

| | |
|---|--|
|  | JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI |
| Cali | Veintitrés (23) de septiembre de dos mil dieciséis (2016) |

SENTENCIA No. 119

| | |
|-------------------------|---|
| MEDIO DE CONTROL | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| ACCIONANTE | MARCO TULIO MONTOYA GALLEGO. |
| ACCIONADA | ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. |
| RADICADO | 76001-33-33-009-2014-00462-00-00 |

1. ANTECEDENTES DE LA DEMANDA

1.1 Pretensiones y fundamentos de hecho de la demanda:

El señor **Marco Tulio Montoya Gallego**, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.107.087, actuando a través de apoderado judicial, interpuso el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-**, con la finalidad de que se declare la nulidad parcial de las Resoluciones No.06896 de 2009, 900496 de 2009 y 3019 de 2010.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene a la entidad demandada, a reliquidar su pensión de jubilación teniendo en cuenta el 75% del ingreso base de liquidación, de acuerdo con lo establecido en la Ley 71 de 1988.

Igualmente, solicitó que se condene a la demandada al pago de las diferencias resultantes entre la mesada pensional ya reconocida y la suma resultante de la reliquidación pensional por el aumento en el porcentaje de liquidación, sumas que deberán ser reajustadas conforme al Índice de Precios al Consumidor - IPC -; se ordene el pago de los intereses moratorios causados y se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 195 de la Ley 1437 del 2011, así como al pago de las costas y agencias en derecho que se causen.

Como fundamentos fácticos expone que, laboró tanto en el sector público como en el privado, cotizó al sistema de seguridad social en pensión y actualmente cuenta con una pensión de vejez, la cual le fue reconocida por el extinto Instituto de los Seguros Sociales mediante Resolución No.06896 de 2009.

No obstante lo anterior, afirma que al momento de efectuar el reconocimiento de su pensión, la entidad demandada debió calcular la misma sobre un ingreso base de liquidación equivalente al 75% del promedio de todo lo devengado en el último año de servicios, de acuerdo con los lineamientos establecidos en la Ley 71 de 1988, como quiera que es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993¹.

¹ Folios 1 a 12.

1.2 Alegatos de conclusión:

En el término concedido para tal efecto, allegó sus alegatos finales, en los que procedió a reafirmar los argumentos esgrimidos en el libelo inicial².

2. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA

2.1. Contestación de la demanda:

La **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES** procedió a dar contestación a la demanda, oponiéndose a las súplicas incoadas, pues considera que el demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez con un IBL equivalente al 75%, pues no acreditó que hubiere prestado sus servicios al estado por un lapso de 20 años, hecho que determina la aplicación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, que a su vez remite al artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

En tal virtud, afirmó que el estudio de la pensión del actor se realizó conforme a las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, puesto que es ésta la norma que permite acumular tiempos cotizados tanto en el sector público como en el privado.

Como consecuencia de lo anterior, propuso como excepciones las denominadas: "*Inexistencia de la obligación y Cobro de lo no debido*"³.

2.2. Alegatos de conclusión:

En el término concedido para allegar los alegatos finales, la entidad demandada guardó silencio⁴.

3. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

3.1. De los presupuestos procesales.

El Despacho no observa irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad total o parcial de lo actuado, pues, una vez admitida la demanda, notificada la misma y surtido el traslado para su contestación, se llevó a cabo la audiencia inicial en la forma señalada en el artículo 180 de la ley 1437 de 2011⁵ y, seguidamente se realizó la audiencia de pruebas, incorporando todos los documentos allegados por los con el libelo introductorio y el escrito de contestación, conforme lo dispone el artículo 181 de la misma norma⁶.

En virtud de lo anterior, se declaró cerrada la etapa probatoria y de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 181 de la Ley 1437 de 2001, se prescindió de la audiencia de Alegaciones y Juzgamiento y se dispuso correr traslado a las partes

² Folios 135 a 136.

³ Folios 99 a 102.

⁴ Folio 137.

⁵ Folios 112 y 113.

⁶ Folios 112 a 113.

Radicado No. 76001-33-33-009-2014-00462-00

para que alegaran de conclusión por el término común de diez (10) días. El audio y video de las audiencias realizadas por el Despacho, se encuentran grabados conforme el artículo 183 *ibídem*.

3.2. Problema jurídico planteado:

El litigio se contrae a determinar si, debe declararse la nulidad parcial de las Resoluciones No. No.06896 de 2009, 900496 de 2009 y 3019 de 2010, y en consecuencia, establecer si resulta procedente o no la reliquidación pensional del demandante aplicando un ingreso base de liquidación del 75% de lo devengado en el último año de servicios prestados, de acuerdo con los postulados establecidos en la Ley 71 de 1988.

3.3. Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso:

En primer lugar, es importante señalar que en atención al nuevo Régimen de Seguridad Social Integral que entraría a regir a partir del 1 de abril de 1994, el Legislador estableció en los Artículos 36 y 151 de la Ley 100 de 1993 un régimen de transición, con el fin de salvaguardar los derechos adquiridos y las expectativas legítimas de las personas que habían consolidado su derecho pensional antes de la entrada en vigencia del estatuto en mención.

En tal virtud, se tiene que el inciso 2º del artículo 36 *ibídem*, dispuso que la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicio, el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión, se determinarían por el régimen anterior al que se encontraran afiliados los solicitantes; siempre y cuando para el momento de entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social Integral, estos hubieren cumplido treinta y cinco (35) años de edad, si son mujeres y cuarenta (40) años, si fueren hombres o, hubieren cotizado por lo menos quince (15) años de servicios.

Así las cosas, se tiene que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, existían diversos regímenes pensionales, entre los que se encuentra el contenido en la Ley 71 de 1988, el cual permitió acumular cotizaciones efectuadas tanto en el sector público como en el privado, pues, las normas que existían regulaban en forma independiente el régimen pensional de cada uno de estos sectores⁷.

A partir de lo anterior, es del caso señalar que el artículo 7º de la norma en cita, al igual que el artículo 1º de Decreto 2709 de 1994⁸ establecieron que, tendrían derecho a la pensión de jubilación por aportes, aquellas personas que hubieren acreditado 60 años o más de edad si eran hombres, o 55 años en el caso de las mujeres, y 20 o más años o cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público.

Por otro lado, se tiene que en cuanto al monto de dicha prestación, el artículo 8º del decreto en mención dispuso que, éste será equivalente al 75 % del salario base de liquidación y, su valor no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, ni superior a quince (15) veces dicho salario.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", Sentencia del 13 de febrero del 2014, Expediente No. 25000-23-25-000-2012-01566-01(1676-13), Consejero Ponente: **Alfonso Vargas Rincón**.

⁸ Por el cual se reglamenta el artículo 7º de la Ley 71 de 1988.

Así mismo, el artículo 9º *ibídem* estableció que: "*Las personas pensionadas o con derecho a la pensión del sector público en todos sus niveles que no se hayan retirado del servicio de la entidad, tendrán derecho a la reliquidación de la pensión, tomando como base el promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social*".

Ahora bien, teniendo en cuenta las diversas discusiones que ha generado la aplicación del régimen de transición, y cuando parecía imponerse la interpretación dada por el Honorable Consejo de Estado en cuanto que, los beneficiarios del régimen de transición tendrían derecho a que el reconocimiento de su pensión se efectuara teniendo en cuenta los requisitos establecidos en el régimen anterior al cual se encontrarán afiliados, referidos a la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y la forma de liquidar el ingreso base de liquidación de la pensión⁹, la Corte Constitucional en Sentencia SU-230 de 2015, reabrió el debate acerca de la interpretación que debe otorgarse al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando que en su concepto, el ingreso base de liquidación (IBL) no es un elemento del régimen de transición, pues de ser incluido, consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados los pensionados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo.

Refirió además, que el ingreso base de liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia del texto del artículo 36, por lo que en su sentir, no hay una razón para extender un tratamiento diferenciado y ventajoso en dicho aspecto a los beneficiarios del régimen especial regulado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 y, en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconocería el principio de igualdad.

Adicional a ello, manifestó que tal como ocurre con el tema de factores, la regla que se viene aplicando para el ingreso base de liquidación conduce a la concesión de beneficios manifiestamente desproporcionados, con desconocimiento de los principios de solidaridad e igualdad, puesto que, la interpretación que se ha dado a la norma para calcular las pensiones ha generado en algunas ocasiones, el reconocimiento de pensiones en una cuantía muy elevada que, sólo podían ser financiadas con subsidios públicos más altos, en términos absolutos y porcentuales, que los asignados a las demás pensiones reconocidas en el sistema. El caso extremo es el de las pensiones basadas en el ingreso mensual promedio de un periodo muy breve en comparación con toda la vida laboral del beneficiario.

En virtud de lo anterior, el Honorable Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación del 25 de febrero de 2016, Expediente No. 25000234200020130154101 (4683-2013), Consejero Ponente: Dr. **Gerardo Arenas Monsalve**, reiteró su línea de interpretación en cuanto al cálculo del ingreso base de liquidación manifestado que, la variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas y los cuales, constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional.

Agregó además, que los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones tomadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-258

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 12 de abril de 2012, Consejero Ponente Dr. **Gerardo Arenas Monsalve**, expediente No. 13001-23-31-000-2008-00704-01(1977-10).

de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas.

Puso de presente además, que si ya la Carta Magna dispuso la finalización del régimen de transición pensional y queda pendiente, en consecuencia, un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor al que ya tiene decidido el asunto conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera que imponga el cambio jurisprudencial que plantea la sentencia SU-230 de 2015, la cual, de aplicarse, sí haría notorio y protuberante el desconocimiento de los principios de igualdad y de progresividad.

Tomando con marco de reflexión el recuento normativo y jurisprudencial expuesto en precedencia, es del caso señalar que el Despacho comparte la posición que viene aplicando el Tribunal de cierre de ésta Jurisdicción, como quiera que, en sentir de ésta Juzgadora le asiste razón a dicha Colegiatura cuando afirma que los argumentos esgrimidos en la sentencia de unificación de la Corte, recoge la tesis expuesta en la providencia que en su momento analizó la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 y la cual, sólo resulta aplicable al régimen pensional de los Representantes y Senadores y no, a los regímenes pensionales creados y regulados mediante otras normas.

De esta manera es claro, que de aplicarse la sentencia emitida por la Honorable Corte Constitucional, a saber, la SU-230 del 29 de abril de 2015, se pondría en entredicho la aplicación del derecho a la igualdad de aquellos pensionados que adquirieron su derecho en las mismas condiciones de quienes fueron cobijados integralmente por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que en virtud del principio fundamental de favorabilidad, considera esta Operadora Judicial que se debe aplicar el precedente jurisprudencial del órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

3.4. Análisis probatorio y resolución del caso concreto:

Una vez revisadas las pruebas obrantes en el plenario, se encuentra acreditado que:

a). Para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el señor **Marco Tulio Montoya Gallego** tenía más de 40 años de edad y 15 años de servicios, como quiera que nació el 31 de julio de 1948¹⁰ y había efectuado cotizaciones para pensión de manera discontinua por un tiempo aproximado de 16 años¹¹; en tal virtud, se encuentra inmerso en el denominado régimen de transición.

b). A pesar de lo anterior, la entidad accionada resolvió reconocerle una pensión de jubilación, mediante Resolución No. 06896 del 17 de abril de 2009, teniendo en cuenta las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y, efectuando la liquidación de la misma sobre el 64.10% del ingreso base de liquidación.

c). Inconforme con dicha decisión, el actor solicitó mediante la interposición de los recursos de reposición y apelación que, su pensión fuera reliquidada teniendo en cuenta el 75% de lo devengado en el último año de servicio, conforme a la disposición que le resultara aplicable, en virtud al régimen de transición del que es beneficiario.

¹⁰ Folio 17.

¹¹ Folio 62.

d) En respuesta a la petición elevada por el accionante, fueron expedidas las Resoluciones Nos. 3019 de 2010 y 900496 de 2009, a través de las cuales se dejó incólume la decisión adoptada en la Resolución No. 06896 del 17 de abril de 2009-

e). De la revisión de los actos administrativos demandados se tiene que, el actor habría acreditado para el año 2009 (fecha en que le fue reconocida su pensión), un tiempo de servicios equivalente a 1.156 semanas¹², las que equivaldrían a 8.093 días, de los cuales, 1.520 se habría cotizado ante al extinto Instituto de los Seguros Sociales y 6.573 equivaldrían al tiempo laborado al servicio de Entidades del Estado.

f) A pesar del tiempo señalado ante el Instituto de Seguros Sociales, se observa que a folio 125 del plenario, reposa certificado actualizado a 5 de febrero del 2016, en el que la **Administradora Colombiana de Pensiones** advierte que, el actor presenta un total de 280, 86 semanas cotizadas, las cuales equivalen a un promedio de 1966 días.

A partir de lo anterior, es claro que el demandante cotizó en calidad de servidor público un acumulado promedio de 19 años y, ante el Instituto de Seguros Sociales de 5 años, que sumados corresponden a 24 años de servicios.

g) Para la fecha en que le fue reconocida la pensión de vejez, el actor contaba con 60 años de edad, pues había nacido el 31 de julio de 1948¹³.

Tomando como marco de reflexión lo expuesto es precedencia, es menester concluir sin mayor elucubraciones que en atención a que el actor es beneficiario del régimen de transición, su situación pensional debe regirse por los postulados de la Ley 71 de 1988, como quiera que cumple con los requisitos allí establecidos, a saber, contar con 60 años de edad y, haber cotizado 20 o más años de servicios en el sector público y privado.

Corolario a lo anterior, resulta procedente ordenar la reliquidación de su pensión de vejez teniendo en cuenta un ingreso base de liquidación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios e incluyendo todas aquellas sumas que habitualmente recibía como retribución de sus servicios, con fundamento en lo dispuesto en la Ley 71 de 1988 y en el Decreto 2709 de 1994.

Por otro lado, es menester precisar que al momento de hacerse el reconocimiento prestacional en la reliquidación de la pensión del actor, se deberán efectuar los descuentos por los aportes sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal correspondiente.

Finalmente, se ordenará que las sumas que se resultaren a deber, deberán ser ajustadas hasta la ejecutoria de la sentencia, siguiendo lo dispuesto en el inciso final del artículo 187 del CPACA, para lo cual deberán utilizarse las fórmulas que sobre el tema ha diseñado el Consejo de Estado y se tendrá en cuenta el Índice de Precios al Consumidor establecido por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, o la entidad que haga sus veces. El cumplimiento de la sentencia se efectuará en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

¹² Folios 61 a 64.

¹³ Folio 17.

3.5. La prescripción de mesadas:

De conformidad con el artículo 187 del C.P.A.C.A., también es esta la oportunidad procesal para resolver aquellas excepciones que se encuentren probadas. Siendo ello así, procede el despacho a resolver sobre la **excepción de prescripción**.

Así las cosas, es del caso señalar que la prescripción trienal se encuentra regulada en el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, el cual en su artículo 102 establece que: *"Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible"*.

De igual manera, la norma en cita dispone que: *"El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual."*

Ahora bien, en el caso concreto se encuentra que entre la fecha en que fue expedido el acto administrativo que resolvió el recurso de apelación presentado contra la Resolución No. 06896 del 2009, a saber, abril del 2010¹⁴, y la fecha de presentación de la demanda, que corresponde al 21 de noviembre de 2014¹⁵, ya habían transcurrido más de tres (3) años, motivo por el cual, para contabilizar el término de la prescripción, deberá tomarse la última data en mención, conforme a lo dispuesto en el artículo 94 del Código General del Proceso.

Así las cosas, es menester advertir que se declarará la prescripción de las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 21 de noviembre del 2011.

3.6. De las costas y agencias en derecho:

A diferencia del anterior Código, la Ley 1437 de 2011, en el artículo 188, consagró un criterio objetivo, respecto de la condena en costas, esto significa que habrá de condenarse a la *"parte vencida en el proceso"* a su pago y, su liquidación y ejecución, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan esta materia.

De acuerdo con lo expuesto y los antecedentes del presente medio de control, se ordenará el pago del 50% de los gastos del proceso, y a favor de la parte demandante, teniendo en cuenta la prosperidad parcial de la demanda, dada la prescripción de las mesadas, conforme lo faculta el artículo 365, numeral 5 del C.G.P.

Respecto a las denominadas agencias en derecho, su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2522 del 10 de diciembre de 2003).

Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, la fijación de las agencias en derecho se encuentran determinadas en el numeral 3.1.2, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia con cuantía, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, la fijación de las agencias se aplicará gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el

¹⁴ Folio 71.

¹⁵ Folio 82.

Radicado No. 76001-33-33-009-2014-00462-00

apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Para el caso concreto, el Juzgado fija como agencias en derecho a favor de la parte demandante, la suma de \$100.000,00.

En razón y mérito de lo expuesto, el **JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de **PRESCRIPCIÓN DE LAS DIFERENCIAS EN LAS MESADAS PENSIONALES**, causadas con anterioridad al 21 de noviembre de 2011, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No.06896 de 2009, expedida por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, por medio de la cual le fue reconocida la pensión de vejez al señor **MARCO TULIO MONTOYA GALLEGO**, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR la nulidad de las Resoluciones Nos.3019 de 2010 y 900496 de 2009, expedidas por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con las que se resolvieron de forma negativa los recursos de reposición y apelación incoados contra la Resolución No. 06896 de 2009, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a reliquidar la pensión de vejez del señor **MARCO TULIO MONTOYA GALLEGO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.107.087, teniendo en cuenta un ingreso base de liquidación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios e incluyendo todas aquellas sumas que habitualmente recibía como retribución de sus servicios, con fundamento en lo dispuesto en la Ley 71 de 1988 y en el Decreto 2709 de 1994 y así mismo, cancele las diferencias que en virtud de dicho reajuste se hayan causado, previa deducción de los descuentos que por aportes le hubiere correspondido pagar al demandante y sobre los cuales no se hayan efectuado las deducciones legales correspondientes, a partir del 21 de noviembre de 2011.

QUINTO: Las sumas que resulten de la condena anterior se indexarán de conformidad con el inciso final del artículo 187 del CPACA hasta la ejecutoria de la sentencia, en la forma que se indica en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: ORDENAR dar cumplimiento a esta providencia con observancia a lo dispuesto en el artículo 192 del C. P.A.C. A.

SEPTIMO: CONDENAR PARCIALMENTE EN COSTAS a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y a favor de la demandante, conforme la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: SE FIJA COMO AGENCIAS EN DERECHO la suma de \$100.000,00 m/cte., a favor de la parte demandante.

NOVENO: EJECUTORIADA esta providencia, realícese la respectiva liquidación de costas por secretaría siguiendo las pautas establecidas en el artículo 366 del C.G.P., **DEVUÉLVANSE** los remanentes, si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el proceso previas las anotaciones que sean del caso en el sistema Siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MIRFELLY ROCIO VELANDIA BERMEO
JUEZ