



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B**

MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Radicado : 680012315000200603403 02
N° Interno : 2569 – 2011
Demandante : E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE SAN GIL EN LIQUIDACIÓN
Demandado : Georgina Amaya Cala
Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema : Acción de Lesividad – Pensión de Jubilación
Segunda Instancia – Decreto 01 de 1984

Se desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del diecinueve (19) de mayo de dos mil once (2011) por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Santander, accedió a las pretensiones

de la demanda promovida por E.S.E. Hospital San Juan de Dios de San Gil en Liquidación contra la señora Georgina Amaya Cala.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

La E.S.E. Hospital San Juan de Dios de San Gil en Liquidación¹, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó la nulidad de su propio acto administrativo contenido en la Resolución 027 del 29 de enero de 1999, mediante el cual se le reconoció a favor de la señora Georgina Amaya Cala una pensión mensual vitalicia de jubilación, por no haber cumplido la edad exigida por la ley, así como habersele reconocido sobre el 100% del promedio salarial excediendo el tope legal.

Así mismo solicitó, se inaplique por inconstitucional la Convención Colectiva de Trabajo vigente para el año 1999, en lo correspondiente al literal a) de la cláusula quinta y sexta.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se decrete que la entidad demandante no está obligada a continuar con el pago de la pensión de jubilación reconocida por el acto administrativo mencionado en forma irregular, y en el evento que la señora Georgina Amaya Cala cumpla el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez, se declare que la prestación debe ser asumida por el respectivo fondo de pensiones al cual se encuentre afiliada. De

1 En virtud de la supresión de la entidad por medio del Decreto Departamental 012 del 25 de enero de 2006, el Departamento de Santander continuó con la defensa de sus intereses.

la misma forma, solicitó se le ordene a la señora Amaya Cala que reintegre todas las sumas de dinero reconocidas y pagadas sin tener derecho a ellas, actualizadas al valor presente.

1.1. Hechos

Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda (ff. 116 – 137), en síntesis son los siguientes:

La señora Georgina Amaya Cala nació el 9 de noviembre de 1952, y se vinculó a la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de San Gil en Liquidación desde el 25 de junio de 1973 como Ayudante de Enfermería y posteriormente como Auxiliar de Enfermería; cargo que desempeñó hasta su retiro de la entidad, esto es, el 30 de diciembre de 1998. Es decir, que laboró en dicha institución por 25 años 6 meses y 6 días.

Afirmó que en virtud de la forma de vinculación legal y las funciones que ejercía en el cargo de Auxiliar de Enfermería, la demandada ostentó la calidad de empleada pública, hasta el momento en que le fue reconocida la pensión de jubilación, y por eso, se le aplicaba el Manual General de Funciones y Requisitos del Subsector Oficial del Sector Salud establecido por el Decreto 1335 de 1990.

Aseveró que los hospitales del Departamento de Santander pactaron diversas convenciones colectivas desde 1970, siendo la última la de 1995. A partir de la Convención Colectiva suscrita en el año de 1986, se incluyeron como beneficiarios al personal ajeno a las funciones de mantenimiento y sostenimiento de obras públicas, quienes de conformidad con el Decreto

3135 de 1968 y posteriormente con el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, adquirieron la condición de empleados públicos; y en tal virtud, su régimen salarial y prestacional, solamente podía ser el fijado por el Congreso de la República, conforme a lo establecido en el litera e) numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política.

Quienes desempeñaron los cargos contemplados en la cláusula quinta de la Convención Colectiva, o estuvieran inmersos en la situación consagrada en el párrafo primero de la cláusula sexta, eran beneficiarios de la totalidad de las prerrogativas convencionales, entre las que se encuentra la pensión plena de jubilación, consagrada en la cláusula trigésima sexta, la cual establecía los siguientes requisitos: i) 20 años de servicios y 55 años de edad si es hombre y 50 si es mujer; ii) 25 años de servicio a la institución con 45 años de edad si son mujeres y 47 si son hombre; y, iii) 10 años de servicios para entidad y que hayan ingresado antes del 1 de enero de 1978 para quien cumpla 53 años de edad si es hombre y 48 si es mujer. Sostuvo que esta reglamentación desborda los parámetros de ley, en atención a que la naturaleza de la convención es precisamente negociar y pactar beneficios extralegales que mejoren sus condiciones laborales. Adicionalmente, se estableció en la citada cláusula convencional, que el reconocimiento de la prestación sería equivalente al 100% del salario promedio devengado por el trabajador en el último año de servicio.

Afirmó que en relación con la aplicación de la convención colectiva se suscitaron conflictos laborales con el personal de los hospitales departamentales, lo cual llevó al Gobernador de Santander para que en 1993, suspendiera la aplicación de la convención de trabajo, en consideración al criterio específico que para clasificación personal prescribía el artículo 26 párrafo inciso primero de la Ley 10 de 1990. Por lo anterior,

se suscribieron las actas de concertación del 18 y 19 de mayo de 1993, en las cuales se acordó *“determinar mecanismos jurídicos que permitan compensar el menor valor recibido por los funcionarios públicos que venían recibiendo factores derivados de la convención colectiva (...)”*

De las anteriores discusiones, se expidieron las Circulares del 29 de junio y 23 de agosto de 1993, que tienen inmerso el listado del personal vinculado a la entidad antes del 1 de enero de 1982, a efectos de que se les aplicara la convención colectiva vigente para el año de 1992 en materia de pensiones.

La señora Georgina Amaya Cala solicitó ante la entidad demandante, el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, por tener acreditados los 47 años de edad y 25 años de servicio, acogándose a lo establecido en la cláusula trigésima sexta de la Convención Colectiva, pese a que esta disposición no le era aplicable porque su régimen pensional no era el convencional sino el legal, dada su condición de empleado público. A través de la Resolución 027 del 29 de enero de 1999, la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de San Gil en Liquidación le reconoció una pensión de jubilación, por acreditar los requisitos convencionales para adquirir el derecho, equivalente al 100% del salario promedio devengado en el último año de servicio y aplicando para el cálculo, lo correspondiente a sueldo básico, prima de alimentación, subsidio de transporte, recargos, prima de navidad, prima de servicio, prima vacacional y bonificación.

Sostuvo la entidad demandante, que el reconocimiento efectuado a la demandada, no se ajusta a los requisitos impuestos legalmente a los empleados públicos para acceder a esta prestación, en cuanto que para la fecha de reconocimiento no acreditaba los 55 años de edad exigidos por la Ley 33 de 1985. Afirmó que la cuantía de la pensión, excedió en un 25% el

porcentaje consagrado en las disposiciones legales, aplicando factores que no debían ser considerados, máxime si sobre ellos no se realizaron aportes.

Manifestó que de haberse realizado legalmente el reconocimiento de la pensión a la demandada, se le habría reconocido una vez se acreditara 55 años de edad y 20 años de servicio, en un porcentaje legal correspondiente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año, aplicando los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994. De la misma forma, sostuvo que comoquiera que los aportes para pensión se realizaron al Instituto de Seguros Sociales a partir de 1990 y con posterioridad al reconocimiento de la prestación la señora Georgina Amaya Cala siguió efectuando aportes, la pensión debe reconocerse una vez se acrediten los requisitos establecidos.

Se refirió a que mediante Decreto Departamental 0012 del 25 de enero de 2006 se dispuso la supresión y liquidación de la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de San Gil, entre otras causas, por los regímenes excepcionales que ilegalmente se aplicaron en materia pensional a los funcionarios.

1.2. Normas violadas

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

Los artículos 62 y 76 ordinales 9 y 10 de la Carta Política de 1886; 150 ordinal 9 literales e) y f) y 243 de la Constitución Política de 1991; 9, 12 y 14 de la Ley 153 de 1887; 5 del Plebiscito de 1957; 5º del Decreto 3135 de 1968; 1º, 2º y 3º del Decreto 1848 de 1969; 2º el Decreto 694; 7 y 22 de la Ley 6ª de 1945; 1º y 3º de la Ley 33 de 1985; 1º de la Ley 62 de 1985; 26 de la Ley 10 de 1990; 1º, 10 y 12 de la Ley 4ª de 1992; 1º, 2º, 11, 18, 35, 36 y 289 de la Ley 100 de

1993; 314 del Decreto 1014 de 1994; Decreto 691 de 1994; 1º del Decreto 1158 de 1994 y 15 del Decreto 1569 de 1998.

2. Contestación de la demanda

Vencido el término de fijación en lista dispuesto en el auto de 9 de marzo de 2007 (ff. 140 - 143), la señora Georgina Amaya Cala, a través de apoderado judicial contestó la demanda y propuso excepciones.

Alegó que declarar nulo el acto administrativo por medio del cual se le reconoció una pensión de jubilación, so pretexto de salvaguardar el interés público, no puede menoscabar el principio de buena fe y la confianza legítima, en cuanto la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar esas condiciones.

Sostuvo que la señor Georgina Amaya Cala no obró de manera doloso o gravemente culposa para obtener el reconocimiento pensional, como tampoco obró de mala fe buscando obtener un provecho ilícito con un reconocimiento irregular. Manifestó que con fundamento en el principio de la buena fe, la administración no puede realizar cambios sorpresivos que afecten derechos particulares consolidados.

Propuso la excepción de falta de jurisdicción respecto a la legalidad de las convenciones colectivas de trabajo, las cuales deben ser dirimidas por la jurisdicción ordinaria. No es admisible que se acuda a la jurisdicción contenciosa administrativa, para que emita un pronunciamiento cuya solución judicial está reservada a la justicia ordinaria. Afirmó que el procedimiento que debió seguir el demandante es someter a dictamen judicial ante la jurisdicción

ordinaria, la Convención Colectiva de Trabajo con base en la cual se expidió la resolución de reconocimiento.

De la misma forma propuso como excepciones la inexistencia del concepto de violación por pretermisión del examen sobre la cosa juzgada existente frente a las normas en que se basó la resolución acusada, conservación del carácter ejecutivo y ejecutorio de la resolución acusada y prevalencia del principio constitucional de la buena fe y la confianza legítima.

3. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Santander, a través de la sentencia del 19 de mayo de 2011 (ff. 213 – 229 reverso), accedió a las pretensiones de la demanda, declaró la nulidad del artículo 1 de la Resolución 027 del 29 de enero de 1999, le ordenó a la parte demandante a reliquidar la cuantía de la pensión de la señora Georgina Amaya Cala para ajustarla al 75% conforme lo establecido en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985; dicha reliquidación es de carácter definitivo a la medida cautelar decretada y deberá aplicarse a partir de la fecha de la ejecutoria y hacia el futuro.

Se pronunció respecto de las excepciones propuestas por la parte demandada para concluir que como se tratan de elementos defensivos, no constituyen hechos nuevos que enerven las pretensiones por lo cual quedarán resueltas al decidir el fondo del asunto. Así mismo, respecto a la excepción de falta de jurisdicción en cuanto las controversias sobre las convenciones colectivas de trabajo deben ser dirimidas por la justicia ordinaria, manifestó que la misma no tiene vocación de prosperidad, en cuanto con la acción impetrada no se busca el enjuiciamiento de la convención colectiva, sino la nulidad del acto

administrativo particular y concreto expedido con fundamento en la misma, por lo que no se puede declarar probada la excepción propuesta.

Luego de realizar un estudio normativo de la controversia puesta en consideración, sostuvo que el acto administrativo, otorgó a la demandada, el derecho a la pensión de jubilación según lo contemplado en el literal b) del numeral 2 de la Cláusula Trigésima Sexta de la Convención Colectiva de Trabajo, es decir, por haber cumplido 25 años de servicio a la institución y 45 años de edad por ser mujer.

Al revisar el material probatorio allegado al expediente, pudo establecer que la demandada nació el 9 de noviembre de 1952, y para la fecha en que se expidió el acto de reconocimiento pensional, contaba con 47 años de edad, por lo que contaba con los requisitos de edad y tiempo de servicio exigido por la convención colectiva de trabajo.

Sostuvo que de acuerdo con la cláusula trigésima sexta, numeral 2 literal b) de la Convención Colectiva de Trabajo, las mujeres obtenía el derecho a la pensión plena, cuando cumplieran con los requisitos de 25 años de servicio y 45 años de edad en el caso de las mujeres y se entiende por derecho adquirido el de quienes antes del 30 de junio de 1995 – fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para los empleados del orden territorial – obtuvieron los requisitos para pensionarse conforme a tales disposiciones. Conforme con lo anterior, la señora Georgina Amaya Cala no cumple con estos supuestos de hecho en cuanto consolidó los derechos de la convención colectiva, el 9 de septiembre de 1997 (sic), fecha en la cual cumplió 45 años de edad, y la pensión fue reconocida mediante Resolución 027 del 29 de enero de 1999, es decir, con posterioridad para ser considerado como un derecho adquirido.

Afirmó que a la señora Amaya Cala, le resulta aplicable el régimen contenido en la Ley 33 de 1985, esto es, debía reunir en forma concurrente, los requisitos de los 55 años de edad y 20 años de servicios para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación. Manifestó que el reconocimiento de la pensión contenido en el acto acusado, contraviene la Ley 33 de 1985, no solo por cuanto no reunía la edad requerida para acceder a la pensión de jubilación sino porque se definió con posterioridad a la vigencia del artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Aseveró que en el presente caso se deberá inaplicar la Convención Colectiva de Trabajo en que se basó el acto impugnado, por contravenir normas constitucionales sobre competencia en materia clasificación de empleos y de otorgamiento de un régimen prestacional a una empleada pública, diferente al que para ella contempla la ley.

Concluyó que la señora Amaya Cala causó el derecho conforme a la Ley 33 de 1985, por haber reunido los requisitos el 9 de noviembre de 2007, por lo que a partir de esta fecha habrá de reliquidarse la pensión, teniendo en cuenta el 75% del salario devengado en el último año de servicio. Respecto a los dineros percibidos, estos no deberán ser retribuidos al Hospital San Juan de Dios de San Gil en Liquidación, por encontrarse la demandada cobijada por el principio de la buena fe, y en la medida que dentro del proceso ésta presunción no fue desvirtuada por la entidad demandante.

4. Fundamento del recurso de apelación

La señora Georgina Amaya Cala en su condición de parte demandada, a través de apoderado judicial, formuló recurso de apelación en contra de la

providencia de 19 de mayo de 2011, solicitando se revoque y en su lugar se abstenga de decretar la nulidad del acto administrativo mediante el cual se le reconoció una pensión de jubilación (ff. 231 a 233 del expediente)

Solicitó que se realice un pronunciamiento respecto del alcance que tiene los fallos proferidos por la jurisdicción ordinaria respecto a la legalidad de las cláusulas convencionales que sirvieron de fundamento al acto administrativo acusado, en cuanto fueron sometidas a examen ante la jurisdicción competente y no fue declarada su ilegalidad.

Afirmó que es “la jurisdicción ordinaria a quien la carta política le encarga la solución de las controversias que puedan surgir frente a la legalidad o ilegalidad de una convención colectiva de trabajo. En su momento, las cláusulas quinta y sexta de la Convención Colectiva de Trabajo que sirvió de sustento para el acto administrativo cuya legalidad se discutió en este proceso, fueron sometidas al examen de la jurisdicción competente y tanto en primera como en segunda instancia el pronunciamiento fue en el sentido de no declarar su ilegalidad.”

Argumentó que la decisión de primera instancia, va en contra de la confianza legítima que la demandada depositó en la actuación del Estado, en cuanto se le priva de una prestación económica que adquirió con arreglo a la normatividad vigente y aplicable a su caso particular.

5. Alegatos de conclusión

5.1. Por la parte demandante

El Departamento de Santander en virtud de la supresión de la E.S.E. Hospital San Juan de Dios en Liquidación por medio del Decreto Departamental 012 del 25 de enero de 2006, continuó con la defensa de sus intereses se ratificó en las pretensiones y hechos de la demanda y solicitó confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto efectivamente se demostró una violación flagrante a la Constitución y la ley (ff. 258 – 259).

5.2. Por parte de la señora Georgina Amaya Cala.

Vencido el término para presentar alegatos de conclusión, la parte demandada guardó silencio.

6. Concepto del Agente del Ministerio Público

Mediante auto del 20 de agosto de 2013, se corrió traslado para alegar, de conformidad con lo establecido en el artículo 210 del Código Contencioso Administrativo, ante lo cual el representante del Ministerio Público, guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

De conformidad con el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo², el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

2.2. Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en esta instancia, conforme a los argumentos presentados en el recurso de apelación, en primer término, es determinar si la jurisdicción contenciosa administrativa es la competente para conocer respecto del conflicto suscitado, en el cual se discute la legalidad del acto de reconocimiento de la pensión de jubilación otorgado a la señora Georgina Amaya Cala, en su condición de ex servidora pública de la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de San Gil en Liquidación, teniendo en cuenta que en la sentencia recurrida se declaró no probada la excepción de falta de jurisdicción; así como establecer si la pensión de jubilación reconocida por la entidad demandante se ajusta o no a derecho.

El Tribunal Administrativo de Santander, a través de la sentencia del 19 de mayo de 2011, accedió a las pretensiones de la demanda.

2.3. Análisis de la Sala

2.3.1. Falta de Competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

2 El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión.

En el presente asunto se controvierte la legalidad de la Resolución 027 del 29 de enero de 1999, por medio de la cual el Hospital San Juan de Dios de San Gil (Santander) en Liquidación, le reconoció a la señora Georgina Amaya Cala, una pensión de jubilación, a partir del 1 de enero de 1999. No obstante lo anterior, como uno de los argumentos expuestos en el recurso de apelación se refiere a la competencia por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer del presente asunto, la Sala procederá a referirse en los siguientes términos:

Analizadas las pruebas allegadas al expediente, se estableció que la señora Amaya Cala, tenía la condición de empleada pública, por haberse desempeñado como Ayudante de Enfermería y, posteriormente como Auxiliar de Enfermería en la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de San Gil (Santander) desde el 25 de junio de 1973 al 30 de diciembre de 1998 (f. 105), situación que define la naturaleza jurídica de su vinculación, conforme a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 10 de 1990³.

3 Artículo 26º.- *Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera.*

Son empleos de libre nombramiento y remoción:

1. *En la administración nacional central o descentralizada, los enumerados en las letras a), b), c) e i) del artículo 1 de la Ley 61 de 1987.*
2. *En las entidades territoriales o en sus entes descentralizados:*
 - a. *Los de Secretario de Salud o Director Seccional o local del sistema de salud, o quien haga sus veces, y los del primer nivel jerárquico, inmediatamente siguiente;*
 - b. *Los de Director, Representante Legal de entidad descentralizada y los del primero y segundo nivel jerárquico, inmediatamente siguientes;*
 - c. *Los empleos que correspondan a funciones de dirección, formulación y adopción de políticas, planes y programas y asesoría. Ver art. 6, Ley 60 de 1993.*

*NOTA: Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia **C-387** de 1996.*

Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera, podrán ser designados en comisión, en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa. Ver Ley 443 de 1998.

Parágrafo.- *Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.*

Los establecimientos públicos de cualquier nivel, precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo.

NOTA: Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia **C-432 de 1995.**

Ahora bien, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, dispone que la jurisdicción contenciosa administrativa *“esta instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado.”*

Por su parte, el artículo 83 *ibídem*, dispone que la jurisdicción contenciosa administrativa, *“juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas (...)”*.

Así mismo, el artículo 132 del mismo estatuto, dispuso la competencia de los Tribunales Administrativos en primera instancia de los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, siempre que la cuantía exceda de los 100 salarios mínimos legales mensuales.

Esta Corporación, en anteriores oportunidades sostuvo que la competencia para conocer de los asuntos relacionados con el reconocimiento de prestaciones sociales de empleados públicos beneficiarios del régimen de transición de pensiones, fue excluidos del conocimiento de la jurisdicción ordinaria, en consideración a la relación jurídica y a los actos que se controviertan. Dijo en esa oportunidad⁴:

“(...) Los conflictos relacionados con los regímenes de excepción

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B sentencia del 30 de abril de 2003 con ponencia del doctor Jesús María Lemos Bustamante, con Radicación Interna No. 1227 – 2001

establecidos en el artículo 279 de la ley 100 de 1993 no fueron asignados por el legislador a la justicia ordinaria laboral, "por tratarse de regímenes patronales de pensiones o prestaciones que no constituyen un conjunto institucional armónico ya que los derechos allí regulados no tienen su fuente en cotizaciones ni en la solidaridad social, ni acatan las exigencias técnicas que informan el sistema de seguridad social integral...", como lo expresó la Sentencia C-1027 de 27 de noviembre de 2002, M. P. Dra. Clara Inés Vargas H.

Además de este régimen exceptivo expreso en criterio de la Sala, también deben excluirse del conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral los regímenes de transición previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ya que tampoco hacen parte del sistema de seguridad social integral por referirse a la aplicación de normas anteriores a su creación (...)"

De la misma forma, la Corte Constitucional en la sentencia C – 1027 de 2002, al examinar la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley 712 de 2001, al respecto señaló:

"Finalmente, es de anotar que en lo esencial el numeral 4º del artículo 2º de la Ley 712 de 2001 es mutatis mutandi igual al artículo 2º de la ley 362 de 1997, que acogió en forma más explícita la exégesis que las altas Corporaciones de justicia le habían impartido. Valga recordar que en esas sentencias se precisó que después de la expedición de Ley 100 de 1993, para los efectos del sistema de seguridad social integral no es necesario tener en cuenta la naturaleza jurídica del vínculo ni los actos que reconocieron o negaron un derecho sustancial en esa materia, sino la relación afiliado, beneficiario o usuario, con la respectiva entidad administradora o prestadora de servicios de seguridad social integral. Por tanto, es la materia de la controversia lo que define la jurisdicción competente y no el status jurídico del trabajador. Igualmente

se destacó que el legislador en ejercicio de la libertad política de configuración de normas jurídicas y en armonía con los artículos 150-23 y 228 Superiores, tiene un amplio margen de decisión para distribuir una competencia judicial dentro de las distintas jurisdicciones estatales, a fin de que una precisa autoridad judicial ejerza la jurisdicción del Estado en un asunto previamente señalado, bajo estrictos contornos de protección de la vigencia y primacía del debido proceso (C.P. art. 29). Por tanto, bien podía el legislador en ejercicio de esas innegables potestades asignar la competencia a la jurisdicción ordinaria para conocer de las controversias referentes a sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de su relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan.

Conviene precisar que a contrario sensu, en lo que no conforma el sistema de seguridad social integral por pertenecer al régimen de excepción de la aplicación de la Ley 100 de 1993 o los regímenes especiales que surgen de la transición prevista en este ordenamiento legal, se preservan las competencias establecidas en los Códigos Contencioso Administrativo y Procesal del Trabajo, según el caso, y por tanto sí influye la naturaleza de la relación jurídica y los actos jurídicos que se controviertan, en la forma prevenida en los respectivos estatutos procesales.”

Ahora bien, el artículo 2 del Código de Procedimiento Laboral, modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001, señalaba lo siguiente:

“Competencia General. La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:

- 1. Los conflictos que se originen directa o indirectamente de un contrato de trabajo.*
- 2. Las acciones sobre fuero sindical, cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral.*
- 3. La suspensión, disolución, liquidación de sindicatos y la cancelación del registro sindical.*
- 4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan...”.*

Así las cosas, se observa que la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral recae sobre las controversias relacionadas con los contratos de trabajo y el sistema de seguridad social en salud; así mismo, no le compete el juzgamiento de actos administrativos como en el presente caso, en donde se cuestiona es la validez del acto por medio del cual se le reconoció una pensión de jubilación a la demandada, en acción de lesividad.

Aunado a lo anterior, esta Corporación ha manifestado que ante el reconocimiento irregular de derechos prestacionales, la ley consagró la acción de lesividad, como el medio idóneo para que la administración controvierta sus decisiones con el fin de lograr su anulación, apártale del ordenamiento jurídico y detener sus efectos.

Sentado lo anterior, como la parte demandada en los argumentos del recurso de apelación insiste que se excluya del conocimiento de esta jurisdicción la presente controversia, por considerar que lo allí resuelto, se origina en una convención colectiva de trabajo, la cual es de competencia de la jurisdicción ordinaria; esto no es de recibo en cuanto el objeto de debate se circunscribe al reconocimiento de una pensión de jubilación a una empedada pública, beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conforme se pudo constatar al analizar el plenario, y es materia atribuida a la jurisdicción contenciosa administrativa, conforme a las normas atrás mencionadas y respecto de lo cual no puede declararse la falta de jurisdicción alegada en la alzada.

La Sala manifiesta que las demandas que versan sobre el reconocimiento de pensiones de jubilación, para efectos de establecer sobre quien recae la competencia para su estudio, lo determina la relación laboral que tenga el empleado al momento en que se produce el retiro, pues como se pudo observar en el *sub – judice*, se constató el carácter de empleada pública de la señora Georgina Amaya Cala, por haber prestado sus servicios en una Empresa Social del Estado, tema que no es objeto de debate en el presente caso.

Corolario de lo expuesto, no se configura la excepción de falta de jurisdicción propuestas por la parte demandada, en cuanto es claro que lo que se demandó fue la nulidad del acto administrativo por medio del cual se le reconoció una pensión de jubilación a una empedada pública, beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, atribuida dicha controversia, exclusivamente a la jurisdicción contenciosa administrativa. No puede pretender la parte apelante que la nulidad de un acto particular, conlleve la nulidad del acto en que se fundamentó para su

expedición, ni mucho menos la ineficacia del acto consensual como en este caso lo es la convención colectiva.

En consideración al contenido del acto administrativo que se controvierte y las pretensiones de la demanda, la jurisdicción contenciosa administrativa es la competente para estudiar de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de lesividad propuesta, por lo que se confirmará la decisión del *a quo* en no declarar probada la excepción de falta de jurisdicción elevada por la señora Georgina Amaya Cala, en su condición de parte demandada y procedió a estudiar el fondo del asunto.

2.3.2. Del reconocimiento de la pensión de jubilación con fundamento en la Convención Colectiva de Trabajo

Sentando lo anterior, la Sala procederá a analizar si la pensión de jubilación reconocida a la señora Amaya Cala por la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de San Gil en Liquidación, con fundamento en la convención colectiva de trabajo, se ajusta o no a derecho.

La Constitución de 1886 y sus posteriores reformas, en especial la realizada en 1957, determinaron que las condiciones de jubilación estarán a cargo del Tesoro Público, y el Presidente de la República, los gobernadores, alcaldes y, en general, todos los funcionarios que tuvieran la facultad de nombrar y remover, no podían ejercerla sino dentro de las normas que expidiera el Congreso de la República, ente encargado de establecer las condiciones de acceso, retiro y jubilación del servicio público⁵.

⁵ **Artículo 62.-** La ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva; las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos

El Acto Legislativo No. 1 de 1968, en el ordinal 9 del artículo 76, estableció la competencia del Congreso para hacer las leyes, y por medio de ellas ejercer las siguientes atribuciones:

*“Determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, **así como el régimen de sus prestaciones sociales.**” (Resalta la Sala).*

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante concepto No. 1393 de 18 de junio de 2002⁶, con ponencia del doctor Flavio Augusto Rodríguez Arce, respecto a la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados del orden territorial, en vigencia de la Constitución de 1886, estableció que éste tiene el carácter de legal para todos los niveles - nacional, seccional o local –, por lo que no es viable el reconocimiento mediante actos jurídicos de distinto contenido, trátese de

empleos, en los casos no previstos por la Constitución; las condiciones de ascenso y de jubilación; y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del Tesoro público.

Artículo 63.- *No habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en ley o en reglamento.*

6 “(...)

De todo lo anterior, se tiene que antes de la expedición de la Constitución de 1991, conforme a la reseña histórica, el sistema salarial y prestacional de los empleados públicos presentaba las siguientes características:

De 1886 a 1968. Según el texto original del artículo 62 de la Constitución de 1886, la ley determinaba las condiciones de jubilación y el Congreso de la República creaba todos los empleos y fijaba sus respectivas dotaciones (artículo 76.7). (...)

B) A partir del acto legislativo No. 1 de 1968, el Congreso determinaba las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales (art. 11). Sin embargo, se contempló la posibilidad de revestir “pro tempore” al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para regular la materia (artículo 76.12). En todo caso, es claro que para esa época el régimen prestacional de los empleados públicos de todos los niveles -nacional, seccional o local- tenía única y exclusivamente carácter legal, no siendo viable su reconocimiento mediante actos jurídicos de distinto contenido -acuerdos, ordenanzas, actas convenio o convenciones colectivas (...).”

acuerdos, ordenanzas, actas convenio o convenciones colectivas. Es decir, cualquier disposición que regule el régimen salarial o prestacional de los empleados públicos, es contraria al ordenamiento constitucional y legal.

Luego, el ordinal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política de 1991, conservó la competencia atribuida al legislador y al ejecutivo para la fijación del régimen salarial y prestacional, en los siguientes términos:

“(...) Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para los siguientes efectos:

(...)

e). Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública.

(...)”.

Así las cosas, el Congreso de la República es el único ente que puede fijar los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación de los empleados públicos, por lo que cualquier disposición de carácter departamental o municipal que regulen la materia, se torna ilegal.

Por su parte, la Ley 4ª de 1992, por la cual “se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”, estableció:

*“ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y **prestacional** de:*

a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;

(...)

ARTÍCULO 2o. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;

b) El respeto a la carrera administrativa y la ampliación de su cobertura;

c) La concertación como factor de mejoramiento de la prestación de los servicios por parte del Estado y de las condiciones de trabajo; (subraya la Sala).”.

Por otro lado, el artículo 10 *ibídem* dispuso:

"Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos."

Y respecto de las entidades territoriales, el artículo 12 *ibídem*, consagró:

"El régimen prestacional de los servidores públicos de la entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley. En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad."

Parágrafo.- *El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional.*⁷

De lo anterior, se observa que se le atribuyó la facultad al Legislador para expedir normas en materia prestacional, y de manera concurrente al Gobierno Nacional, sin que le haya dado esta atribución a ninguna otra autoridad.

En virtud de lo anterior, la Corte Constitucional mediante sentencia C – 510 del 14 de julio de 1999, consideró:

⁷ El artículo 12 fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-315 de 1995 siempre que se entienda que las facultades conferidas al Gobierno se confieren en forma exclusiva, a la fijación del régimen prestacional de los empleados públicos territoriales, al régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales territoriales y al límite máximo salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales.

“En vigencia de la Constitución de 1886, el acto legislativo No. 1 de 1968 modificó el artículo 76, numeral 9 original de ésta, e introdujo para la materia que él regulaba el concepto de las leyes cuadro del derecho francés, al establecer la competencia del legislador para “...fijar las escalas de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleo”, al tiempo que le asignó al Presidente de la República la facultad de “... fijar sus dotaciones y emolumentos... con sujeción a la leyes a que se refiere el ordinal 9 del artículo 76...”. Al referirse a la competencia del legislador y del Presidente de la República en esta materia, la Corte Suprema de Justicia, en su momento, afirmó que estos artículos tenían que entenderse en el sentido según el cual la Constitución le asignaba al primero la atribución de crear la parte estática y permanente de la administración, mientras el segundo tenía la función de hacerla dinámica, mediante el ejercicio de atribuciones administrativas.

*La Constitución de 1991, por su parte, al regular lo relativo a las atribuciones del Congreso de la República, estableció en el artículo 150, numeral 19, literal e), que a éste le corresponde dictar normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para regular, entre otras materias “el régimen **salarial** y prestacional de los **empleados públicos**, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.” (Subrayas fuera de texto).*

*El Constituyente de 1991, entonces, conservó el concepto que venía desde la reforma constitucional de 1968, en relación con la necesidad de la existencia de una **competencia compartida** entre el legislador y el ejecutivo en la regulación de determinadas materias, una de ellas la fijación del régimen salarial y prestacional de los **empleados públicos**, entre otros servidores del Estado, en donde la función del primero se debe limitar a establecer unos marcos generales, unos lineamientos que le circunscriban al segundo la forma como éste ha de desarrollar su actividad reguladora para los asuntos específicamente señalados por la propia Constitución.*

3.2. En relación con la determinación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, a diferencia de lo que acontecía en vigencia de la Constitución de 1886, en donde el Congreso era quien señalaba la escala de remuneración de los distintos empleos, hoy, el legislador debe simplemente fijar los principios y los parámetros que el Gobierno ha de tener en cuenta para establecer no sólo la escala de remuneración sino los demás elementos que son propios de un régimen salarial y prestacional.”

De tal suerte, que las entidades territoriales estaba en la obligación de sujetarse a las normas que regulan el régimen pensional de los empleados del Estado, conforme a la Constitución, y no podía expedir actos de reconocimiento pensional con fundamento en acuerdos, ordenanzas o convenciones colectivas, en cuanto no poseían la facultad para realizarlo.

2.3.3. Respecto de las Convenciones Colectivas de Trabajo para los empleados públicos.

Conforme con lo establecido en el artículo 55 de la Constitución Política, se garantizó el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, *“con las excepciones que señale la ley”* y estableció que es *“deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo”*.

Por su parte, el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, refiere a la inaplicación a los empleados públicos de las convenciones colectivas de trabajo, en los siguientes términos:

“Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas⁸, pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, aun cuando no pueden declarar o hacer huelga.”⁹

⁸ Tal restricción se fundamenta en el artículo 55 de la Constitución, conforme así lo estableció la Corte Constitucional mediante sentencia C-110 de 1994.

⁹ Declara exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-201 de 2002

Esta preceptiva normativa, fue modificada con los Convenios Internacionales suscritos en la Organización Internacional del Trabajo – OIT No. 151 sobre *“la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública”*, y No. 154 sobre *“el fomento de la negociación colectiva”*, que fueron incorporadas a nuestra legislación interna mediante las Leyes 411 de 1997 y 524 de 12 de agosto de 1999, respectivamente.

La Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de la Ley 411 de 1997, mediante sentencia C – 377 de 1998 por el cual se aprobó el Convenio 151 de la OIT, consideró ajustado a la Constitución la diferenciación entre trabajadores oficiales y empleados públicos respecto al derecho de negociación colectiva, y estableció el goce pleno para los primeros y restringido para los segundos, en el entendido que no se puede afectar las facultades de las autoridades para fijar las condiciones del empleo. Sostuvo la Corte al respecto:

“(. . .)

17- La Corte encuentra que esa armonización es posible, por cuanto la facultad de las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de trabajo y los emolumentos de los empleados públicos en manera alguna excluye que existan procesos de consulta entre las autoridades y los trabajadores sobre esta materia, y que en caso de conflicto, se busquen, hasta donde sea posible, soluciones concertadas, tal y como lo establece el artículo 55 superior. Esto significa que nada en la Carta

se opone a que los empleados públicos formulen peticiones a las autoridades sobre sus condiciones de empleo y las discutan con ellas con el fin de lograr un acuerdo en la materia, lo cual implica que el derecho de negociación colectiva no tiene por qué considerarse anulado. Sin embargo, y a diferencia de lo que sucede con los trabajadores oficiales, que tienen un derecho de negociación pleno, la búsqueda de soluciones concertadas y negociadas no puede llegar a afectar la facultad que la Carta confiere a las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo. Esto significa que la creación de mecanismos que permitan a los empleados públicos, o sus representantes, participar en la determinación de sus condiciones de empleo es válida, siempre y cuando se entienda que en última instancia la decisión final corresponde a las autoridades señaladas en la Constitución, esto es, al Congreso y al Presidente en el plano nacional, y a las asambleas, a los concejos, a los gobernadores y a los alcaldes en los distintos órdenes territoriales, que para el efecto obran autónomamente. Con esa misma restricción, es igualmente legítimo que se desarrollen instancias para alcanzar una solución negociada y concertada entre las partes en caso de conflicto entre los empleados públicos y las autoridades.

Ahora bien, las anteriores precisiones en manera alguna implican que la Corte debe condicionar el alcance de los artículos 7º y 8º del convenio bajo revisión en relación con los empleados públicos, por cuanto esas normas autorizan a tomar en cuenta las especificidades de las situaciones nacionales. Así, el artículo 7º no consagra un derecho de negociación colectiva pleno para todos los servidores públicos sino que establece que los Estados deben adoptar “medidas adecuadas a las condiciones nacionales” que estimulen la negociación entre las autoridades públicas y las organizaciones de servidores públicos, lo cual es compatible con la Carta. Además, esa misma disposición prevé la

posibilidad de que se establezcan “cualesquiera otros métodos” que permitan a los representantes de los servidores estatales “participar en la determinación de dichas condiciones”, lo cual es armónico con la posibilidad de que existan consultas y peticiones de los empleados públicos a las autoridades, sin perjuicio de las competencias constitucionales de determinados órganos de fijar unilateralmente el salario y las condiciones de trabajo de estos empleados. Igualmente, el artículo 8º reconoce que los procedimientos conciliados de solución de las controversias deben ser apropiados a las condiciones nacionales, por lo cual la Corte entiende que esa disposición se ajusta a la Carta, pues no desconoce la facultad de las autoridades de, una vez agotados estos intentos de concertación, expedir unilateralmente los actos jurídicos que fijan las funciones y los emolumentos de los empleados públicos. En tal entendido, la Corte declarará la exequibilidad de esas disposiciones.

(. . .)”.

Por su parte, en la sentencia C – 1234 de 2005 mediante la cual se declaró la exequibilidad condicionada de la expresión “*Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas*” contenida en el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, en la cual se consideró que las organizaciones sindicales de los empleados públicos, podían acudir a otros medios para garantizar la concertación en las condiciones de trabajo, e instó al legislador para que expidiera la regulación pertinente, con el fin de garantizar su derecho a la negociación colectiva. La Corte Constitucional se pronunció así:

“(. . .)

Finalmente, 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. (. . .).”

2.3.4. Del régimen pensional establecido en la Convención Colectiva de Trabajo para los empleados de la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de San Gil en Liquidación y la normatividad aplicable al caso

controvertido.

Obra a folios 1 a 32 del expediente, copia de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 24 de mayo de 1991, por los representantes de los Centros Hospitalarios de Santander y el Sindicato de Trabajadores de dichas entidades, entre las que se encuentra el Hospital San Juan de Dios de San Gil (Santander), mediante la cual “se regirá las relaciones obrero – patronales, entre los Hospitales mencionados y sus trabajadores”. Con ocasión de ello, en la cláusula quinta y sexta, se pactó reconocer como trabajadores oficiales vinculados mediante contrato de trabajo, a las personas que allí se relacionaron:

“(…) CLÁUSULA QUINTA.- CATEGORÍAS Y SALARIOS.

Se establece para la vigencia de la presente Convención las siguientes categorías y salarios:

(…)

c) Se establecen las siguientes categorías y salarios para los Hospitales Regionales cobijados por la presente convención colectiva de trabajo.

1. Los Hospitales tipo A: SAN JUAN DE DIOS DE SAN GIL, SAN JUAN DE DIOS DEL SOCORRO.

2. Los Hospitales tipo B: SANTO DOMINGO DE MÁLAGA, SAN JUAN DE DIOS DE VÉLEZ.

(…)

d). Se establecen las siguientes categorías y salarios para los hospitales locales cobijados por la presente Convención Colectiva de Trabajo, así:

Hospitales Tipo A (T.A)

San Juan de Dios de Floridablanca

San Juan de Dios de Girón

San Juan de Dios de Piedecuesta.

(...)

CATEGORÍA

CARGOS

(...)

II

\$73.339.00

Auxiliar de Enfermería (A)

(...)

CLÁUSULA SEXTA.- RECONOCIMIENTO DE TRABAJADORES OFICIALES.

Los Hospitales que suscriben la presente Convención Colectiva de Trabajo, reconocen como Trabajadores Oficiales, vinculados mediante contratos de trabajo, amparados por el Código Sustantivo del trabajo, con derecho a presentar, negociar Pliego de Peticiones y firmar Convenciones Colectivas de Trabajo a quienes se desempeñen en los cargos u oficios establecidos en las categorías de la Cláusula Quinta de la presente Convención.

(...)

PARAGRAFO SEGUNDO: Para los Hospitales Integrado San Juan de Dios de Piedecuesta, Hospital Psiquiátrico San Camilo la presente Convención Colectiva de Trabajo, cobija el personal vinculado a estos hospitales que devenguen asignación permanente, a quienes se les suscribirá contrato individual de trabajo y será la norma que regirá las relaciones obrero patronales en estos hospitales de conformidad y con observancia por lo dispuesto en el código sustantivo del trabajo y procesal del trabajo, con aplicación de todos los derechos laborales y legales que amparan a los trabajadores particulares.

(...).”

También en la cláusula trigésima sexta de la Convención Colectiva de Trabajo referida, se pactaron las condiciones que regularían el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, en los siguientes términos:

“CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEXTA.- PENSIONES.

Los Hospitales que suscriben la presente Convención Colectiva de Trabajo reconocerán y pagarán las pensiones, como a continuación se reglamenta:

A. PENSIONES DE JUBILACIÓN.

1. NORMAS GENERALES.

a) *Todos los Hospitales reconocerán la pensión plena de Jubilación a quienes cumplan Veinte (20) años de servicio, cincuenta y cinco (55) años de edad, si son hombres y cincuenta (50) años, si son mujeres.*

b) *Todos los Hospitales reconocerán pensión plena de jubilación a quienes cumplan veinticinco (25) años de servicio a la Institución, con cuarenta y cinco (45) de edad si son mujeres y cuarenta y siete (47) años si son hombres.*

(...)

3. *La pensión de Jubilación en todos los casos enumerados, se pagará con el ciento por ciento (100%) del salario promedio devengado por el trabajador en el último año de servicio.*

(...).”

Por su parte, la Ley 100 de 1993, por la cual “se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones” en el artículo 11, estableció el campo de aplicación, norma modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 1 consagró:

“ARTÍCULO 11. CAMPO DE APLICACIÓN. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> *El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o*

sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.”

El artículo 36 *ibídem*, contempló el régimen de transición, en los siguientes términos:

(...)

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.

(...)."

Así las cosas, como en materia pensional la Ley 100 de 1993 en el nivel territorial empezó a regir a partir del 31 de junio de 1995, conforme lo estableció el artículo 151 *ibídem*, quienes cumplieran con 15 años de servicios cotizados, o 35 años de edad si es mujer o, 40 años si es hombre, tendrían derecho a que se les reconociera una pensión de jubilación en

consideración a la edad, el tiempo de servicio cotizado y el momento de la pensión establecidos en el régimen anterior, esto es, la Ley 33 de 1985, que equiparó la edad a los 55 años y determinó las condiciones pensionales y el régimen de transición, así:

“Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

(. . .)

Parágrafo 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.

(. . .).”

Conforme a lo anterior, las situaciones que se consolidaron antes de la vigencia del Sistema General de Seguridad Social en el nivel territorial – 30 de junio de 1995 –, deben ser respetadas; no obstante que el artículo 146 permitía adquirir el derecho dentro de los dos (2) años siguientes a la vigencia del referido sistema, éste aparte fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C – 410 de 1997, por las siguientes razones:

“(. . .)

No sucede lo mismo con la expresión contenida en el citado inciso segundo acusado, en virtud de la cual tendrán igualmente derecho a pensionarse con fundamento en las disposiciones señaladas, quienes cumplan "**dentro de los dos años siguientes**" los requisitos exigidos en dichos preceptos para pensionarse. A juicio de la Corte, ello quebranta el ordenamiento superior, ya que equipara una mera expectativa con un derecho adquirido. Ello impide que los que están próximos a pensionarse -es decir, dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la ley- y que tan solo tienen una mera expectativa de adquirir el derecho, puedan hacerse acreedores a los beneficios propios de la ley 100 de 1993.

Y es que si a diciembre de 1993 cuando entró en vigencia dicha ley, los trabajadores aún no habían adquirido el derecho pensional, no hay razón alguna que justifique que a los mismos se les aplique, cuando tan solo tienen una mera expectativa frente a una ley vigente, dichos preceptos pues ello genera una situación abiertamente violatoria de la igualdad, pues así como la expectativa se genera para quienes esperan pensionarse dentro de los dos años, porqué no para quienes cumplan los requisitos legales dentro de los dos años y un día o más?; nótese que lo que dispone la Constitución es que se garantizan los derechos ya adquiridos, que no pueden ser desconocidos por una ley posterior, y no las meras expectativas. Por ende, dichos trabajadores quedarán sometidos, al momento en que respecto de ellos se consolide el derecho pensional, a las normas legales vigentes para aquel entonces, es decir, las contenidas en la Ley 100 de 1993.

Así entonces, el derecho pensional sólo se perfecciona previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, edad y tiempo de servicio, lo cual significa que mientras ello no suceda, los empleados o

servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados que al momento de entrar en vigencia la ley 100 de 1993 no habían cumplido dichos requisitos, apenas tenían una mera expectativa, por lo que no les son aplicables las normas vigentes antes de la expedición de dicha ley. Quiere ello decir, que en el momento en que el legislador expidió la norma cuestionada, "el derecho" a pensionarse con arreglo a las normas anteriores no existía como una situación jurídica consolidada, como un derecho subjetivo del empleado o servidor público. Apenas existía, se repite, una expectativa, susceptible de ser modificada legítimamente por el legislador.

Por lo tanto, el privilegio establecido en el inciso segundo para quienes cumplan dentro de los dos años siguientes a la vigencia de la ley 100 los requisitos para pensionarse, genera un tratamiento inequitativo y desigual frente a los demás empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados que cumplan dichos requisitos con posterioridad. Situación está que quebranta el artículo 13 superior, en cuya virtud todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, y se prohíbe cualquier forma de discriminación entre personas o grupos de personas que se encuentren en circunstancias iguales. (. . .)."

Como quiera que la sentencia de inexecutableidad tiene efectos hacia el futuro y al no haberse modulado los efectos de la decisión, las situaciones jurídicas que en materia pensional se consolidaron con fundamento en disposiciones municipales o departamentales antes del 30 de junio de 1997 o antes de entrada en vigencia del sistema general en cada entidad territorial, quedaron amparadas por lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, tal y

como así lo consideró esta Corporación en la sentencia del 7 de octubre de 2010 con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila dentro del Expediente No. 1484 - 2009, cuando señaló:

“(...) Por lo expuesto, resulta válido afirmar que no sólo las situaciones que se consolidaron o adquirieron con anterioridad al 30 de junio de 1995 con fundamento en normas municipales o departamentales, se reitera, a pesar de su ilegalidad, quedan amparadas por lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993; sino también aquellas que se adquirieron antes del 30 de junio de 1997, pues, se reitera, estas últimas no se vieron afectadas por la declaratoria de inexecutable efectuada con la Sentencia C-410 de 28 de agosto de 1997, dados los efectos de la misma.(...)”

De la misma forma, el artículo 146 de la Ley 100 de 1993¹⁰, estableció que para las situaciones jurídicas de carácter individual consolidadas con anterioridad a su vigencia, con fundamento en disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales en favor de servidores públicos, continuarían vigentes; y tendrían derecho a pensionarse bajo dicho precepto, y en las condiciones allí establecidas, en aras de garantizar los derechos adquiridos.

¹⁰ **ARTÍCULO 146. SITUACIONES JURÍDICAS INDIVIDUALES DEFINIDAS POR DISPOSICIONES MUNICIPALES O DEPARTAMENTALES.** Las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente Ley, con base en disposiciones Municipales o Departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales en favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados, continuarán vigentes.
<Expresión tachada INEXEQUIBLE> También tendrán derecho a pensionarse con arreglo a tales disposiciones, quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo, hayan cumplido ~~o cumplan dentro de los dos años siguientes~~ los requisitos exigidos en dichas normas.

Lo dispuesto en la presente Ley no afecta ni modifica la situación de las personas a que se refiere este artículo.
Las disposiciones de este artículo regirán desde la fecha de la sanción de la presente Ley.

Al respecto, esta Corporación al estudiar un asunto similar, mediante sentencia del 29 de septiembre de 2011, con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado con radicación No. 08001 – 23 – 31 – 000 – 2005 – 02866 – 03 (2434 – 2010), sostuvo:

“(…)

Conviene indicar de igual modo, que esta decisión se sustenta, en la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, en la medida en que es al Juez, a quien le corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador y cómo ha de aplicarse o interpretarse, máxime, cuando el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 no fue explícito en señalar cuáles normas expresamente validó sino que indicó que utilizó la expresión “disposiciones”, que puede incluir en su campo de aplicación las convenciones colectivas.

(…)

Por lo mismo, el juez no puede alterar la voluntad del legislador, en la aplicación del principio de la confianza legítima, pues el beneficiario de las prestaciones pensionales, inicialmente extralegales, recibe el aval del competente para continuar percibiendo los dineros necesarios para su jubilación, situación que conlleva, también a un derecho adquirido.

En síntesis, aun cuando la Convención Colectiva fue emanada de autoridades incompetentes para la regulación del régimen pensional de los empleados públicos, dicha situación fue convalidada por expresa disposición del legislador a través del referido artículo 146 de la Ley 100 de 1993, cuya constitucionalidad fue avalada por el Órgano que de

conformidad con la Constitución Política de 1991 es el encargado de mantener la guarda e integridad del ordenamiento superior.

(...)"¹¹

De lo anterior se desprende que para la convalidación de las pensiones reconocidas con fundamento en las disposiciones del orden territorial, conforme a lo establecido en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, cuando se trate de convención colectiva de trabajo que se refiera a empleados públicos, no puede ser tenida como un contrato o como norma; sin embargo debe tomarse como una disposición en la medida que con ella se buscó es proteger y otorgarle progresividad a los derechos de los trabajadores, es decir, *"lleva inmersa la voluntad del empleador de otorgar unos derechos a sus beneficiarios"¹²*.¹³

2.4. Del caso concreto

Revisado el material probatorio allegado al expediente, se constató que la

¹¹ Referente al tema, también se pueden consultar las sentencias del 10 de octubre de 2013 con ponencia del doctor Alfonso Vargas Rincón, con radicación No. 68001-23-31-000-2005-02207-01(0200-13), Actor: E.S.E. Hospital Universitario Ramón Gonzalez Valencia de Bucaramanga – En Liquidación y la sentencia del 24 de junio de 2015, con radicación No. 68001-23-31-000-2005-02293-02 (4597-13), Actor: E.S.E. Hospital Universitario Ramón Gonzalez Valencia de Bucaramanga – En Liquidación- con ponencia del doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, entre otras.

¹² Cita de la providencia del 29 de septiembre de 2011 dentro del Expediente No. 2434 – 201: La Corte Constitucional en sentencia C-009 del 20 de enero de 1994, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell, que sostuvo: "En conclusión, aun cuando materialmente la convención es por sus efectos un acto regla, creador del derecho objetivo, a semejanza de la ley, según lo admite la doctrina, no puede considerarse como producto de la función legislativa del Estado, desde los puntos de vista orgánico, funcional y formal, en que constitucionalmente aparecen estructurados y se manifiestan las funciones estatales.

Reafirma esta conclusión, la circunstancia de que el inciso final del art. 53 constitucional al establecer que, "la ley, los contratos los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores", de manera expresa está reconociendo la distinción entre "ley" propiamente dicha y "acuerdos y convenios de trabajo".

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda, sentencia del 29 de septiembre de 2011, con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado con radicación interna 2434 – 2010.

señora Georgina Amaya Cala nació el 9 de noviembre de 1952; y el Jefe de Personal de la Empresa Social del Estado Hospital San Juan de Dios de San Gil, certificó que laboró desde el 25 de junio de 1973 hasta el 30 de diciembre de 1998, siendo su último cargo el de Auxiliar de Enfermería.

El Gerente del Hospital demandante, por Resolución 027 del 29 de enero de 1999, le reconoció la pensión plena de jubilación a la demandada, a partir del 1 de enero de 1999, en cuantía equivalente al 100% del salario, en el cual se le incluyeron el sueldo básico, la prima de alimentación, recargos nocturnos, dominicales, festivos, horas extras, bonificación, prima vacacional, prima de servicios y prima de navidad, en consideración a que *“se beneficia de acuerdos convencionales pactados entre el Gobierno Departamental y los representantes de ANTHOC Seccional Santander, en Agosto 18 de 1993, para quienes se venían beneficiando de la Convención Colectiva de Trabajo y fueron clasificados como empleados públicos por la Ley 10 de Enero 10/90 en el acápite de Pensión de Jubilación quienes se hubieren vinculado antes del Primero (1°) de Enero de 1976, se jubila bajo las condiciones existentes a 31 de Diciembre de 1992, así: “a) Todos los hospitales reconocerán PENSIÓN PLENA DE JUBILACIÓN, a quienes cumplan veinte (20) años de servicio y cincuenta y cinco (55) años de edad si son hombres y cincuenta (50) si son mujeres. B Todos los hospitales reconocerán PENSIÓN PLENA DE JUBILACIÓN, a quienes cumplan veinticinco (25) años de servicio a la Institución, con cuarenta y cinco (45) de edad si son mujeres y cuarenta y siete (47) si son hombres.(. . .).”*

En las condiciones anteriores, la Sala procede a estudiar si la señora Georgina Amaya Cala, al amparo de la Convención Colectiva de Trabajo, cumple con i) la prestación haya sido consolidada con anterioridad al 30 de junio de 1995, esto es, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para el nivel territorial o del 30 de junio de 1997 conforme a la sentencia de la Corte Constitucional; y, ii) que su prestación de orden convencional se

halle dentro de los supuestos establecidos en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

De la lectura del acto administrativo acusado – Resolución 027 del 29 de enero de 1999 –, se observa que a la señora Amaya Cala, la Empresa Social del Estado Hospital San Juan de Dios de San Gil, le reconoció la pensión de jubilación por acreditar el requisito de los 25 años de servicio y 45 años de edad.

Es decir, la parte demandada adquirió el derecho pensional con fundamento en la Convención Colectiva de Trabajo, el 9 de noviembre de 1996, fecha en la que cumplió el requisito de edad (45 años); sin embargo, los 25 años de servicio los cumplió el 6 de marzo de 1998, teniendo en cuenta que se descontaron 171 días de cese de actividades conforme a la certificación obrante a folio 105 del expediente, esto es, con posterioridad al 30 de junio de 1997, por ende, su derecho pensional no quedó convalidado dentro de los beneficios consagrados en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

La Sala manifiesta que la señora Amaya Cala para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, era beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 *ibídem*, en cuanto tenía 41 años de edad y más de 20 años de servicio para la fecha de entrada en vigencia de la norma, para pensionarse con base el régimen anterior.

Por lo anterior, la parte demandada cumplía con los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985 correspondiente a 55 años de edad y 20 años de servicio, para acceder a una pensión de jubilación equivalente al 75% de lo devengado en el último año de servicios, presupuestos que fueron acatados para el 9 de noviembre de 2007, cuando cumplió los 55 años de edad. Lo

anterior indica que adquirió el estatus de pensionada, cuando llegó a la edad requerida por la norma, por lo que a la entidad demandante le corresponde a partir de esta fecha, reliquidar la prestación conforme a lo establecido en la Ley 33 de 1985, tal y como así lo ordenó el *a quo* en la sentencia objeto de censura.

Ahora bien, la Sala al revisar la sentencia objeto de apelación, observó que el juez de primera instancia en el numeral primero de la parte resolutive, dispuso la inaplicación del literal a) de la cláusulas quinta y la sexta contenidas en la Convención Colectiva de Trabajo vigente en el año 2002, pretensión que a simple vista no guarda correspondencia con la legalidad del acto de reconocimiento de la pensión de jubilación de la señora Georgina Amaya Cala, y respecto de la cual no le estaba permitido al juez de primera instancia realizar ninguna consideración al respecto. Conforme con lo anterior, la Sala confirmará la decisión del *a quo*, con excepción al numeral primero el cual revocará, teniendo en cuenta que no se afecta la garantía de la *no reformatio in pejus* de la apelante.

III. DECISIÓN

Atendiendo las consideraciones expuestas, la Sala concluye que la decisión de primera instancia fue acertada, respecto de la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa en estudiar la controversia puesta en consideración; así como de la nulidad del artículo 1 de la Resolución 027 del 29 de enero de 1999, en lo correspondiente a la cuantía de la pensión de jubilación reconocida a la señora Georgina Amaya Cala con fundamento en una convención colectiva de trabajo que no quedó convalidada al tenor de lo

dispuesto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, por cuanto al 30 de junio de 1997 la parte demandada, no había cumplido los requisitos convencionales para el reconocimiento de la pensión de jubilación.

En consecuencia, se confirmará la sentencia recurrida, con excepción del numeral primero que se revocará en su totalidad, conforme a lo antes expuesto.

Por 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

PRIMERO.- CONFÍRMASE la sentencia del diecinueve (19) de mayo de dos mil once (2011), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda promovida por la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de San Gil (Santander) en Liquidación en contra de la señora Georgina Amaya Cala, con *excepción* del numeral primero que se revocará, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Por Secretaría, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISETT IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER