

PENSION DE JUBILACION - Los empleado públicos no pueden beneficiarse de las convenciones colectivas / CONVENCION COLECTIVA - Los trabajadores oficiales que pasaron a ser empleados públicos pueden beneficiarse de la convención colectiva / BENEFICIOS CONVENCIONALES - Por lo menos hasta la vigencia de la convención colectiva / PENSION DE JUBILACION DE EMPLEADO PUBLICO - Acumulación de tiempo como trabajador oficial del Instituto de Seguros Sociales y empleado publico de una empresa social del estado / EMPLEADO PUBLICO - puede ser beneficiario de la convención colectiva / PENSION JUBILACION - La liquidación pensional del 100 por ciento del promedio mensual percibido en los dos últimos años de servicio

La Sección Segunda de esta Corporación, ha reiterado que los empleados públicos, para acceder a su pensión, no pueden beneficiarse de disposiciones convencionales, entre otras razones, por dos fundamentalmente: i) El régimen prestacional de estos servidores es de carácter legal, es decir lo fija el Congreso de la República (artículo 150 C.P); y ii) los sindicatos que asocian a estos funcionarios no pueden presentar pliegos de peticiones, ni celebrar convenciones colectivas. (Ver entre otras sentencias, la del 30 de marzo de 2011). A pesar de lo anterior y por las circunstancias especiales anotadas en las primeras consideraciones de la esta providencia, es posible que aquellos servidores que pasaron de trabajadores oficiales a empleados públicos, como consecuencia de la escisión del ISS y las creación de las E.S.E.s, puedan beneficiarse de una convención colectiva de acuerdo con los expresado por la Corte constitucional, especialmente en la sentencia C-314 de 2004. Para la Sala, no hay duda que la anterior interpretación tiene el carácter de tránsito de cosa juzgada constitucional, y vincula en su práctica no sólo a los operadores jurídicos, sino también a las autoridades administrativas. Bajo las anteriores condiciones la E.S.E. demandada no puede negarse a reconocer a la actora los beneficios prestacionales pactados en la convención colectiva, por lo menos hasta la vigencia de la misma, esto es, 3 años contados a partir del 1º de noviembre de 2001, es decir, hasta el 31 de octubre de 2004, de acuerdo con el artículo 2º de la convención. Para la Sala, la aplicación del artículo 101 convencional, a los extrabajadores del ISS que pasaron a las E.S.E.s, tan sólo se puede considerar a manera de hipótesis y no como criterio absoluto a seguir, porque el hecho diferenciador que hace inaplicar el artículo 98 ibídem, no es el tiempo servido a dos entidades distintas, sino la acumulación de tiempos en sí misma para adquirir el derecho, pues, habiendo laborado los veinte años al servicio del ISS, no opera acumulación alguna con el tiempo servido a la E.S.E., y así el supuesto estaría enmarcado únicamente en el artículo 98. Con los dos presupuestos anteriores y de acuerdo con las consideraciones de la Sala, la demandante a pesar de su condición última de empleada pública, es beneficiaria de lo pactado en la convención colectiva celebrada el 1 de noviembre de 2001, entre el ISS y sus trabajadores oficiales, en atención a que su estatus pensional y el reconocimiento del mismo se consolidó antes del 31 de octubre de 2004, esto es, la fecha inicialmente convenida. Así las cosas, es evidente, que la Administración en los dos actos acusados, aplicó una norma convencional inadecuada al supuesto fáctico de la demandante, razón por la cual deberá la Sala anularlos parcialmente, para en su lugar ordenar la liquidación pensional a lo estrictamente dispuesto en el artículo 98 de la Convención Colectiva, celebrada el 1 de noviembre de 2001, entre el ISS y sus trabajadores oficiales, es decir, con el 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicios; y al tiempo, disponer el reconocimiento y pago de las diferencias resultantes a favor de la titular del derecho.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "A"

Consejero ponente: DR. GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., quince (15) de septiembre de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-25-000-2006-08157-01(0912-08)

Actor: BLANCA GLADYZ CRUZ SUÁREZ

Demandado: E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del primero (1º) de noviembre de dos mil siete (2007), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C" que denegó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

Por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de que trata el artículo 85 del C.C.A., la señora BLANCA GLADYZ CRUZ SUÁREZ, solicitó que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 2770 y 3405 del 22 de marzo y 27 de octubre, del 2005, expedidas por la Empresa Social del Estado – E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO, mediante las cuales, se le reconoció una pensión de jubilación, sin aplicar el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y los Trabajadores oficiales de dicha entidad.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordene el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo devengado en los dos últimos años, a partir del 1º de enero de 2006, sin aplicación de la prescripción trienal para efectos del pago de las diferencias correspondientes a las mesadas retroactivas hasta cuando se produzca el pago del nuevo valor de su mesada pensional; que los valores a pagar por el Instituto de los Seguros Sociales – I.S.S- o la Empresa Social del Estado – E.S.E LUIS CARLOS GALÁN – se hagan de forma retroactiva, sumas que se deben

cancelar debidamente indexadas; se le paguen los intereses moratorios a que hubiere lugar; y subsidiariamente se ordene que sea el ISS la entidad competente para el reconocimiento de la pensión de jubilación.

Los hechos fundamento de sus pretensiones son los siguientes:

Prestó sus servicios en forma continua al Instituto de los Seguros Sociales I.S.S — Seccional, desde el 20 de junio de 1980 hasta el 23 de febrero de 2004, para un total de 8523 días, donde los últimos 237 días fue en la E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO, tal y como consta en la Resolución No. 2770 de 2005. El último cargo que desempeñó en el I.S.S fue como Profesional Universitario.

El Gobierno Nacional a través del Decreto Ley 1750 de 2003, escindió el ISS y creó varias Empresas Sociales del Estado, entre ellas, la E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO.

Continuó prestando sus servicios a la E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO por mandato expreso del decreto citado y sin solución de continuidad, hasta el 23 de febrero de 2004, cuando le fue aceptada su renuncia.

Por mandato expreso del Decreto 1750 del 26 de junio de 2003, la E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO sustituyó como patrono en todas sus obligaciones laborales y derechos al Instituto de los Seguros Sociales, sin quitarle al ISS la obligación del reconocimiento de las pensiones.

SINTRA SEGURIDAD SOCIAL (en representación de algunas organizaciones sindicales como SINTRAISS, ASMEDAS, ANDEC, ANDEC, ASOCOLQUIFAR, ASTECO, ASDOAS, ASBASM ACODINM ASINCOLTRAS y ACITEQ) y el Instituto de los Seguros Sociales suscribieron varias convenciones colectivas, entre ellas, la comprendida entre el 01 de noviembre de 1996 al 31 de octubre de 1999 y el 01 de noviembre de 2001 al 31 de octubre de 2004, siendo esta última, prorrogada por mandato legal por seis meses.

Manifiesta que es beneficiaria de la convención colectiva antes descrita (la comprendida entre el 01 de noviembre de 2001 al 31 de octubre de 2004).

La Corte Constitucional mediante sentencia C-314 de 2004 ordenó que la convención colectiva vigente al momento de la escisión entre el ISS y sus trabajadores, se tenía que seguir aplicando a los servidores de las Empresas Sociales del Estado, entre ellas la E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO EN LIQUIDACIÓN, a pesar de que sus trabajadores hubieren adquirido la condición de empleados públicos y pese haber operado la sustitución pensional.

Afirmó que nació el 13 de enero de 1954, y prestó sus servicios en forma continua por más de 22 años, habiendo cumplido con los requisitos previstos en la Convención Colectiva vigente.

Explicó que el I.S.S y la E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO suscribieron un convenio Interadministrativo de Administración de Nómina de Jubilados, en el que se definió que la competencia para el reconocimiento de la pensión de los trabajadores escindidos le correspondía a la ESE demandada.

Mediante Resolución No. 2770 del 22 de marzo de 2005, la ESE demandada le reconoció la pensión mensual en cuantía equivalente al 75% del promedio mensual devengado en el último año de servicio, a partir del 23 de febrero de 2004, con fundamento en el artículo 101 de la convención colectiva vigente.

Adujo que su mesada pensional debe liquidarse con base en el artículo 98 de la Convención Colectiva, por el tiempo de servicios prestados al ISS y a la E.S.E. sin solución de continuidad, no solo en lo atinente al monto porcentual equivalente al 100% sino también en lo referente a los factores de remuneración devengados, estos son: asignación básica, prima de servicios, prima de vacaciones, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, valor trabajo nocturno, suplementario y en horas extras, valor trabajo en días dominicales y feriados.

Advirtió que los derechos pensionales establecidos en la Convención Colectiva vigente a favor de los ex trabajadores del I.S.S y actualmente trabajadores de las Empresas Sociales del Estado creadas por el Decreto 1750 de 2003 son derechos adquiridos que deben respetar en su integridad, en los términos de la sentencia de la Corte Constitucional C-314 de 2004.

Por último manifestó que el I.S.S es la entidad competente para asumir el reconocimiento de las pensiones de los trabajadores escindidos.

Citó como vulneradas las siguientes normas superiores: Constitución Política, artículos 46, 47, 48 y 53; como disposiciones legales la Ley 33 de 1985; Ley 100 de 1993; Ley 797 de 2003; como normas convencionales la Convención Colectiva vigente entre el 1º de noviembre de 2001 hasta el 31 de octubre de 2004; y el Acto Legislativo No. 01 de 2005.

Manifestó que le asiste derecho a que su mesada pensional le sea reconocida y liquidada en un porcentaje equivalente al 100% del promedio de lo devengado en los dos últimos años de servicio, con fundamento en el artículo 98 de la Convención Colectiva vigente, máxime si se tiene en cuenta que se está en presencia de un derecho adquirido.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La entidad demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones formuladas en la demanda argumentando que la demandante no es beneficiaria de la convención colectiva suscrita entre los servidores públicos de la planta del personal del I.S.S y esa Institución, la cual tuvo vigencia hasta el 31 de octubre de 2001, fecha en la cual la entidad se escindió en E.S.E.s; añade que la E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO no ha celebrado Convenciones Colectivas, dado su carácter de entidad pública y el régimen de empleados públicos de sus servidores; y que el reconocimiento de la pensión se realizó aplicando el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995, el fallo de la Corte y las directrices del Ministerio de la Protección Social.

Finalmente propuso como medios exceptivos los siguientes: 1) pago total de las acreencias originadas en el Decreto 1750 de 2003; 2) prohibición

constitucional de recibir más de una asignación que provenga de un empleo público; 3) presunción de legalidad; 4) inexistencia del derecho por parte de la accionante; 5) carencia de justificación del derecho; 6) inexistencia del derecho; 7) cobro de lo no debido; 8) imposibilidad de dictar sentencia de fondo; 9) prescripción y/o caducidad y; 10) cosa juzgada.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia del 1º de noviembre de 2007, declaró no probadas las excepciones propuestas y denegó las súplicas de la demanda, por las razones que se resumen a continuación:

De las excepciones:

1. Con relación al **pago total de las acreencias laborales originadas en el Decreto 1750 de 2003**, concluyó que no tiene vocación de prosperidad toda vez que en el presente caso no se discute si hubo reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, pues se demostró que este beneficio ya fue reconocido.

2. Respecto de la **inexistencia del derecho reclamado, carencia de justificación del derecho y ausencia de legalidad**, adujo que no eran excepciones de mérito que impidieran resolver el fondo de la controversia por lo que se resolverían a medida que se estudie el fondo del asunto.

3. En relación con la excepción de **cobro de lo no debido e imposibilidad de dictar sentencia de fondo contra la E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO**, la declaró impróspera, toda vez que la E.S.E es la entidad llamada a responder por los actos demandados, sobre todo si se tiene en cuenta el último lugar donde laboró.

4. Finalmente, el Tribunal no encontró probada la **caducidad** y la **cosa juzgada**, y en cuanto a la **prescripción**, dijo que se resolvería con el fondo del asunto.

De las pretensiones:

Después de realizar un estudio minucioso de la documental aportada al proceso, concluyó que para la fecha en que la señora Blanca Gladys Cruz Suárez presentó su renuncia, esto es el 1 de enero de 2004, había cumplido con las exigencias de edad y tiempo de servicios previstas en el artículo 98 de la Convención Colectiva vigente entre el 1 de noviembre de 2001 y el 31 de octubre de 2004, esto es, haber prestado sus servicios por más de 20 años de servicios y alcanzado los 50 años de edad.

Sin embargo, no pasó por alto que a esa fecha ostentaba la condición de servidora pública pues la última institución en la que laboró fue la E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO, entidad pública descentralizada de nivel nacional, con autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de la Protección Social; por tal razón no podía ser beneficiaria de la convención colectiva pues ésta se aplica únicamente a los trabajadores oficiales, por mandato expreso del artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo y el literal e) numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política.

Dijo que los anteriores argumentos se ven reforzados si se aprecia el contenido del Decreto 1750 del 26 de junio de 2003, en particular sus artículos 16 y 18, las sentencias de la Corte Constitucional, así como las directrices contenidas en las Circulares Externas expedidas por el Ministerio de la Protección Social, en particular la No. 0052 de 2004, en cuyo cumplimiento la E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO expidió la Resolución No. 01515 del 28 de enero de 2005, mediante la cual le reconoció a la señora Cruz Suárez el valor de \$8.704.612, en razón a las cantidades que dejó de percibir entre las fechas del 26 de junio de 2003 y 31 de octubre de 2004 como consecuencia de la transformación de la naturaleza del vínculo que la unía con la administración pública.

Por último, manifestó que la E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO no desconoció los derechos adquiridos de la demandante, porque como se dijo en líneas anteriores no ostentaba la condición esencial

para hacerse acreedora de la convención colectiva, que era ser trabajadora oficial.

Las razones anteriores, le llevaron a concluir que los actos acusados se encontraban ajustados a derecho.

APELACIÓN FORMULADA POR LA DEMANDANTE

La demandante inconforme con la decisión del a quo, solicita que se revoque y en su lugar se accedan a las pretensiones de la demanda, argumentando lo siguiente:

Sostiene que si bien es cierto que la última entidad en la que laboró al momento del retiro fue la E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO, el a quo olvida que esto se debió a una circunstancia ajena a su voluntad, cual fue la escisión decretada por el Gobierno Nacional; pero también es cierto, que tales funcionarios estaban amparados por los beneficios que les confería la Convención Colectiva, los cuales constituyen derechos adquiridos, al menos mientras dure su vigencia conforme lo dicho por la Corte.

Insiste en que le asiste el derecho a que se le reconozca la pensión en cuantía equivalente al 100% por haber laborado más de 20 años de servicio y llegar a la edad de 50 años, requisitos que fueron cumplidos a cabalidad.

Reclama la aplicación integral de la convención colectiva, es decir además de pensionarse a la edad de 50 años de edad, la prestación se debe calcular con el monto que indica el artículo 98 de dicha norma convencional.

ALEGATOS DEMANDADO

La entidad demandada manifiesta que la demandante al ser incorporada de manera inmediata y automática en la planta del personal de la E.S.E demandada, ostentó la calidad de empleada pública, y frente a este tipo de trabajadores no se podía aplicar la Convención Colectiva.

De otro lado, sostiene que a partir del análisis de las Resoluciones Nos. 2362 del 1º de octubre de 2003 y 3184 del 29 de diciembre de ese mismo año, mediante las cuales el I.S.S le reconoció las acreencias laborales que se adeudaban a los trabajadores causados hasta el 26 de junio de 2003,

se puede concluir que no hubo sustitución patronal por parte de la E.S.E en las obligaciones adquiridas y consolidadas por parte del I.S.S.

Manifiesta que no fue parte en la Convención Colectiva, por lo que no puede ser condenada por obligaciones adquiridas con anterioridad a su creación y que en el eventual caso de que exista algún derecho a favor de los antiguos trabajadores del I.S.S, es dicha entidad quien debe asumirlos.

Para resolver, se

CONSIDERA

El problema jurídico por resolver se contrae a determinar la legalidad de las Resoluciones Nos. 2770 y 3405 del 22 de marzo y 27 de octubre, del 2005, expedidas por la Empresa Social del Estado – E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO, con el objeto de establecer si el reconocimiento pensional efectuado con fundamento en normas convencionales puede ser modificado promediando el 100% de lo percibido en los dos últimos años de servicio.

Fijación del litigio.

Es pertinente transcribir apartes de la Resolución acusada No. 2770 del 22 de marzo del 2005, que reconoció el derecho pensional de la actora:

“Que el artículo 17 del Decreto 1750 de 2003, dispone: “Los servidores públicos que a la entrada en vigencia del presente decreto se encontraban vinculados a la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, a las Clínicas y a los centros de Atención Ambulatoria del Instituto de los Seguros Sociales, quedarán **automáticamente** incorporados **sin solución de continuidad**, en la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto. Los servidores que sin ser directivos desempeñen funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales conservarán la calidad de trabajadores oficiales, sin solución de continuidad”, norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-349 de 2004.

(...)

Que el Instituto de los Seguros Sociales y la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento suscribieron el Convenio Interadministrativo de Administración de Nómina de Jubilados No. 00563 de fecha 22 de diciembre de 2004, por medio del cual se llegó a un acuerdo sobre el

conflicto de competencia administrativa, definiendo que la competencia de reconocimiento de la pensión de jubilación de los servidores públicos de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento le corresponde a ella como último empleador público y, en el evento en que el servidor cumpla los requisitos y tenga derecho de la pensión de jubilación conforme al régimen reglamentario plasmado en las Circulares Externas 019 052 de 2004, expedidas por el Ministerio de la Protección Social y la Presidencia del ISS, la ESE procederá a su reconocimiento y el Instituto de los Seguros Sociales debe concurrir con el pago de cuota parte correspondiente.

(..)

Que el ingreso base para liquidar la pensión es el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de lo percibido en el último año de servicios por concepto de todos los factores de remuneración que constituyan salario.

(...)

Efectivamente, las expresiones “**automáticamente**” y “**sin solución de continuidad**” del artículo 17 del Decreto Ley 1750 de 2003, mencionadas, fueron declaradas exequibles condicionalmente en la sentencia C-349 de 2004, en tanto se respetaran los derechos adquiridos que trató la sentencia C-314 del mismo año¹, en relación con los trabajadores oficiales del ISS, convertidos en empleados públicos con la creación de las E.S.E.s, y específicamente, por el nuevo régimen jurídico establecido en el artículo 16 del mismo decreto².

La E.S.E., Luis Carlos Galán, a través de la otra Resolución acusada No. 3405 del 27 de octubre del 2005, negó la reliquidación de la pensión, solicitada en los términos del artículo 98 de la Convención Colectiva de trabajo celebrada el 1 de noviembre de 2001, entre el ISS y sus trabajadores oficiales. La Administración argumentó, que de acuerdo con el artículo 101 de la citada convención colectiva, cuando los tiempos de servicios computados para la pensión, han sido prestados sucesivamente en diversas entidades de derecho público, la liquidación no corresponde al 100% del salario como lo dispone el artículo 98 convencional, sino con el 75% del promedio de lo recibido en el último año de servicios.

¹ Concluyó la Corte: “No obstante, para impedir que las mismas[las expresiones acusadas] 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 dispuesto en la Sentencia C-314 de 2004.”

² “Para todos los efectos legales, los servidores de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto serán empleados públicos....”

No obstante, la entidad demandada en el curso de este proceso, ha defendido otra tesis, igualmente desfavorable para los intereses de la pensionada, según la cual, su condición de empleada pública, hace imposible la aplicación de cualquier regla convencional al derecho pensional que reclama.

El A-quo, en la decisión apelada, explicó y aceptó el anterior argumento, declarando las dos resoluciones ajustadas a la ley.

Sobre el fondo del asunto.

La Sección Segunda de esta Corporación, ha reiterado que los empleados públicos, para acceder a su pensión, no pueden beneficiarse de disposiciones convencionales, entre otras razones, por dos fundamentalmente: i) El régimen prestacional de estos servidores es de carácter legal, es decir lo fija el Congreso de la República (artículo 150 C.P); y ii) los sindicatos que asocian a estos funcionarios no pueden presentar pliegos de peticiones, ni celebrar convenciones colectivas. (Ver entre otras sentencias, la del 30 de marzo de 2011³)

A pesar de lo anterior y por las circunstancias especiales anotadas en las primeras consideraciones de la esta providencia, es posible que aquellos servidores que pasaron de trabajadores oficiales a empleados públicos, como consecuencia de la escisión del ISS y las creación de las E.S.E.s, puedan beneficiarse de una convención colectiva de acuerdo con lo expresado por la Corte constitucional, especialmente en la sentencia C-314 de 2004.

Análisis de la sentencia C-314 de 2004.

En la sentencia C-314 de 2004, la Corte Constitucional 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

³ M.P. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Rad. Consejo de Estado: 0694-2010

negociación deben ser reconocidos, **por lo menos por el tiempo en que fueron pactados.**

Con base en lo anterior, la Corte estimó que la definición de los derechos adquiridos contenida en el artículo 18 del Decreto Ley 1750 de 2003, resultaba contraria al ordenamiento constitucional⁴, 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.

(...)

⁴ 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.”

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 que la anterior interpretación tiene el carácter de tránsito de cosa juzgada constitucional, y vincula en su práctica no sólo a los operadores jurídicos, sino también a las autoridades administrativas.

Bajo las anteriores condiciones la E.S.E. demandada no puede negarse a reconocer a la actora los beneficios prestacionales pactados en la convención colectiva, por lo menos hasta la vigencia de la misma, esto es, 3 años contados a partir del 1º de noviembre de 2001, es decir, hasta el 31 de octubre de 2004, de acuerdo con el artículo 2º de la convención.

La misma conclusión, fue reafirmada por la Corte Constitucional en sentencia C-349 de 2004.

Análisis de la sentencia C-439 de 2004.

La Corte Constitucional declaró del artículo 17 del Decreto 1750 de 2003, exequible condicionalmente las expresiones “automáticamente” y “sin solución de continuidad”; y del artículo 18, la expresión “automáticamente” contenida en su párrafo transitorio, bajo el entendido que se respeten los derechos adquiridos, conforme a lo expuesto en la sentencia C-314 de 2004:

“(…)

*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 e respeten dichos derechos adquiridos, conforme a lo expuesto en la sentencia C-314 de 2004...”(Resaltado y subrayado fuera de texto)

En consecuencia, se repite, constituye un deber a cargo de las E.S.E.s reconocer los beneficios pactados en la convención colectiva a sus servidores hasta la fecha de vigencia inicialmente pactada (31 de octubre de 2004).

Análisis de los artículos 98 y 101 de la Convención Colectiva celebrada entre el Instituto de Seguros Sociales y el Sindicato Nacional de trabajadores de la seguridad social.

El artículo 98, plantea la posibilidad para que el trabajador que cumpla veinte años de servicios y llegue a la edad de cincuenta y cinco años si es hombre y cincuenta si es mujer, adquiera la pensión de jubilación equivalente al 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicios, siempre y cuando la pensión se obtenga entre el primero de enero de 2002 y el treinta y uno de 2006.

El artículo 101, por su parte, posibilita la acumulación de tiempos de servicios prestados sucesivamente o alternativamente en las demás entidades de derecho público para completar el tiempo requerido para la pensión, caso en el cual, la cuantía de la pensión correspondería al 75% del promedio de lo percibido en el último año de servicios.

Significa lo anterior, que al acumular tiempos servidos al ISS con tiempos prestados en otra entidad, se pierde el beneficio convencional del artículo 98, y se liquidaría la pensión con todos los factores salariales, pero con el 75% del último salario, mismo quantum de las pensiones del orden nacional.

El Ministerio de la Protección Social y el Instituto de Seguros Sociales expidieron la Circular No. 00052 de julio 16 de 2004, a través de la cual se fijaron las directrices que en materia de liquidación pensional debían aplicarse a los **funcionarios y exfuncionarios** que por efecto de la escisión pasaron del ISS a las empresas sociales del Estado. Allí se consignó lo siguiente, acerca de los segundos:

“Con el propósito de aclarar la forma en la cual deberán liquidarse las pensiones de los trabajadores oficiales de las Empresas Sociales del Estado, creadas por el decreto 1750 de 2003, que fueron beneficiarios de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el Instituto de Seguros Sociales – ISS y Sintraseguridadsocial, habida cuenta de que los tiempos servidos fueron prestados sucesivamente en diversas entidades de derecho público, deberá liquidarse la cuantía de la pensión de jubilación teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo recibido en el último año de servicio, por concepto de los factores de remuneración que constituyan salario en cada caso.

Igualmente, tal como lo señaló la Corte Constitucional respecto de los empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado creadas mediante el Decreto 1750 de 2003, que también fueron beneficiarios de la citada convención colectiva de trabajo, se aplicará la misma fórmula, siempre que tales servidores cumplan los requisitos para acceder al beneficio pensional, antes de la fecha en la cual termina la vigencia de la precitada convención, es decir, hasta el 31 de octubre de 2004, como lo ordenó la sentencia de la Corte Constitucional...” (Subrayas fuera de texto)

Como se observa, la Administración Nacional, parte de la base de que todos los extrabajadores oficiales y ahora empleados públicos de las E.S.E.s, creadas por el Decreto 1750 de 2003, se encuentran inmersos en el supuesto del artículo 101, pues en verdad, un tiempo de servicios lo prestaron al ISS, y el resto en alguna de las nuevas E.S.E.s.

Para la Sala, la aplicación del artículo 101 convencional, a los extrabajadores del ISS que pasaron a las E.S.E.s, tan sólo se puede considerar a manera de hipótesis y no como criterio absoluto a seguir, porque el hecho diferenciador que hace inaplicar el artículo 98 ibídem, no es el tiempo servido a dos entidades distintas, sino la acumulación de tiempos

en si misma para adquirir el derecho, pues, habiendo laborado los veinte años al servicio del ISS, no opera acumulación alguna con el tiempo servido a la E.S.E., y así el supuesto estaría enmarcado únicamente en el artículo 98.

Caso Concreto

Según la Resolución acusada No. 2770 de 22 de marzo de 2005, mediante la cual se efectuó el reconocimiento pensional, la señora Blanca Gladys Cruz Suárez, se encuentra dentro de los servidores públicos que a la entrada en vigencia del Decreto 1750 de 2003, quedaron automáticamente incorporados sin solución de continuidad en la planta de personal de una de las Empresas Sociales del Estado creadas por ese mismo decreto.

Igualmente, consta que a la actora se le aceptó la renuncia a partir del 1 de enero de 2004, habiendo pedido con anterioridad su pensión el 17 de julio de de 2003.

Con los dos presupuestos anteriores y de acuerdo con las consideraciones de la Sala, la demandante a pesar de su condición última de empleada pública, es beneficiaria de lo pactado en la convención colectiva celebrada el 1 de noviembre de 2001, entre el ISS y sus trabajadores oficiales, en atención a que su estatus pensional y el reconocimiento del mismo se consolidó antes del 31 de octubre de 2004, esto es, la fecha inicialmente convenida.

La Resolución demandada 03405 de 27 de octubre de 2005, que obra a folio 5, muestra que Blanca Gladys Cruz Suárez, se retiró del servicio el 1 de enero de 2004, habiendo laborado 9167 días continuos al Instituto de los Seguros Sociales, desde el 12 de diciembre de 1977, hasta el 25 de junio de 2003; y 185 días al servicio de la E.S.E., Luis Carlos Galán Sarmiento, entre el 26 de junio de 2003 y el 1 de enero de 2004.

Significa entonces, que la señora Blanca Gladys Cruz, laboró al servicio del ISS, por más de 20 años, tiempo suficiente para adquirir la pensión de jubilación de acuerdo con el artículo 98 de la Convención colectiva, sin necesidad de acumular ningún otro tiempo de servicios para ese efecto.

Así las cosas, es evidente, que la Administración en los dos actos acusados, aplicó una norma convencional inadecuada al supuesto fáctico de la demandante, razón por la cual deberá la Sala anularlos parcialmente, para en su lugar ordenar la liquidación pensional a lo estrictamente dispuesto en el artículo 98 de la Convención Colectiva, celebrada el 1 de noviembre de 2001, entre el ISS y sus trabajadores oficiales, es decir, con el 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicios; y al tiempo, disponer el reconocimiento y pago de las diferencias resultantes a favor de la titular del derecho.

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia del primero de noviembre de dos mil siete (2007), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso promovido por BLANCA GLADYS CRUZ SUÁREZ contra la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO. En su lugar se dispone:

1) **DECLÁRASE** la nulidad parcial de la Resolución No. 2770 de 22 de marzo de 2005, en cuanto no liquidó el derecho pensional con el 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicios.

2) **DECLÁRASE** la nulidad parcial de la Resolución No. 3405 de 27 de octubre de 2005, en cuanto negó la reliquidación pensional con el 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicios.

3) A título de restablecimiento del derecho **SE ORDENA** a la entidad demandada a reliquidar y pagar la pensión de jubilación de la señora BLANCA GLADYS CRUZ SUÁREZ, con el 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicios, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

4) **CONDÉNASE** a la entidad demandada a pagar las diferencias a favor de la demandante, causadas por las mesadas ya canceladas.

5) Las sumas adeudadas se actualizarán en los términos del artículo 178, y de acuerdo con 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 la parte actora por concepto de las mesadas dejadas de pagar, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

6) Dése cumplimiento a lo previsto en los artículo 176 y 177 del C.C.A..

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

COPIESE NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Rad. 25000-23-25-000-2006-08157-01 (0912-2008)

Actor: Blanca Gladys Cruz Suárez