el derecho pensional frente al que ha cumplido los requisitos que a él corresponden – edad y tiempo de servicios – y con ello se vulnera derechos constitucionales como el de la igualdad (art. 13), el trabajo (art. 25), la protección a la tercera edad (art. 46), la seguridad social (art. 48), y la irrenunciabilidad a derechos laborales mínimos (art. 53). En consecuencia, inaplicará para el caso concreto lo dispuesto en el artículo 21 del decreto 1160 de 1989.”.

³ Artículo 11 del Decreto 2709 de 1994 determina que será cuota parte cuando existen cotizaciones en Cajas e Previsión o Fondos Públicos, sin embargo la prestación en el sub lite fue financiada con bono pensional.

sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley.

Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá certificar lo pagado por los citados conceptos durante el período correspondiente.”.

La norma en mención fue derogada por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, que modificó a su vez el Decreto 1748 de 1995, que reglamenta la emisión, cálculo, y redención de bonos pensionales, que no es aplicable al sub lite por tratarse de una pensión reconocida aplicando los beneficios del régimen de transición, es decir, con base en la norma que regía con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones.

En estas condiciones la providencia apelada que accedió a las súplicas de la demanda será confirmada pero por las razones expuestas, adicionándola en el sentido de inaplicar el artículo 5 del Decreto 2709 de 1994, por las razones expuestas anteriormente.

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

FALLA

Confírmase la providencia de 16 de febrero de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que accedió a las súplicas de la demanda incoada por el señor Antonio Barberena Saavedra contra el ISS.

Adiciónase en el sentido de inaplicar el artículo 5 del Decreto 2709 de 1994 por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

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

**VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA
MONSALVE**

GERARDO ARENAS

**GUSTAVO E. GOMEZ ARANGUREN
PAEZ**

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE

**ALFONSO VARGAS RINCON
QUINTERO**

LUIS RAFAEL VERGARA