

NORMAS SUSTANCIALES - Son susceptibles de quebranto por violación directa; elementos / APLICACION INDEBIDA DE UNA NORMA SUSTANCIAL - Se presenta cuando a pesar de darle a la norma el sentido original ésta se aplica sin ser pertinente / SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL - Se aplica a todos los habitantes del territorio nacional / LEY 100 DE 1993 - Regímenes pensionales / SERVIDORES PUBLICOS - Pueden escoger el sistema de salud que deseen

Esta disposición reglamentó la Ley 100 de 1993, que estableció el sistema de seguridad social que se aplica a todos los habitantes del territorio nacional, dejando a salvo derecho adquiridos y sin que sea relevante si se trata de un servidor público del orden nacional o territorial, trabajador del sector privado o de persona natural independiente. En la Ley 100 de 1993 se consagraron dos regímenes pensionales: el de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad. El artículo 128 de la Ley 100 de 1993, al referirse a los servidores públicos no afiliados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social establece que "en caso de que seleccionen el régimen de prestación definida, se afiliarán al Instituto de Seguros Sociales". Los servidores públicos tienen la potestad de escoger el sistema que deseen, pero si optan por el régimen de prestación definida, puede continuar afiliados a la caja, fondo o entidad de previsión a la que se encuentren vinculados. Sin embargo, si manifestaron expresamente su intención de retirarse de la entidad previsional a la que se encontraban afiliados, o quienes teniendo derecho al régimen de transición previsto en dicha ley ingresen nuevamente como servidores públicos y guardaron silencio sobre mantenerse o no en la entidad de previsión a la que estaban vinculados, les es aplicable lo dispuesto en el inciso 2o. del artículo 128 de la Ley 100 de 1993, según el cual "los servidores públicos que no estén afiliados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, aquellos que se hallen afiliados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, y los que ingresen por primera vez a la fuerza laboral, en caso de que seleccionen el régimen de prestación definida, se afiliarán al Instituto de Seguros Sociales.

Nota de Relatoría: Se cita sentencia C-584 de 7 de diciembre de 1995, M.P. doctor Hernando Herrera Vergara

CONSEJO DE ESTADO

SALA ESPECIAL TRANSITORIA DE DECISION 2C

DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: LIGIA LOPEZ DIAZ

Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 11001-03-15-000-1999-00406-01(S-406)

Actor: OMAR CEBALLOS CACERES

Demandado: CONTRALORIA MUNICIPAL DE ARMENIA

FALLO

Se decide el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el señor LUIS OMAR CEBALLOS CÁCERES contra la sentencia del 12 de agosto de 1999 proferida por la Subsección "B" de la Sección Segunda de la Corporación, confirmatoria de la sentencia de primera instancia que accedió a las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

La Contraloría Municipal de Armenia solicitó ante el Tribunal Administrativo del Quindío la nulidad de la Resolución No. 355 del 22 de diciembre de 1997, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a favor del señor Omar Ceballos Cáceres, efectiva a partir de la fecha en que fuera remplazado en el cargo de Contralor Municipal de Armenia.

El Tribunal Administrativo del Quindío, mediante sentencia del 21 de octubre de 1998, encontró no probadas las excepciones propuestas y declaró la nulidad del acto acusado, por cuanto el artículo 75 del Decreto Ley 3135 de 1968 dispone que el competente para reconocer y pagar la pensión es el Instituto Colombiano de Seguros Sociales y no la Contraloría Municipal de Armenia, decisión apelada por el señor Omar Ceballos Cáceres.

EL FALLO SUPLICADO

La Subsección B de la Sección Segunda de la Corporación decidió el recurso de apelación interpuesto mediante sentencia del 12 de agosto de 1999, confirmando el fallo del Tribunal.

Las consideraciones de la decisión se resumen así:

El señor Omar Ceballos Cáceres se desempeñó como Contralor Municipal de Armenia durante el período comprendido entre el 13 de enero de 1995 y el 13 de enero de 1998.

La Contraloría Municipal de Armenia efectuó los pagos correspondientes a aportes en salud y pensión por el período comprendido entre el 27 de enero de 1995 hasta el 13 de enero de 1998.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 27, la función pagadora le compete al Instituto de Seguros Sociales. No cabe duda entonces, de que la competencia para expedir el acto acusado radicaba con exclusividad en esa entidad, como en efecto lo entendió el Tribunal de instancia.

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

El SEÑOR Ceballos Cáceres interpuso recurso extraordinario de súplica, solicitando infirmar la sentencia de segunda instancia, negar las súplicas de la demanda y, subsidiariamente, declarar probadas las excepciones propuestas.

1.- Primer cargo:

Indebida aplicación de los artículos 14 y 27 del Decreto 3135 de 1968.

La Ley 65 de 1967 le otorgó facultades extraordinarias al Ejecutivo para regular asuntos concernientes a las prestaciones sociales de los empleados nacionales; con base en ellas, se expidió el Decreto 3135 de 1968, que se refiere a las pensiones de los servidores públicos del orden nacional. En consecuencia este decreto no es aplicable a empleados del orden territorial, como el caso del Contralor Municipal de Armenia, no sólo porque así lo determinó la ley, sino por expresa disposición del artículo 7º del decreto reglamentario 1848 de 1969.

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencias de febrero 21 de 1978, Expediente 4250, C. P. Dr. Samuel Buitrago Hurtado y, agosto 31 de 1983, Expediente 7218, C.P. Dr. Joaquín Vanin Tello, se pronunció señalando que *“no son aplicables a los empleados oficiales de las entidades territoriales las*

prestaciones sociales consagradas en los Decretos 3135 de 1968, 1045 de 1978 y 1848 de 1969.”

Los artículos 14 y 27 del Decreto 3135 de 1968 fueron aplicados de oficio puesto que su violación no fue alegada en la demanda. Así lo ratifican las consideraciones expuestas en el auto que negó la suspensión provisional del acto acusado.

Adicionalmente, el Tribunal y el Consejo de Estado olvidaron analizar los argumentos y las normas citadas por el tercero interviniente, limitándose a despachar el asunto al amparo de los artículos 14 y 27 del Decreto 3135 de 1968, violando así las normas y la jurisprudencia mencionada.

2. Segundo cargo:

Falta de aplicación del artículo 164 del Código Contencioso Administrativo.

El recurrente manifestó que con ocasión de la contestación de la demanda se propusieron las excepciones de inepta demanda por omisión en el cumplimiento de los requisitos formales; escogencia errónea de la acción; y, falta de integración del litis consorcio necesario. El Tribunal las despachó desfavorablemente pero la sentencia suplicada omitió pronunciarse al respecto ya fuera para rechazarlas o para declarar alguna de ellas probada, debiendo preferir entonces una decisión inhibitoria.

3.- Tercer cargo

Falta de aplicación del artículo 210 del Código Contencioso Administrativo.

El recurrente señaló que la sentencia no hace alusión al traslado para que el Ministerio Público alegara de conclusión, ni al concepto que debió ser emitido por éste, dejando así de aplicar la norma en referencia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **Contraloría Municipal de Armenia** solicitó desestimar las pretensiones del recurrente argumentando que, las pruebas documentales y legales que obran en el proceso, determinan la incompetencia legal de la Contraloría para reconocer y ordenar el pago de una pensión vitalicia de jubilación a favor del señor Omar Ceballos Cáceres, ya que dentro de las funciones atribuidas a los Contralores por los artículos 267 [4], 268, 272 y siguientes de la Constitución Política, la Ley 142 de 1993 y las normas del ordenamiento territorial, así como por la Ley 136 de 1994 [165], no aparece disposición alguna que permita, autorice u ordene al Contralor reconocer y ordenar el pago de pensiones vitalicias de jubilación, ni tampoco que este organismo sea quien repita contra las demás entidades en las cuales haya trabajado el servidor, con el fin de completar el valor total de la mesada pensional.

Consideró que el ordenamiento jurídico general, según el cual se previó la existencia de entidades de previsión social que reconocieran las prestaciones sociales incluyendo la pensión de jubilación y que despojó de esta obligación a los patronos sean públicos o privados, prevalece como regla general para los servidores públicos de todos los órdenes, por lo que se insiste en que la Contraloría Municipal de Armenia no es la entidad que debió reconocer la pensión de jubilación al señor Ceballos Cáceres.

El **recurrente** reiteró los cargos y fundamentos del recurso, citando adicionalmente las sentencias de la Corporación del 15 de marzo de 1991, Exp. 1976, C.P. Dr. Carmelo Martínez Conn y del 21 de noviembre de 1995, Exp. 1440 - Sección Quinta -, para reiterar que los artículos 14 y 27 del Decreto 3135 de 1968, no fueron citados en la demanda como normas violadas y que las excepciones propuestas en la contestación debieron ser analizadas y acogidas en la segunda instancia.

El **Ministerio Público** no rindió concepto en esta oportunidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con la Ley 954 de 2005, en concordancia con el Acuerdo 036 de 2005 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, la Sala Especial Transitoria de Decisión 2 C del Consejo de Estado, debe decidir el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la parte demandante, contra la providencia del 12 de agosto de 1999 proferida por la Subsección “B” de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

El recurso extraordinario de súplica consagrado en el artículo 194 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, disponía en sus dos primeros incisos:

*“Artículo 194.— **Del recurso extraordinario de súplica.** El recurso extraordinario de súplica, procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por cualquiera de las secciones o subsecciones del Consejo de Estado. Es causal del recurso extraordinario de súplica la violación directa de normas sustanciales, ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea de las mismas. Los miembros de la sección o subsección falladora estarán excluidos de la decisión, pero podrán ser oídos si la sala así lo determina.*

En el escrito que contenga el recurso se indicará en forma precisa la norma o normas sustanciales infringidas y los motivos de la infracción; y deberá interponerse dentro de los veinte (20) días siguientes al de la ejecutoria de la sentencia impugnada, ante la sección o subsección falladora que lo concederá o rechazará.”

Las normas sustanciales susceptibles de quebranto por violación directa, son aquellas que en su estructura contienen dos elementos claramente diferenciados; el primero de ellos referido a la hipótesis de hechos

denominados técnicamente supuestos de hecho, y el segundo a la consecuencia o efecto jurídico que se deriva de la ocurrencia de los hechos, elementos que integran una proposición jurídica completa e imperativa y cuya aplicación permite la concreción de derechos y obligaciones. Es decir, que en el recurso extraordinario de súplica no es posible estructurar un cargo con fundamento en preceptos legales esencialmente procedimentales, entendidos como aquellos que dicen al juez o a las partes lo que deben hacer y cómo deben hacerlo y cuyo desconocimiento estructura lo que la doctrina ha llamado “*error improcedendo*”, del cual se deriva la violación indirecta de normas sustanciales.

En el caso concreto se acusa la sentencia del 12 de agosto de 1999 por violar los artículos 14 y 27 del Decreto 3135 de 1968 bajo la causal de indebida aplicación; y, 164 y 210 del Código Contencioso Administrativo bajo la causal de falta de aplicación.

Conforme a los argumentos expuestos por el actor, la Sala deberá establecer si el fallo de segunda instancia violó directamente las normas mencionadas y, si en consecuencia, el mismo debe ser infirmado, analizando en primer lugar, el cargo por falta de aplicación de los artículos 164 y 210 de C.C.A. y, en segundo lugar, el cargo por aplicación indebida de las disposiciones del Decreto 3135 de 1968.

1.- Violación por falta de aplicación de los artículos 164 y 210 del Código Contencioso Administrativo

El recurrente aduce la violación de los artículos 164 y 210 del Código Contencioso Administrativo, los cuales consagran la oportunidad procesal para proponer excepciones de fondo facultando al superior para decidir sobre las que encuentre probadas, así como el traslado del expediente al Ministerio Público para que emita el concepto respectivo; a su juicio, estas disposiciones fueron inaplicadas porque las excepciones propuestas fueron despachadas desfavorablemente en primera instancia y, la sentencia suplicada omitió el conocimiento de tales excepciones. Además, porque no

se hizo alusión al traslado para que el Ministerio Público alegara de conclusión, ni al concepto que para el efecto debió ser emitido.

La Sala observa que estas normas son reguladoras de la actividad “*improcedendo*”, luego carecen de idoneidad para configurar un cargo por *violación directa de normas sustanciales*, que es la causal única de súplica extraordinaria prevista en la ley.

Si en el *sub lite* el fallador omitió el análisis de las excepciones propuestas o el traslado al Ministerio Público, la sentencia habría incurrido entonces en *error improcedendo*, derivado de una errada apreciación de los hechos y de la demanda, caso en el cual la violación se configuraría por vía indirecta; en tales circunstancias, las razones de la infracción resultarían impropias pues conllevan a un cuestionamiento sobre la valoración de los elementos de prueba que el fallador de instancia efectuó, reviviendo así por la vía del recurso, el debate propio de las instancias respectivas, pretensión inadmisibles al tratar de configurarse un cargo en la causal de súplica extraordinaria.

En este orden de ideas, la Sala deberá rechazar los cargos segundo y tercero por cuanto las normas en que se sustentan y los motivos de la infracción alegados, no se adecuan a los presupuestos básicos ni a los razonamientos propios determinantes para tipificar la causal de súplica extraordinaria por quebranto de normas sustanciales.

2.- Violación por indebida aplicación de los artículos 14 y 27 del Decreto 3135 de 1968

Para el recurrente, el Decreto 3135 de 1968 no es aplicable a empleados del orden territorial, no sólo porque así lo determinó la ley, sino por expresa disposición del artículo 7º del decreto reglamentario 1848 de 1969, situación sobre la cual el Consejo de Estado ya ha tenido la oportunidad de

pronunciarse; además, tal reglamentación se aplicó de manera oficiosa porque en la demanda su violación no fue alegada, y tampoco se analizaron los argumentos expuestos por el tercero interviniente en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación.

La aplicación indebida de una norma sustancial se presenta cuando a pesar de darle a la norma el sentido original que ella predica, ésta se aplica sin ser pertinente al asunto materia de la decisión, esto es, a supuestos no regulados por ella³. En otros términos, cuando el precepto o preceptos jurídicos que se hacen valer, se usan o aplican a pesar de no ser los pertinentes para resolver el asunto que es objeto de decisión.

El error por aplicación indebida puede originarse porque el juzgador se equivoca al determinar las circunstancias de hecho que son relevantes para la aplicación de la norma o porque no se establece la diferencia entre la ley y la tesis del caso concreto.

En el caso bajo examen, se decidió que el Instituto de Seguros Sociales y no la Contraloría Municipal, era la entidad competente para expedir el acto de reconocimiento de la pensión del señor Omar Ceballos Cáceres, con fundamento en el Decreto 3135 de 1968 expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 65 de 1967, *“Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”*.

Los artículos 14 y 27 del decreto citado dispusieron lo siguiente:

“Artículo 14.- Prestaciones a cargo de las entidades de previsión.- La entidad de previsión social a la cual se halla afiliado el empleado o trabajador, efectuará el reconocimiento y pago de las siguientes prestaciones:

³ Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 2 de agosto de 2005, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, Exp. S-00791

1.- A los empleados públicos y trabajadores oficiales:

(...)

h. *Pensión vitalicia de jubilación o vejez;*

(...)

“Artículo 27.- Pensión de jubilación o vejez.- *El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.*

No quedan sujetas a esta regla las personas que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción y que la ley determine expresamente.”

Por su parte, el Decreto 1848 de 1969 “*Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968*” dispuso:

“Artículo 7º.-Regla general.

1. - *Las normas de este Decreto y del Decreto 3135 de 1968, que consagran prestaciones sociales, se aplicaran a los empleados públicos nacionales de la Rama Administrativa del Poder Público, mientras la ley no disponga otra cosa.”*(Subraya la Sala).

Respecto del alcance normativo de estas normas, el Consejo de Estado³ ha manifestado lo siguiente:

“Dentro de este orden de ideas cabe anotar que no son aplicables a los empleados oficiales de las entidades

³ Consejo de Estado, Sentencia de 31 de agosto de 1983, Exp. No. 7218, C.P. Dr. Joaquín Vanin Tello.

territoriales las prestaciones sociales consagradas en los Decretos Extraordinarios 3135 de 1968 y 1045 de 1978, como tampoco las disposiciones del 1848 de 1969 que las reglamentan, no solo en razón de lo dispuesto en los artículos 7º del decreto citado en tercer lugar, lo del segundo y lo del cuarto de ellos, sino porque en cuanto al régimen de remuneración y prestaciones sociales, las Leyes 65 de 1967, artículo 1º literal h) y 5º de 1978, artículo 1º, ordinal 1º, literal a) y ordinal 5º que concedieron al efecto facultades extraordinarios al Presidente de la República, se refieren exclusivamente al orden nacional.”

De acuerdo con lo referenciado, puede concluirse que, en efecto, las normas contenidas en los artículos 14 y 27 del Decreto 3135 de 1968 que sustentaron la decisión judicial impugnada, no eran aplicables para el caso de los empleados oficiales de las entidades territoriales, luego al recurrente le asiste razón cuando aduce que el Contralor Municipal del Armenia era un empleado territorial y que por lo tanto, se sustrae de los efectos prestacionales consagrados para los “*empleados públicos nacionales de la rama administrativa*”.

También es cierto que el Contralor Municipal no tiene la categoría de empleado público nacional, tal como se desprende del artículo 272 de la Constitución Política, según el cual, corresponde a los Concejos Municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal, y elegir al Contralor Municipal, cuyas funciones se ejercerán en el ámbito de su jurisdicción.

Por este aspecto entonces, se confirma igualmente la indebida aplicación del régimen prestacional de pensión de jubilación o vejez previsto en las normas legales antes transcritas, sin perjuicio, claro está, de la aplicación de las normas legales reguladoras de la misma prestación para empleados públicos territoriales, que consagran previsiones iguales o similares a las contenidas en la normas indebidamente aplicadas.

De acuerdo con lo anterior, se configura el cargo de infracción directa por indebida aplicación de los artículos 14 y 27 del decreto extraordinario 3135 de 1968, por lo que habrá de darse prosperidad al recurso interpuesto.

Al margen de la decisión que adoptará la Sala, se advierte que ella no constituye un desconocimiento de las normas legales que en todo caso deben observarse tratándose del régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales y sobre las cuales no procede en esta oportunidad pronunciamiento alguno, pues, como ya se dijo, el recurso extraordinario de súplica no constituye una tercera instancia, que permita la revisión total del proceso en sus cuestiones fácticas y jurídicas, sino que se limita a confrontar la legalidad de la sentencia. De manera que si sobre las normas que debieron aplicarse, no formula el recurrente censura alguna a la sentencia, no corresponde a la Sala decidir al respecto, ya que sus facultades de decisión, tratándose de la súplica extraordinaria, están limitadas a las razones de censura formuladas por el recurrente, aún cuando se reconozcan igualmente como válidas las facultades de interpretación de la demanda.

De conformidad con el artículo 194 del Código Contencioso Administrativo, si la Sala hallare procedente la causal invocada, infirmará la sentencia recurrida y dictará la que deba reemplazarla.

SENTENCIA DE REEMPLAZO

ANTECEDENTES

En el año 1997 la Contraloría Municipal de Armenia (Quindío) profirió la Resolución N° 355 de 22 de diciembre, por medio de la cual ordenó el reconocimiento y pago de una pensión vitalicia de jubilación al señor Omar Ceballos Cáceres.

Dicha entidad solicitó ante el Tribunal Administrativo del Quindío la nulidad de la mencionada Resolución al juzgar que no era competente para expedir ese acto.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal, mediante sentencia del 21 de octubre de 1998, declaró la nulidad del acto acusado, al considerar que el competente para reconocer y pagar la pensión de jubilación era el Instituto Colombiano de Seguros Sociales y no la Contraloría Municipal de Armenia, toda vez que ésta afilió su empleado a aquella y de conformidad con los artículos 14 y 75 del Decreto Ley 3135 de 1968 corresponde a la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado el empleado reconocer y pagar la pensión.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El señor Omar Ceballos impugnó la sentencia de primera instancia teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

Manifestó que las únicas normas en que se fundó la decisión, esto es, los artículos 14 y 75 del Decreto Ley 3135 de 1968, no podían aplicarse al caso bajo estudio, por un lado, porque el artículo 75 no existe pues tal Decreto solo cuenta con 43 artículos y, por otro, ya que en general las normas del mencionado Decreto son aplicables única y exclusivamente a los servidores públicos del orden nacional por expresa disposición del artículo 7 del Decreto 1848 de 1969 reglamentario del 3135.

Agregó que el Tribunal fallo “extra petita” toda vez que utilizó normas que no habían sido alegadas por el actor.

Concluyó solicitando que se revocara la sentencia de primera instancia y en consecuencia que se denegaran las súplicas de la demanda. En subsidio

pidió que se declararan probadas las excepciones propuestas y que por tanto se profiriera fallo inhibitorio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En esta Sentencia de reemplazo, la Sala Transitoria de Decisión debe analizar el recurso de apelación presentado por el demandado OSCAR CEBALLOS CÁCERES, contra la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad de la Resolución 355 del 22 de diciembre de 1997, mediante la cual la Contraloría Municipal de Armenia reconoció y ordenó el pago en su favor de una pensión de jubilación, y declaró como restablecimiento del derecho, que dicha entidad no está obligada al pago de prestación mencionada.

El primero de los cargos de la apelación se refiere a la excepción de inepta demanda, que según el recurrente no fue respondida por el Tribunal. Observa la Sala que el A-quo atendió de manera adecuada la excepción planteada por el demandado, pues como se indicó en la providencia de primera instancia la acción de lesividad escogida por la Contraloría de Armenia era la adecuada para resolver la demanda de nulidad contra sus propios actos y no la acción de nulidad simple, porque en este caso se demanda un acto de contenido particular y concreto, reclamando el restablecimiento del derecho de la Entidad.

Observa la Sala que en la demanda se plantearon los hechos y las normas que sustentaron las pretensiones, de tal manera que los demás intervinientes y el juzgador pudieron pronunciarse sobre ellos, por lo que reunía los requisitos exigidos en la ley.

No se requiere vincular al proceso a las demás entidades en las cuales prestó sus servicios el señor Ceballos Cáceres, porque lo que se debate es únicamente la competencia de la Contraloría de Armenia para reconocerle y pagarle su pensión, no su derecho para acceder a ella. Por todo lo anterior este cargo de la apelación no está llamado a prosperar y en consecuencia se confirmará la sentencia en cuanto negó las excepciones propuestas por el particular demandado.

En cuanto al fondo del asunto, debe resolverse si la Contraloría de Armenia era la entidad competente para reconocer la pensión de jubilación al particular demandado.

Como lo señala el impugnante y ya lo manifestó esta Sala Transitoria, el Decreto 3135 de 1968 no es aplicable a empleados del orden territorial y en consecuencia no podía servir de fundamento para declarar la nulidad de los actos acusados, como lo hizo el Tribunal. En ese orden de ideas el recurso de apelación prospera, por las mismas razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia de súplica, a las que la Sala se remite.

Ahora bien, toda vez que el Tribunal no analizó los argumentos planteados en la demanda, debe la Sala, al actuar como juez de segunda instancia, analizarlos y confrontarlos con los planteamientos de los intervinientes.

Se plantea en la demanda que de conformidad con el artículo 6 del Decreto 813 de 1994, al señor Ceballos Cáceres no debió pensionarlo la Contraloría de Armenia sino el Instituto de los Seguros Sociales. Dicha norma señala lo siguiente:

***Transición de las pensiones de vejez o jubilación de servidores públicos.** Tratándose de servidores públicos afiliados a cajas, fondos o entidades de previsión social, para efectos de la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo primero del presente Decreto, se seguirán las siguientes reglas:*

(...)

Corresponderá al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de los servidores públicos, conforme a las disposiciones del régimen que se venía aplicando, en los siguientes casos:

- i) Cuando el servidor público se traslade voluntariamente al Instituto de Seguros Sociales.*
- ii) Cuando se ordene la liquidación de la caja, fondo o entidad a la cual se encontraba afiliado el servidor público, y*
- iii) Cuando los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición no se encontraban afiliados a ninguna caja, fondo o entidad de previsión del sector público con anterioridad al 1° de abril de 1994, seleccionen el régimen de prima media con prestación definida;*

Esta disposición reglamentó la Ley 100 de 1993, que estableció el sistema de seguridad social que se aplica a todos los habitantes del territorio nacional, **dejando a salvo derecho adquiridos** y sin que sea relevante si se trata de un

servidor público del orden nacional o territorial, trabajador del sector privado o de persona natural independiente.

En la Ley 100 de 1993 se consagraron dos regímenes pensionales: el de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad. El artículo 128 de la Ley 100 de 1993, al referirse a los servidores públicos no afiliados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social establece que *"en caso de que seleccionen el régimen de prestación definida, se afiliarán al Instituto de Seguros Sociales"*.

Los servidores públicos tienen la potestad de escoger el sistema que deseen, pero si optan por el régimen de prestación definida, puede continuar afiliados a la caja, fondo o entidad de previsión a la que se encuentren vinculados. Sin embargo, si manifestaron expresamente su intención de retirarse de la entidad previsional a la que se encontraban afiliados, o quienes teniendo derecho al régimen de transición previsto en dicha ley ingresen nuevamente como servidores públicos y guardaron silencio sobre mantenerse o no en la entidad de previsión a la que estaban vinculados, les es aplicable lo dispuesto en el inciso 2o. del artículo 128 de la Ley 100 de 1993, según el cual *"los servidores públicos que no estén afiliados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, aquellos que se hallen afiliados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, y los que ingresen por primera vez a la fuerza laboral, en caso de que seleccionen el régimen de prestación definida, se afiliarán al Instituto de Seguros Sociales."*

Como señaló la Corte Constitucional en su oportunidad:

*"De lo anterior se deduce que, respecto de aquellos servidores retirados del servicio, les asiste el derecho a ser pensionados por la última entidad de seguridad social a la que habían estado vinculados al momento de su retiro, siempre y cuando hubiesen cumplido con los requisitos establecidos por la ley para acceder a los respectivos derechos pensionales. Empero, si se trata de un servidor público en ejercicio de sus funciones, y este no se encuentra afiliado a una caja, fondo o entidad de previsión, en caso de seleccionar el régimen de prestación definida, deberá afiliarse al Instituto de Seguros Sociales, sin perjuicio de lo previsto en el inciso 2o. del artículo 128 demandado, bien por existir silencio de su parte sobre este aspecto o por expresa determinación del mismo servidor."*¹

¹ Corte constitucional, Sala Plena, Sentencia C-584 del 7 de diciembre de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara.

En el presente caso, el señor OMAR CEBALLOS CÁCERES reúne los requisitos del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y se vinculó como contralor Municipal de Armenia a partir del mes de enero de 1995, cuando ya había entrado en vigor la Ley 100 de 1993, siendo afiliado al Instituto de Seguros Sociales, donde se cancelaron los aportes pensionales correspondientes, por lo que es a esa entidad a la que le correspondía verificar si se cumplían los requisitos para acceder a la pensión de jubilación y no a la Contraloría de Armenia, toda vez que, como consta a folios 43 y 44 del cuaderno 4, seleccionó el régimen de prestación definida, manifestando expresamente su decisión de mantenerse en el Instituto de los Seguros Sociales ISS y no en otra Caja o Fondo.

En consecuencia, deberá confirmarse la Sentencia apelada, en cuanto declaró la nulidad de los actos acusados, pero por las razones expuestas en esta providencia.

En mérito a lo expuesto, la Sala Especial Transitoria de Decisión 2 C del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

INFÍRMASE la sentencia del 12 de agosto de 1999 proferida por la Subsección "B" de la Sección Segunda del Consejo de Estado. En la sentencia de reemplazo se dispone:

CONFÍRMASE la sentencia proferida el 21 de octubre de 1998 por el Tribunal Administrativo del Quindío.

Comuníquese al señor Contralor del Municipio de Armenia (Quindío) y a la Gobernación del Departamento del Quindío.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase a la Sección de Origen.
Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

LIGIA LÓPEZ DÍAZ

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

MAURICIO TORRES CUERVO

SECRETARIO A DOC