



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
Valledupar, veinticuatro (24) de Agosto de Dos Mil Quince (2015).

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Demandante: WILMAN ALCIDES MARTINEZ RODRIGUEZ
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES
Radicación: 20-001-33-31-001-2014-00148-00.

I. ASUNTO

WILMAN ALCIDES MARTINEZ RODRIGUEZ, en ejercicio del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de apoderado judicial, en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a fin de obtener las declaraciones y condenas que a continuación se detallan:

II. DEMANDA

Pide el actor que en sentencia de mérito se haga un pronunciamiento sobre las siguientes:

III. PRETENSIONES

PRIMERA: Se declare nulidad parcial de la Resolución N° GNR 216490 del 27 de Agosto de 2013, mediante la cual se reconoció, liquidó y ordenó pagar la pensión de vejez al señor WILMAN ALCIDES MARTINEZ RODRIGUEZ, sin tener en cuenta el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, los artículos 45 del Decreto 1045 de 1978, 1 y 3 de la Ley 33 de 1985, artículo 1 de la Ley 62 de 1985, y todos y cada uno de los factores salariales devengados por todo concepto durante el último año de servicios. (sic)

SEGUNDA: Consecuencialmente de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a volver a liquidar y reconocer el mayor valor mensual de la pensión de vejez al señor WILMAN ALCIDES MARTINEZ RODRIGUEZ, identificado con CCN° 12.720.519 de Valledupar, a partir del 04 de Junio de 2013, fecha partir de la cual cesó sus funciones como empleado público de la Cámara de Representantes del Congreso de la República, pensión que reliquidada es equivalente al 75% del promedio mensual de todos los factores salariales, devengados por todo concepto durante el último año de servicios, comprendido, comprendido del 03 de junio de 2013, hacia atrás, teniendo en cuenta: Asignación mensual, primas de vacaciones, de navidad, de Servicios, bonificación por servicios, bonificación por servicios prestados y la compensación por Ley 995 de 2005, todo en la forma señalada en los artículos 45 del Decreto 1045 de 1978, 1 y 3 de la Ley 33 de 1985, artículo 1 de la Ley 62 de 1985, incluyendo todos los factores salariales. (sic)

TERCERA: Que se ordene a la demandada a reconocer, liquidar y pagar a la poderdante debidamente indexadas las diferencias o mayores valores de la pensión respecto de las denominadas mesadas adicionales de Junio y Diciembre, a partir del 04 de Junio de 2013 y hasta cuando se haga efectivo el pago de la obligación.(sic)

CUARTA: Que en la misma sentencia se ordene a COLPENSIONES, pagar al demandante 45 del Decreto 1045 de 1978, 1 y 3 de la Ley 33 de 1985, artículo 1 de la Ley 62 de 1985, y todos y cada uno de los factores salariales WILMAN MARTINEZ, las diferencias entre el valor de las mesadas pensionales reliquidadas conforme a la pretensión segunda de este libelo, y el valor de las mesadas pensionales que les hubiesen pagado, a partir del 04 de Junio de 2013, fecha hasta donde llega la retroactividad de los derechos pensionales del actor con base a la reclamación administrativa presentadas a COLPENSIONES el 28 de Noviembre de 2013, desde su causación hasta cuando se haga efectivo el pago de la obligación. (sic)

QUINTA: Que se condene indexar las sumas así reconocidas, hasta la fecha en que se haga efectiva la sentencia en aplicación a la formula $VA=Rh \times \text{índice final}/\text{índice inicial}$.

SEXTA: Que la sentencia que de fin a la presente Litis sea cumplida dentro de los términos señalados en el art 192 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: Que se ordene ingresar en nómina de pagos, indexados los mayores valores que le sean reconocidos.

OCTAVO: Que se condene en agencias en derecho y costas procesales a las entidades demandadas de conformidad con lo dispuesto en el art 188 del CCA. (Ley 1437 de 2011).

IV. FUNDAMENTO FÁCTICO.

1. El Señor WILMAN ALCIDES MARTINEZ RODRIGUEZ, nació el 10 de Enero de 1952.
2. El Señor WILMAN ALCIDES MARTINEZ RODRIGUEZ cumplió 55 años de edad el día 10 de Enero de 2007.
3. El Señor WILMAN ALCIDES MARTINEZ RODRIGUEZ el 1 de Abril de 1994, había cumplido más de 40 años, y tenía más de 15 años de servicios prestados al estado Colombiano.
4. El Señor WILMAN ALCIDES MARTINEZ RODRIGUEZ, el 1 de Abril de 1994, cuando el Sistema de Seguridad Social en pensiones entró a regir, había tenido y tenía la condición de empleado público, y había sido afiliado y cotizante de CAJANAL, además de estar afiliado y cotizare al ISS.
5. El Señor WILMAN ALCIDES MARTINEZ RODRIGUEZ ha contribuido al Sistema de Seguridad Social en pensiones de la siguiente manera:
 - 5.1 Vinculado como empleado público de la Contraloría General de la República afiliado a CAJANAL, dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del 01-06-1979 al 20-07-1982, durante 1.146 días, 163.7143 semanas, según certificación expedida el 16-02-2011, por el Director de Talento Humano de esta entidad.
 - 5.2 Vinculado como empleado público del extinto Ministerio de Obras Públicas y Transporte del 23-07-1982 al 31-12-1993, durante 3.996 días, 570.8571 semanas, según certificación expedida en Valledupar el 17-03-2014, por el Director Territorial de esa entidad.
 - 5.3 Vinculado como empleado público del Instituto Nacional de Vías del 01-01-1994 al 30-06-1995, durante 546 días, 78 semanas, según certificación expedida el 15-06-2011 por el Director Territorial de esta entidad.
 - 5.4 En el periodo anterior aporato así:
 - Del 23-07-1982 al 28-03-1995, durante 4.631 días, 661.5714 semanas, afiliado al CAJANAL, dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.
 - Del 29-03-1995 al 30-06-1995, durante 94 días, 13.4286 semanas, afiliado al Fondo de pensiones obligatorias de Protección S.A., dentro del régimen de Ahorro individual con solidaridad.
 - 5.5 Como trabajador independiente siguió afiliado y cotizando al fondo de pensiones obligatorias protección S.A., dentro del régimen de Ahorro individual con solidaridad desde

Marzo de 1998 hasta Agosto de 2003, durante 2.010 días, 287.1429 semanas, según el reporte del estado detallado de la cuenta que Protección SA pasó al ISS.

5.6 Vuelve a cotizar en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida., en el ISS, como trabajador independiente el 01-11-2003 al 31-12-2006, 1.157 días, 165.2857 semanas.

5.7 Sigue cotizando en el ISS dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ahora como empleado Público de la Cámara de Representantes, del 01-02-2007 al 30-06-2013, durante 2.315 días, 330.7143 semanas, según certificado expedido por el jefe de sección de pagaduría de esa entidad el 2706-2013.

5.8 A continuación como se resumen de afiliaciones y cotizaciones, el siguiente cuadro:

EMPLEADOR	FONDO	REGIMEN PRIMA MEDIA		PRIMA MEDIA	ESTADO	REGIMEN AHORRO		AHORRO
		DESDE	HASTA			DESDE	HASTA	
CAJANAL	CAJANAL	01/06/1979	29/07/1982	2.142	2.142			
MOPT	CAJANAL	29/07/1982	31/12/1991	4.632	4.632			
ALAPE	CAJANAL	01/01/1994	28/01/1995					
INVIAS	PROTEC					29/03/1995	30/06/1995	97
INVIAS	PROTEC					01/03/1998	31/08/2003	2.010
NO PREC. INDI	ISS	01/11/2003	31/12/2006	1.157				
CÁMARA REPRESENTANTES	ISS	01/02/2007	30/06/2013	2.315	2.315			
INDIVIDUAL				9.278	8.321			7.103
TOTAL INGRESOS POR REGIMEN				25.57	22,56			5,84
TOTAL INGRESOS								71,67

6. mediante la Resolución N° GNR 216490 del 27 Agosto de 2013, COLPENSIONES concedió, liquidó y ordenó pagar la pensión de Vejez al señor WILMAN MARTINEZ, en cuantía de \$2.339.654 basados en 1.468 semanas, un ingreso base de cotización de \$ 3.410.077 y una tasa reguladora del 68.61%, a partir del 04 de junio de 2013.

7. COLPENSIONES, en uno de los considerando de la Resolución N° GNR 216490 del 27 Agosto de 2013, dijo: " que si bien el (la) asegurado (a) acredita 15 años o más de servicios y/o cotizados(750 semanas) a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones no cuenta con el estudio de rendimiento señalado en el literal c, razón por la cual en aras de salvaguardar el mínimo vital, la prestación será reconocida en virtud de la ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 de 2003 y se solicitará el estudio de rendimientos a la gerencia de ingresos y egresos para establecer si el asegurado conserva el régimen de transición"

7.1 El ISS hoy COLPENSIONES, el 24-08-2009, con comunicación N° 1035060-092996, recibió del Departamento de Pensión Obligatoria PROTECCION SA, el envío reiterado del archivo con fechas y valores devueltos en el proceso del traslado de ese fondo de pensiones al ISS del afiliado WILMAN MARTINEZ, así:

- El 20-01-2004 la suma de \$8.432.228

- el 10-05-2005 la suma de \$150.465

- Igualmente en esa ocasión se envía al ISS una relación detallada de los aportes cotizados por mi mandante a PROTECCION.

7.2 La gerente Nacional de reconocimientos de COLPENSIONES no solicitó la Gerencia de Ingresos y Egresos, el estudio de rendimientos antes de expedir la resolución de pensión.

8. COLPENSIONES al momento de expedir la resolución de pensión no tuvo en cuenta el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y liquidó la pensión de vejez del demandante sin la inclusión de los factores salariales devengados por éste el último año de servicios.

9. A juicio del apoderado del demandante, COLPENSIONES, no tuvo en cuenta el precedente jurisprudencial existente sobre los derechos de las personas beneficiarias del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993.

10. El 28 de noviembre de 2013, el demandante presentó reclamación administrativa a COLPENSIONES, sin que a la fecha de presentación de la demanda haya habido respuesta alguna.

V. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante consideró infringidas las siguientes disposiciones Constitucionales: Preámbulo, artículos 1,2,4,11,12, 16, 25,39,46,48,53,55 y 56.

Legales: Ley 100 de 1993, ley 33 de 1985, Ley 60 de 1993, y Decreto 1045 de 1978.

En lo tocante al concepto de la violación el apoderado judicial de la parte demandante, esgrimió que se transgredieron las disposiciones legales citadas por cuanto se desconocieron las obligaciones en ellas contenidas, situación ésta que se dio de manera tajante y reiterativa.

Establece además que los fines del Estado son realizables a partir del reconocimiento de la dignidad humana, situación ésta que debe permitir a las personas, después de haber desarrollado una función laboral prolongada en el tiempo durante muchos años y de haber disminuido o perdido en razón a su edad, su capacidad laboral, adquirir el derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación que le permita asegurar en el futuro unos ingresos económicos que le deben proporcionar unas calidades de existencia iguales o similares a las que venía disfrutando durante su vida laboral.

VI. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado judicial del Ministerio de educación Nacional contestó la demanda manifestando con respecto a los hechos que el 1°, 2°, 3°, 4°, 5° - 5.1, 5.2, 5.3, 5.4, 5.5, 5.6, 5.7.- 6°, y 7° son ciertos; del hecho 5.8 no es un hecho, de los hechos 7.1 y 7.2 no le consta, de los hechos 8° y 9° no son ciertos y finalmente del hecho 10° no comparte la afirmación allí planteada.

Formuló las siguientes excepciones: PRESCRIPCION: De todos aquellos derechos reclamados por el demandante que el transcurso del tiempo los haya hecho fenecer por el no ejercicio oportuno de la acción.

FALTA DE CAUSA Y COBRO DE LO NO DEBIDO: Sostiene que el actor no tiene derecho a reliquidación pensional, por cuanto la pensión otorgada y su cuantía se ajustan a los parámetros legales.

FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR: Por cuanto no son aplicables las normatividades solicitadas por el actor partiendo que la misma ley 33 de 1985, en su artículo 1 establece que se aplicara a los trabajadores oficiales que hayan prestado 20 años de servicios continuos o discontinuos, sin tener en cuenta el inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, los artículos 45 del decreto 1045 de 1978, 1 y 3 de la ley 33 de 1985, artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

EXCEPCION GENERICA O INNOMINADA: De acuerdo a lo estipulado en el art 306 del CPP

VII. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 24 de Abril de 2014 (fl.97) a la cual se le dio el trámite del proceso ordinario, es decir, admisión mediante auto del 28 de Abril de 2014 (fl.111), notificaciones, a las entidades demandadas (fl113-115), al Procurador Judicial 185 Administrativo Delegado ante esta agencia judicial (fl113-115), y se procedió a correr el traslado para la contestación de la demanda (Folio 147). Vencido el término de traslado para la contestación de la demanda, se dispuso a señalar fecha para realizar la audiencia inicial ordenada en el artículo 180 de la ley 1437/2011, (fl 155), en la cual luego de surtirse se fijó, fecha para la realización de la audiencia de pruebas (fl 172), y se corrió término para la presentación de los escritos de alegatos a las partes, según lo dispuesto en el numeral 2 del

artículo 181 de la ley 1437/2011. Luego de presentados los alegatos, se pasó el expediente al Despacho, para proferir la presente providencia.

VIII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado judicial de la parte demandante se ratificó en cada una de las pretensiones plasmadas en el libelo de la demanda.

Por su parte, el apoderado judicial de la parte demanda, insistió en que no le asiste razón al demandante por cuanto la normatividad que se aplicó para conceder el derecho pensional (Ley 100 de 1993) era la correcta, toda vez que el actor poseía tiempos de servicios cotizados y aportes como independiente, y que pese a contar con una gran parte de tiempos públicos, dichos aportes como trabajador independiente quebrantan la norma que es alegada por éste (Ley 33 de 1985), única y sencillamente por no cumplirse los presupuestos normativos establecidos en ella para poder reconocer una pensión de esa calidad.

IX.- CONSIDERACIONES

9.1-Pronunciamiento sobre Nulidades, Presupuestos Procesales y Caducidad.

No encuentra el Despacho irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad parcial o total de lo actuado. Encuentra sí cumplidos los presupuestos procesales. En efecto, esta agencia judicial es competente en razón de la naturaleza del asunto. La demanda fue presentada dentro del término legal para ello, de tal manera que no ha ocurrido el fenómeno de la caducidad de la acción.

9.2.-Problema Jurídico.

El Problema Jurídico en el sub-lite, consiste en determinar si en el presente caso procede o no, dictar fallo judicial estimatorio de las pretensiones de la demanda, a fin de obtener la Nulidad Parcial de la Resolución N° GNR 216490 del 27 de Agosto de 2013, mediante la cual se reconoció, liquidó y ordenó pagar la pensión de vejez al señor WILMAN ALCIDES MARTINEZ RODRIGUEZ, sin tener en cuenta todos los factores salariales devengados por éste en su último año de servicios.

9.3.- Normatividad Aplicable al caso en concreto.

El régimen de Transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, sus beneficios y su aplicación integral.

El legislador colombiano, bajo el apremio de la regulación del régimen pensional, expidió la Ley 100 de 1993, *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dicta otras disposiciones"*, previendo, que debido a las problemáticas temporales, que se suscitarían con la vigencia normativa, era menester consagrar un régimen de transición, consecuente con las garantías y derechos, de aquellas personas próximas a adquirir la prestación social, en comento.

Al efecto, el artículo 36 de la norma referenciada estipuló lo siguiente:

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

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

Como se observa, dicho artículo, permite el efecto en el tiempo, de normas anteriores a la entrada en vigencia de la nueva normatividad, en aras de hacer efectivo el respeto a derechos consolidados (Corte Constitucional. Sentencia T-168 de 2009 M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto), con la aclaración, que para el sector público, el Sistema General de Pensiones, entró en vigencia el 30 de junio de 1995.

En cuanto a los regímenes de transición, la Honorable Corte Constitucional, ha señalado¹:

“El régimen laboral de transición consiste en el cumplimiento de condicionamientos que se establecen en una nueva ley, que modifica situaciones pre existentes, con el fin de proteger derechos adquiridos o en vía de adquisición, que de no haber sido promulgada la nueva ley, se verían beneficiados por la normatividad anterior, que resulta más favorable.

Respecto al régimen de transición en materia pensional concretamente, la Corte señaló en sentencia T-235 de 2002:

“La sustitución de una norma por otra exige la necesidad de un régimen de transición. La existencia de normas transitorias es indispensable en la legislación sobre seguridad social en pensiones porque hay derechos en vía de adquisición.

Se trata de un derecho ex - lege porque nace de una norma que expresamente lo establece y que señala criterios razonables para gozar de la excepcionalidad.

Una vez entre en vigencia la norma que establece el régimen transitorio, las personas que reúnen los requisitos para adquirirlo consolidan una situación jurídica concreta que no puede ser menoscabada. Es además un auténtico derecho subjetivo que le da a su titular el derecho a que se le reconozca la prestación en las condiciones establecidas en la normatividad anterior y a acudir ante la jurisdicción en caso de incumplimiento.”

En materia de pensiones este régimen se encuentra reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual determina que se aplicará a las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones tuvieran 35 o más años de edad si son mujeres; 40 o más años de edad si son hombres; o 15 o más años de servicios cotizados, utilizándose para estos efectos el régimen anterior en cuanto a requisitos de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y monto de la pensión. (Resaltado fuera de texto)”.

Ahora bien, en lo que respecta a la norma de transición, para el caso de empleados públicos - con la advertencia de ciertas excepciones-, la disposición aplicable es la Ley 33 de 1985, que exige, para acceder la pensión de vejez, 55 años de edad y 20 años de servicios, estableciendo un monto pensional equivalente al 75%, del ingreso base de liquidación.

El Honorable Consejo de Estado, refiriéndose al régimen de transición para los empleados públicos, ha señalado -cita in extenso-:

“Así pues, es inocultable que el Legislador encuentra un contexto objetivo en el instante de configurar el régimen de seguridad social, que determina la imposibilidad material para

¹ Corte Constitucional Sentencia T- 105 de 2012 Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.

introducir cambios que no sean racionales y proporcionados; en esa dimensión, las Leyes que se ocupan de las pensiones y de la seguridad social, pierden capacidad reguladora si desconocen la protección que el mismo ordenamiento ha otorgado a quienes al momento de entrar en vigencia la nueva norma cumplían los requisitos para acceder a dicho régimen, pues sin duda, la transición es fruto del derecho de quienes estatuyeron una situación jurídica de acuerdo a los parámetros de la Ley vigente pero que no obstante por diversas razones (consolidación parcial del estatus, derecho a permanencia en el empleo, pensión de invalidez transitoria, entre otros), no alcanzan al disfrute efectivo del derecho pensional que imponga el retiro de la actividad laboral dentro del marco jurídico estipulado para la jubilación.

Es claro que en esta hipótesis resulta impropio hablar de expectativas, pues la transición es el efecto de la existencia de un derecho cuya oponibilidad encuentra su origen en supuestos de orden normativo y material, y desde luego en la previsión jurídica estipulada por el propio ordenamiento, tanto así que el Acto Legislativo 01 de 2005 estableció que el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993 y demás normas que lo desarrollan, no podría extenderse más allá del 31 de diciembre de 2010, para mostrar con claridad que incluyendo a las propias reformas constitucionales, el constituyente en su capacidad de reforma ha de preservar situaciones consolidadas.

No cabe ninguna duda para sostener entonces, que todas aquellas personas con vocación de ser cobijadas por los sistemas de transición en seguridad social por encontrarse dentro de los supuestos establecidos para tal efecto, pese a no disfrutar del derecho pleno de pensión, poseen derechos ciertos a que el decreto de su derecho pensional y el tratamiento de los demás elementos que se desligan de éste, respeten la oponibilidad de una situación jurídica consolidada.

Ahora, el principio de conservación de la norma más favorable y la condición más beneficiosa en el ámbito laboral, que hace parte de los principios fundamentales del derecho del trabajo (art. 53 C.P.), establece que una nueva norma de carácter laboral o pensional no puede disminuir las condiciones favorables existentes y concretadas al abrigo de un ordenamiento anterior, las que, en la medida en que benefician al trabajador, deben ser reconocidas y respetadas por las Leyes posteriores.

Así, aquellas personas que cumplen las condiciones para eventualmente beneficiarse de un régimen de transición pueden confiar legítimamente en que dicho régimen sea conservado para regular los diversos aspectos de su situación particular, incluso si todavía no han cumplido las condiciones para acceder a la pensión misma, pues si en general es problemática constitucionalmente cualquier modificación regresiva de las regulaciones pensionales por virtud del principio de progresividad, con mayor razón son cuestionables constitucionalmente las modificaciones abruptas a un status legalmente reconocido, en desmedro de las razones sustanciales que justifican la configuración de un régimen de transición” (...)

“En lo concerniente al monto de la pensión, los elementos que describen la integración del régimen de transición son quizá más amplios que los atrás analizados pues dada la cantidad de sistemas excepcionales de pensión de jubilación, las situaciones jurídicas consolidadas dentro del tránsito legislativo resultan de difícil sistematización, aun así, habrá que precisar que hacen parte del régimen de transición la totalidad de elementos con capacidad de determinar o influir el valor de la pensión y que dentro del ámbito del régimen de transición hayan tenido vocación jurídica para estructurar y consolidar en cada caso una determinada situación.

(...) En estas condiciones el componente económico del derecho de transición, convoca en su estructura a otras normas que ciertamente poseen relación directa con los elementos

integradores del mismo, sin que el fallador pueda alegar una situación de derogatoria de la Ley como pretexto para desconocer los alcances de un régimen de transición configurado y habilitado por el propio Legislador. Aquí sin duda milita una situación de confianza legítima que el orden jurídico no puede desconocer².

Lo anterior implica, que los elementos pensionales, aplicables por vía transicional, son el tiempo de servicio, la edad y el monto de la pensión.

Liquidación pensional en virtud de la Ley 33 de 1985.

Cuando hay lugar a la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, las normas del régimen anterior deben de aplicarse en su integridad en los aspectos que definen la edad, tiempo de servicios, monto y cotizaciones y no se puede recurrir a la aplicación de aspectos regulados en la Ley 100/93 y su decretos reglamentarios 691 de 1994 y 1158 de 1994, si el régimen anterior los tiene regulados.

Lo dispuesto en el artículo 36 en relación con la determinación del monto o base de liquidación de la pensión sólo se aplica de manera subsidiaria, es decir, cuando el régimen de transición al que tiene derecho una persona no establece la forma de determinarlo.

La jurisprudencia ha establecido que los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, deben entenderse de tal manera que el ingreso base para liquidar la pensión del que habla el inciso tercero, forma parte de la noción de monto de la pensión de que habla el inciso segundo. En dicho sentido, como el monto incluye el ingreso base, entonces uno y otro se determina por un solo régimen y la excepción del inciso tercero resulta inocua. Dicha excepción sería aplicable únicamente cuando el régimen anterior no estipula explícitamente el ingreso base para liquidar la pensión. Así, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición, ambos (el ingreso base y el monto de la pensión) deben ser determinados por el régimen anterior aplicable y la excepción no aplica, salvo que el régimen anterior no determine la fórmula para calcular el ingreso base.

Para efectos de la determinación de la base de liquidación de los aportes, el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 subrogado por el artículo 1 de la Ley 62/85, señaló que estará constituida por los siguientes factores: cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Ahora, en lo que respecta a los factores que se deben tener en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, es del caso aplicar la tesis fijada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia del 4 de agosto de 2010, Consejero Ponente Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, en la que se concluyó que para establecer el ingreso base de liquidación de las pensiones, no se debe acudir a la relación taxativa de factores salariales señalados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificada por el artículo 1º de la Ley 62 de la misma anualidad, sino a todas aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé. Cita la providencia, así:

“Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que

²Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Sentencia del 4 de Agosto de 2010. Expediente 2533-07. C.P Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.” (...) la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiado su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.”

De igual forma, en el proveído en mención el Consejo de Estado para explicar su posición en cuanto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta para definir la cuantía de la mesada pensional, se apoya en el principio de favorabilidad de la ley en materia laboral, en el siguiente sentido:

“La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, parte del supuesto que las pensiones de jubilación se liquidan con base en los factores que fueron objeto de aportes para la seguridad social y a su turno, enlista los factores susceptibles de las deducciones legales. Esta premisa normativa puede ser interpretada en el sentido que sólo los factores mencionados por la norma pueden tenerse en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, concluyendo que cuando el trabajador efectúe aportes sobre factores no enlistados en dichas normas debe ordenarse su devolución.

Sin embargo, también podría entenderse válidamente que pueden incluirse todos los factores salariales devengados por el empleado deduciendo el pago que por aportes debía haberse efectuado al momento de reconocer el beneficio pensional. Para desatar dicha ambigüedad interpretativa es preciso acudir al principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios³.”

Se destaca que, la anterior posición jurisprudencial se viene reiterando desde entonces en sentencias proferidas con posterioridad⁴, en las cuales se da aplicación a las leyes 33 y 62 de 1985, en su integridad; es decir, para efectos de las reliquidaciones ordenadas se han tenido en cuenta todos los factores salariales recibidos por el trabajador en el último año de servicios.

Luego entonces, como la preceptiva contenida en el artículo 1º de en la Ley 62 de 1985, debe entenderse como un principio general; por lo tanto, no puede considerarse de manera taxativa, de allí que, tengan que incluirse todos los factores efectivamente devengados, advirtiendo que conviene realizar los aportes que correspondan, atendiendo en todo caso el concepto de salario determinado por el Decreto 1045 de 1978. Con esa perspectiva, el Consejo de Estado expuso:

“Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos

³Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

⁴ Véase las sentencias de la Sección Segunda, del 3 de febrero de 2011, Consejera Ponente Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez, No. Interno 0665-08; del 17 de marzo del 2011, Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, No. Interno 1159-10; 14 de diciembre de 2011, Consejero Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón, No. Interno 0306 -2010; del 7 de febrero de 2013, Consejero Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón, No. Interno 1542-2012; del 20 de marzo de 13, Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, No. Interno 03412012.

de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.”⁵

De acuerdo con las miramientos anteriores, se tiene que la Ley 33 de 1985, admite que para la liquidación de la mesada de la pensión vitalicia de jubilación del empleado se tengan en cuenta todos los factores salariales devengados por éste durante el último año de servicio, y en caso de que no se hayan efectuado las deducciones por aportes sobre todos los factores, se concede a la Caja de Previsión respectiva el derecho a realizarlo, para cubrir los nuevos factores salariales base de liquidación pensional.

9.4 Lo Probado en el Proceso:

El apoderada judicial de la parte demandante aportó, entre otros, los siguientes documentos:

- Registro civil de nacimiento del actor.
- Fotocopia de cedula de ciudadanía.
- Resolución N° 216490 del 27 de Agosto de 2013, por la cual se reconoce y ordena una pensión de jubilación.
- Contraloría General de Republica – Gerencia de Talento Humano – Dirección de gestión de Talante Humano – Certificado de Información Laboral – Certificado de periodos de vinculación para pensiones y bonos pensionales – numero consecutivo 0236 de 16-02-2011- formatos 1, 2, y 3, en cuatro folios.
- Instituto Nacional de vías- Certificado de información Laboral - Certificado de periodos de vinculación para pensiones y bonos pensionales – número consecutivo 67 formatos N° 1 del 17-03-2014, 2 del 18-03-2014 y 3 A 17-03-2014, en nueve folios. Adjuntos copias: Resolución de nombramiento director de INVIAS, acta de posesión y cedula de ciudadanía.
- Reporte de semanas cotizadas expedido por COLPENSIONES. en nueve folios.
- Certificado de Factores Salariales – Jefatura sección Pagaduría – CAMARA DE REPRESENTANTES. En cinco folios.
- Comunicación N° 1035060 del 24-08-2009, desde Medellín – Área de Afiliaciones y Traslados – Departamento de Pensión Obligatoria PROTECCION SA. En un folio.
- Reporte detallado del Estado de Cuenta del Afiliado 12720519 Wilman Martínez Rodríguez. En tres folios.
- Reclamación administrativa, presentada en la seccional A de COLPENSIONES, adjunta al “formato de solicitud de prestaciones económicas”. En cinco páginas.

9.5 Caso Concreto:

De acuerdo con el curso del procedimiento administrativo desplegado y, teniendo presente las

⁵ Consejo de Estado, Sección 2ª, sentencia del 16 de febrero de 2012, radicación N°25000-23-25-000-2007- 00001-01(0302-11), CP: Luis Rafael Vergara Quintero.

precisiones legales y jurisprudenciales hechas con anterioridad, el Despacho advierte que el régimen pensional que debe ser aplicado al actor es el contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el régimen de transición, lo que conlleva a aplicar íntegramente la Ley 33 de 1985, puesto que para la fecha en que entró a regir la Ley 100 de 1993 - 30 de junio de 1995 para el presente caso- el actor contaba con más de 40 años de edad.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la norma que regulaba el régimen prestacional de todos los empleados oficiales era la Ley 33 de 1985, que distinguió varios regímenes: 1) el de los empleados oficiales que, por razón de la naturaleza de las actividades que desempeñan, tienen carácter excepcional o se someten a regímenes especiales y 2) los regulados especialmente por dicha Ley, que reconoce en su artículo 1º que el empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55), tiene 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.

Al respecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. No. 0112-09, Consejero Ponente Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, consideró que los factores señalados en la Ley 62/85 que subrogó en lo pertinente a la Ley 33/85 están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos.

Ante este pronunciamiento del máximo tribunal de lo contencioso administrativo y sin encontrar razones para apartarse de lo allí decidido, el Juzgado acoge este criterio de la no taxatividad para resolver el asunto bajo examen.

En razón a lo dicho, para liquidar el monto de la pensión de los servidores públicos, se deben tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que recibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les otorgue.

Oportuno resulta decir, que a juicio de éste Juzgado, lo dispuesto en la parte final del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100/93, que expresa que las demás condiciones y requisitos aplicables a esta personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por lo establecido en la Ley 100 de 1993, debe entenderse respecto de aquellos que no han sido regulados específicamente por las normas pensionales anteriores a la Ley 100/93, sin que pueda decirse ello respecto a los factores para determinar la base pensional a quienes sean pensionados bajo el régimen de la Ley 33 de 1985, pues, los mismos están regulados por el art. 3 de dicha Ley subrogado por el art. 1 de la Ley 62 del mismo año, con el alcance que le ha dado el máximo Tribunal de lo Contenciosos Administrativo en sus jurisprudencias más recientes y ya citadas anteriormente⁶.

Conclusión. La pensión de jubilación del demandante debe liquidarse conforme a lo dispuesto en la Ley 33/85, porque fue empleado público cobijado por el Régimen de transición de señalado en La Ley 100/93 en su artículo 36, inciso segundo, es decir, el régimen de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985 y, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, en el equivalente al 75% de todos los factores que constituyen salario devengados en el último año de servicios, tal como se advierte en certificación de factores salariales, (visibles a folios 79 a 83) a los cuales debe circunscribirse la entidad demandada para realizar la nueva liquidación.

⁶ Ver entre otras las siguientes Sentencias: 1) Consejo de Estado. Enero 27 de 2011, Radicado: 08001-23-31-000-2003-00112-01(0049-07) SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "B". MP BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. 2) Sección Segunda del Consejo de Estado, 4 de agosto de 2010, Exp. No. 0112-09, MP Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Considera este Despacho, que las argumentaciones expuestas por la entidad demandada carecen de asidero jurídico, puesto que, como se dijo y reiteradamente lo ha dejado claro el H. Consejo de Estado, la aplicación del régimen de transición debe ser integra, de modo que involucre todos los aspectos relacionados con la prestación pensional, esto es, edad, tiempo de servicio y monto. En tal sentido, las disposiciones normativas contenidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, relativas al monto de la pensión, no son aplicables al caso del actor.

En ese orden, la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, debe reliquidar la pensión del demandante, conforme al régimen de transición dispuesto en el Art. 36 de la ley 100 de 1993, incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, razón que conduce a la declaratoria de nulidad de los actos enjuiciados, en lo que al tema se refiere.

De otra parte, se advierte la necesidad, que sobre los nuevos factores a tener en cuenta en la respectiva liquidación de la pensión, se realicen los descuentos por concepto de los aportes que no se hubieran efectuado al sistema general de pensiones y de salud.

Así las cosas, el acto demandado, es decir, la Resolución N° GNR 216490 del 27 de Agosto de 2013, mediante la cual se reconoció, liquidó y ordenó pagar la pensión de vejez al señor WILMAN ALCIDES MARTINEZ RODRIGUEZ, deberá ser declarada nula, en relación con la negativa a reliquidar la pensión, toda vez que los mismos, no tuvieron en cuenta lo dispuesto por la ley 33 de 1985, en donde la pensión debió ser liquidada en cuantía del 75% del promedio de todos los factores salariales y demás sumas de dinero, que reciba el trabajador, como contraprestación directa de sus servicios, percibidos durante el último año de labor y que sirvieron de base para realizar los aportes, desconociéndose el régimen de transición, señalado por el artículo 36 de la ley 100 de 1993, inspirada en la norma más favorable a las condiciones del trabajador.

A título de restablecimiento del derecho se ordenará la reliquidación de la pensión del actor con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios. En este orden de ideas la entidad deberá pagar las sumas dejadas de cancelar actualizadas de conformidad con el artículo 192 del C.P.A.C.A., de conformidad la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a lo dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último párrafo del artículo 187 del C.P.A.C.A.

Respecto a la solicitud de PRESCRIPCIÓN de las acreencias económicas causadas a favor del demandante, el Despacho debe anotar que pese a que el demandante le fue reconocida su pensión vitalicia de jubilación el 27 de Agosto de 2013, el pago de sus derechos pensionales, pero efectiva a partir del mes 04 de Junio de 2013, Así como quiera que las acciones correspondientes a los derechos regulados en materia de derecho laboral administrativo tienen como regla general la prescripción de dichos derechos en tres (3) años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible o se cause, es claro que desde el disfrute de la pensión (04 de Junio de 2013) y la presentación de la demanda (26 de Abril de 2014), solo ha transcurrido un poco menos de un (1) año, por lo que en esta decisión no habrá lugar a decretar prescripción de derecho laboral alguno.

En cuanto a las excepciones FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR Y COBRO DE LO NO DEBIDO, entendiéndose éstas, la primera que es en realidad el tema sobre el cual estriba el fondo del asunto que, para el caso, se circunscribe a determinar si COLPENSIONES al expedir el acto demandado obró o no conforme a derecho, y la segunda, como la relación o vínculo jurídico que se establece entre la persona que recibe lo que no tenía derecho a recibir y aquella que paga por error, este Despacho considera que en el caso concreto no se configuran los supuestos de hecho, ni de derecho necesarios para que se configuren dichas excepciones, por cuanto en la presente Litis no se ha hecho otra cosa más que probar que al demandante sí le asiste el derecho de que le sea reliquidada su pensión de vejez, toda vez que dicha pensión otorgada y su cuantía no se encuentran ajustadas a los parámetros legales, por lo que sería inapropiado para la presente Agencia Judicial, desconocer derechos adquiridos que el actor le corresponde disfrutar.

Costas.- El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso. En ese sentido se condena en costas a la parte demandada las cuales serán tasadas por secretaría, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP. Se fijarán como agencia en derecho el 5% de lo reconocido en esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar no probada la excepción de Prescripción, Falta de causa para demandar y Cobro de lo no debido.

SEGUNDO: Declarar la nulidad Parcial de la Resolución No. Resolución N° GNR 216490 del 27 de Agosto de 2013 mediante la cual se reconoció, liquidó y ordenó pagar la pensión de vejez al señor WILMAN ALCIDES MARTINEZ RODRIGUEZ.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, a reajustar la Base de la Liquidación Pensional del señor WILMAN ALCIDES MARTINEZ RODRIGUEZ, por un monto equivalente al setenta y cinco por ciento (75%), del salario promedio devengado por el interesado en el año anterior al retiro del servicio, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados y acreditados por la parte demandante, con efectos fiscales a partir del 04 de Junio de 2013, fecha en la que el actor inició el disfrute de su pensión mensual vitalicia de jubilación, advirtiéndole a la Administradora Colombiana de Pensiones, que realice las deducciones correspondientes a que haya lugar de los aportes para la seguridad social de las sumas que aquí se ordenan incluir y sobre las cuales no se hayan deducidos los mismos para efectos pensionales y de salud.

CUARTO: Las sumas que resulten de la condena anterior deberán ser reajustadas desde el momento de causación del derecho pensional y canceladas a cargo de los fondos respectivos, que la actualizarán (indexarán) en la forma que se indica en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: La parte condenada cumplirá esta sentencia dentro de los términos consagrados en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Condenar en COSTAS a la entidad demandada. Para efectos de Agencias en Derecho se fija el 5% del monto de las pretensiones reconocidas.

SEPTIMO: Una vez en firme esta sentencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

Notifíquese y cúmplase.



JAIME ALFONSO CASTRO MARTÍNEZ

Juez Primero Administrativo del Circuito de Valledupar.