



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, treinta (30) de enero de dos mil quince (2015).

Ref. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación Nº 70- 001-33-31-003-2012-00148-00
Demandante: FELIPE ANTONIO GAMARRA ACOSTA
Demandado: MUNICIPIO DE COROZAL.

Tema: Reliquidación de la pensión de vejez

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Surtidas las etapas del proceso ordinario (Art. 179 C.P.A.C.A.), presentes los presupuestos procesales, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado (arts. 180 de la Ley 1437 de 2011), e impedimento procesal, se procede a dictar **Sentencia de Primera Instancia**.

1. ANTECEDENTES.

1.1. LA DEMANDA.

1.1.1. PARTES DEL PROCESO

- Demandante: **Felipe Antonio Gamarra Acosta**, identificado con la C.C. No. 9.306.692 expedida en Corozal, Sucre, quien actúa a través de apoderado judicial¹.
- Demandado: **Municipio de Corozal**.

¹ Folio 14

1.1.2. PRETENSIONES:

- Que se declare la nulidad del acto administrativo de fecha 6 de agosto de 2012, notificado el 6 de agosto de 2012, suscrito por el alcalde del Municipio de Corozal, Sucre, mediante el cual se negó al señor Felipe Antonio Gamarra Acosta, el reconocimiento y pago del reajuste del 7% del valor de la mesada pensional por aporte en salud, causada desde el 24 de octubre de 2005, fecha que comenzó el descuento en exceso por concepto de aportes en salud en un doce por ciento (12%) a la pensión de jubilación hasta el 30 de abril de 2010, fecha que dejaron de efectuarle los descuentos a la pensión del 12%, negó el reconocimiento y pago de la diferencia pensional o incremento o reajuste a la pensión, desde el 17 de enero de 2004, fecha en que comenzó a percibir su pensión de jubilación mediante resolución No. 1921 de fecha 24 de octubre de 2005 hasta el 30 de noviembre de 2012 de igual forma el ajuste al valor o indexación de las sumas que resulten adeudadas y los intereses comerciales y moratorios.
- Que como consecuencia de la declaración de la nulidad del acto administrativo impetrado solicita se restablezca en su derecho al señor FRANCISCO JAVIER CANCHILA MEZA, y se condene al municipio de Corozal, Sucre el pago del 7% del valor de la mesada pensional por aporte en salud, causada desde el 24 de octubre de 2005, fecha que comenzó el descuento en exceso por concepto de aportes en salud en un 12% a la pensión de jubilación hasta el 30 de abril de 2010, fecha en que dejaron de efectuarse los descuentos a la pensión del 12% y se condene al municipio de Corozal, Sucre, al pago de la diferencia pensional o incremento o reajuste a la pensión, desde el 17 de enero de 2004, fecha en que comenzó a percibir su pensión de jubilación mediante resolución No. 1921 de fecha 24 de octubre de 2005 hasta el 30 de noviembre de 2012.

1.1.2. Hechos: Se resumen de la siguiente manera:

- Manifiesta el señor Felipe Antonio Gamarra Acosta, que prestó sus servicios personales a la Alcaldía del Municipio de Corozal, Sucre y mediante resolución No. 1921 de fecha 24 de octubre de 2005, el municipio accionado, le reconoció la pensión de vejez, en una cuantía de \$419.334, la que le empezaron a pagar a partir del 24 de octubre de 2004.

- Asegura que el municipio de Corozal le adeuda al actor, la diferencia pensional o incremento o reajuste a la pensión, desde el 17 de enero de 2004, fecha en que comenzó a percibir su pensión de jubilación mediante resolución No. 1921 de fecha 24 de octubre de 2005 hasta el 30 de noviembre de 2012, de conformidad con lo preceptuado en la sentencia 067/99 y lo que trata la Ley 445 de 1998, de igual forma le adeuda el reajuste del 7% del valor de la mesada pensional por aporte en salud, causada desde el 24 de octubre de 2005, fecha en que comenzó el descuento en exceso por concepto de aportes en salud en un 12% a la pensión de jubilación hasta el 30 de abril de 2010, fecha que dejaron de efectuarle los descuentos a la pensión del 12% de acuerdo con la Sentencia C-430/99 de la Corte Constitucional, que así mismo se le adeuda al actor el reajuste al valor o indexación de las sumas que resulten adeudadas y los intereses comerciales moratorios.
- Indica que Municipio de Corozal, no le reajustó la pensión de jubilación al demandante desde 17 de enero de 2004, fecha en que empezó a percibir la pensión hasta el 30 de noviembre de 2012.
- Señala que la entidad accionada, le descontaba de la pensión del actor el aporte en salud en un 12% de cada mesada pensional, y que legalmente debió ser solamente el 5%, excediéndose en su descuento de Ley en un porcentaje del 7% más de sus mesadas pensionales, el cual es equivalente de la elevación de la salud, de conformidad con el Artículo 143 de la Ley 100 de 1993.
- Afirma que cuando se modificó el porcentaje legal del aporte a salud de un 5% a un 12% de cada mesada pensional dando cumplimiento al artículo 81 parágrafo 4 de la Ley 812 de 2003, factores que han reducido en gran parte los recursos necesarios para la subsistencia de las personas de la tercera edad, a la seguridad social en conexidad con el derecho a la igualdad, razones para solicitar la liquidación de todo lo descontado desde la fecha en que le fue concedida la pensión al demandante.
- Asegura que el día 22 de junio de 2012, el actor presentó al municipio de Corozal, Sucre derecho de petición y así agotar la vía gubernativa

solicitando el reconocimiento y pago de la diferencia pensional o reajuste o incremento a la pensión de jubilación, desde el 17 de enero de 2004, fecha que comenzó a percibir su pensión de jubilación mediante resolución No. 1921 de fecha 24 de octubre de 2005, hasta el 30 de noviembre de 2012, que de igual forma solicitó el reconocimiento y pago del reajuste del 7%, del valor de la mesada pensional el cual es equivalente de la elevación de la salud causada desde el 24 de octubre de 2005, fecha en que comenzó el descuento en exceso por concepto de aportes en salud en un 12% a la pensión, hasta el 30 de abril de 2010, fecha en que dejaron de efectuarle el descuento a la pensión del 12%. Derecho de Petición que fue resuelto el 6 de agosto de 2012, notificado el mismo día, negando el pago de los derechos adeudados a la demandante.

1.1.3. Normas violadas, concepto de la violación y fundamentos de derecho.

1.1.3.1. Normas violadas: Señala la parte demandante que el acto administrativo es violatorio de los artículos 13, 25, 48, 53, 122 y 123 de la Constitución Nacional, Ley 33 de 1985, Ley 171 de 1961 y su reglamentación No. 1161 de 1962, Sentencia 067/99, Ley 445 de 1998, reglamentada por el Decreto 236 de 1999, sentencia de la Corte Constitucional C-430/99, Sentencia C-529, Sentencia C-284 de 1997, Sentencia C-588 de noviembre 12/92.

1.1.3.2. Concepto de la violación

El marco jurídico a tener en cuenta en el presente caso, no es otro que el relacionado con el pago de la diferencia pensional o incremento a la pensión de jubilación de conformidad a lo preceptuado en la sentencia 067 de 1999 de la Corte Constitucional, desde el 17 de enero de 2004, fecha en que comenzó a percibir su pensión de jubilación mediante resolución No. 1921 de fecha 24 de octubre de 2005, hasta el 30 de noviembre de 201, de igual forma solicita el reconocimiento y pago del reajuste del 7% del valor de la mesada pensional por aporte en salud, con fundamento en la sentencia 430/99 de la Corte Constitucional, causada desde el 24 de octubre de 2005, fecha en que comenzó el descuento en exceso por concepto de aportes en salud en un 12% a la pensión de jubilación hasta el 30 de abril de 2010.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda fue presentada el día 19 de diciembre de 2012 en oficina judicial, y recibida en este despacho el día 11 de enero del 2013 (fol. 52).
- La presente demanda se admitió el día 18 de enero de 2013 (fol. 54 y reverso)
- Se le notifico a las partes el 29/01/2013 (fls. 59 a 61).
- Mediante auto del 04 de junio de 2013 se fijo fecha para la celebración de la audiencia inicial. (fol. 73) la que se realizó en la fecha señalada.
- Por auto de fecha 30 de octubre del 2013 se fijó fecha para audiencia de pruebas, donde se incorporaron las pruebas ordenadas y se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión.
- Vencido el término de traslado de alegatos se paso al despacho el presente proceso para dictar sentencia.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad accionada, no contesto la demanda.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

La parte demandante presentó alegatos de conclusión, reafirmando en las pretensiones de la demanda e indicando que estas deben resolverse, teniendo en cuenta el problema jurídico planteado, y el artículo 53 de la Constitución Política, se ordene el incremento o reajuste de las pensiones vitalicias y de jubilación a los pensionados que la entidad demandada no ha efectuado.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

El juzgado es competente para conocer en primera instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 155 numeral 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causal de nulidad que invalide lo actuado.

2.2. Acto Administrativo demandado.

Se pretende la nulidad del acto administrativo del 6 de agosto de 2012², expedido por el Alcalde Municipal de Corozal-, mediante el cual se le informa que lo solicitado no es procedente ya que se encuentran frente a una pensión del orden municipal que no es financiada por el presupuesto nacional, sino con el presupuesto municipal.

2.3 Fondo del asunto.

Tesis de las partes

Acorde con los antecedentes reconstruidos, el demandante, considera que el acto acusado está viciado de nulidad, por negarle el reconocimiento y pago del reajuste pensional contenido en la Ley 445 de 1998, para los pensionados del orden territorial.

Problema Jurídico:

Acorde con lo advertido en la etapa de fijación del litigo, el debate en el sub examine, estriba, en establecer si en: “Determinar si hay lugar a declarar la nulidad del acto administrativo de fecha 6 de agosto de 2012, expedido por el ente territorial accionado, y como consecuencia condenar al Municipio de Corozal a pagar al accionante el 7% del valor de la mesada pensional por aporte en salud, causada desde el 24 de octubre de 2005 hasta el 30 de abril de 2010, y al pago de la diferencia pensional o reajuste a la pensión, desde el 17 de enero de 2004 hasta el 30 de noviembre de 2012 conforme a lo solicitado por el demandante.

Tesis del Despacho:

Para el Despacho es menester denegar parcialmente las pretensiones de la demanda, toda vez que revisado exhaustivamente el régimen pensional que cobijó al demandante, la normatividad aplicables es la Ley 100 de 1993, y por consiguiente resulta claro que el descuento a realizar por concepto de aporte en salud es del 12% de acuerdo a lo establecido en el Art. 204 de esa normatividad, modificado por el Art. 1 de la Ley 1250 de 2008, en concordancia con el artículo 143 inciso segundo

² Folios 28-29.

de la misma normatividad, y se concederá el reajuste pensional del demandante por ajustarse al marco legal y jurisprudencial vigente.

- **RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LA LEY 100 DE 1993.**

Como es sabido, la ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones el cual entró en vigencia el 1º de abril de 1994. Como en ese momento había personas que se encontraban próximas a cumplir los requisitos para pensionarse, la ley quiso proteger sus expectativas legítimas, y en tal virtud en el art. 36 dicha norma señaló que dichas personas conservaban el derecho a pensionarse con el régimen anterior, el cual seguramente les resultaba más favorable, siempre y cuando a esa fecha su edad fuera de 40 o más años de edad en el caso de los hombres y de 35 años o más en tratándose de las mujeres; o tuvieran 15 o más años de servicios cotizados. Pero el legislador limitó el tiempo durante el cual se puede hacer uso de ese derecho y señaló como tal el año 2014.

O sea, que para poder pensionarse con el régimen de transición la ley impuso dos condiciones: a) que a 1º de abril de 1994 la persona tuviera la edad allí señalada, o 15 años o más de servicios cotizados, y b) que esa persona complete los requisitos de edad y volumen de cotizaciones previstos por la ley, antes del 31 de diciembre de 2014.

- **PORCENTAJE DE DESCUENTO QUE SE LE DEBE HACER A LOS PENSIONADOS**

La ley 100 de 1993, determinó en su artículo 143, inciso segundo, con respecto a la cotización en salud para los pensionados que la misma debe estar a cargo de estos en su totalidad, este inciso fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-126/00.

El artículo 204 de la ley en mención en su inciso final determina que el monto de La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, sin embargo este inciso fue adicionado mediante la Ley 1250 de 2008, en su artículo 1º la cual incrementó en 12% dicha cotización mensual a los pensionados así: *“La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional”*.

Quiere esto decir que antes de la entrada en vigencia de dicho inciso, se le aplicaba a los pensionados la totalidad de los aportes que debían aportar los trabajadores activos que era del 12.5%, aportado en una parte por el empleador (8.5%) y otro por el empleado (4%), tal como lo establece el primer inciso del mismo artículo, modificado por artículo 10 de la ley 1122 de 2007. El artículo modificadorio fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, con respecto al aumento de 0.5% de la cotización a los pensionados y trabajadores independientes, mediante Sentencia C-1000/07.

Antes de la modificación en mención, la cotización de los trabajadores activos y por ende de los pensionados, era del 12%, en la cual las dos terceras partes eran a cargo del empleador y la otra tercera parte a cargo del empleado activo.

Así las cosas, el pensionado, desde la vigencia de la ley 100 de 1993 fue aplicada en la totalidad del porcentaje que aparece en el artículo 204, teniendo las siguientes variantes:

- En vigencia del artículo 204 original desde la promulgación de la ley 100 de 1993 hasta la modificación de la ley 1122 de 2007, en un 12%.
- En vigencia de la modificación de la ley 1122 de 2007, en un 12.5%.
- A partir del inciso adicionado por la ley 1250 de 2008, en un 12%.

2.2.1. DEL REGIMEN DE TRANSICION. SUS ELEMENTOS O BENEFICIOS.

Al expedirse la Ley 100 de 1993, a través del cual se creó el sistema general de pensiones, el legislador previó la necesidad de establecer un tránsito legislativo que respetará los regímenes pensionales anteriores, la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión. Para ello, se dispuso en su artículo 36, que las personas que a la fecha de entrada en vigencia de la citada norma, tuvieran 35 años de edad si es mujer o 40 años de edad si es hombre, o 15 años de servicios, se les reconocería su derecho con los requisitos y beneficios establecidos en la regulación que regía hasta ese momento su situación pensional.

En ese orden, el artículo 36 de la ley 100 de 1993, no consagra un sistema pensional como tal, sino que permitió y permite el efecto en el tiempo de normas anteriores a

la entrada en vigencia de la nueva normatividad³ en aras de hacer efectivo el respeto a las expectativas legítimas.

Para el caso de los empleados del sector público⁴, la norma aplicable es la ley 33 de 1985, que exige para acceder la pensión de vejez 55 años, 20 años de servicios y un monto de la mesada equivalente al 75% del ingreso base de liquidación, sin consideración al ente gestor o entidad pública encargada del reconocimiento pensional, eso sí, respetando igualmente la transición que establece la ley 33 de 1985 y que permite en casos muy específicos la aplicación de la ley 6ª de 1945.

El H. Consejo de Estado refiriéndose al régimen de transición para los empleados públicos, ha señalado:

“Conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, quienes para el 1º de abril de 1994 - fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 - tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior al cual se hallaban afiliados, esto es, en cuanto a la edad para acceder a la pensión de jubilación, al tiempo de servicio y al monto de la prestación. Para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante se hallaba dentro del régimen de transición, pues reunía los dos presupuestos exigidos en la norma legal y por tanto debió aplicársele el régimen anterior. Es claro entonces que el demandante tiene derecho a que se le aplique en su integridad el régimen consagrado en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, primero, por encontrarse dentro del régimen de transición y, segundo, por haber adquirido el status de pensionado el 13 de octubre de 1993. La aplicación del régimen anterior se hace en forma integral y no parcial, por lo cual no es aplicable en este asunto, y referente a la materia objeto de discusión, la Ley 100 de 1993”⁵

En igual sentido la Corte Constitucional en sentencia 596 de 1997, señaló:

“...El beneficio de la transición consiste en el derecho a acceder a la pensión de vejez o de jubilación, con el cumplimiento de los requisitos relativos a edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que se exigían en el régimen pensional al que estuvieran afiliados en el momento de entrar a regir la ley 100 de 1993. Por lo tanto estas condiciones y las relativas al monto mismo de la pensión, no se rigen por la nueva ley (ley 100 de 1993), sino por las disposiciones que regulaban el régimen pensional al cual se

³ Para el sector público el Sistema General de Pensiones entro en vigencia el 30 de junio de 1995

⁴ Con alguna excepciones, como lo sería el caso de los miembros de la Rama Judicial.

⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda, expediente 76001-23-31-000-2002-01420-01(5852-05). 7 de Junio de 2007. CP. Alejandro Ordoñez Maldonado. Demandado: Cajanal.

encontraban afiliados en el momento de entrar a regir dicha ley."
(Subrayado fuera del texto).

De las anteriores citas jurisprudenciales, permiten señalar que, los elementos que forman parte del régimen de transición pensional y que benefician a quienes se encuentran cobijados por el mismo, son: **el tiempo de servicio, la edad y el monto de la pensión, incluido el ingreso base de liquidación,**

2.2.2. EL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LAS PENSIONES QUE SE RECONOCEN CON BASE EN NORMA APLICABLE POR TRANSICION.

El Honorable Consejo de Estado⁶, refiriéndose al ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, ha manifestado que este hace parte del monto de la pensión de vejez, de tal suerte que, el ente gestor al aplicar la tasa de remplazo, no debe aplicar la preceptiva de la ley 100 de 1993, sino la que disponga la norma que por vía transicional corresponda. Lo anterior, por cuanto liquidar la pensión tomando el monto de una norma y la base de liquidación de otra, sería vulnerar el principio de Inescindibilidad normativa.

La tesis anterior que, se extrae de los pronunciamientos efectuados por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, ha encontrado eco en la jurisprudencia que por vía de tutela ha construido la Corte Constitucional, quien acerca del IBL, del régimen de transición en sentencia T- 631 del 8 de agosto de 2002⁷ expuso:

"El monto de la pensión se calcula sobre una base y de allí se saca un porcentaje. No se puede entender el uno sin el otro. Esa base, en la teoría de la seguridad social, se denomina indistintamente como base reguladora, haber regulador, salario jubilatorio o haber jubilatorio. La ley puede fijar el promedio para la base regulatoria de maneras diferentes. Lo fundamental es que cuando el promedio corresponda a un promedio reducido se suele tomar lo ingresado, y, si la base regulatoria es amplia, se actualiza según cómo evolucionen los precios o los salarios.

La ley 100 de 1993 estableció la base regulatoria para el régimen ordinario de las pensiones, bajo la denominación de Ingreso Base de Liquidación. Señaló que se liquidará teniendo en cuenta "el promedio de

⁶ Ver entre otras las siguientes sentencias de la Sección Segunda: Sentencia del 16 de febrero de 2006, radicación número: 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04). Sentencia del 23 de 2006, radicación número: 25000-23-25-000-2001-07475-01(1406-04). Sentencia del 26 de enero de 2006, radicación número: 25000-23-25-000-2002-05558-01(2985-05)

⁷ Criterio que reiteró en la sentencia T-180 de 2008, donde se expone que la fórmula de cálculo del ingreso base de liquidación prevista en el inciso tercero del Art. 36 de la ley 100 de 1993, tiene un carácter supletorio, la cual solo puede ser aplicada cuando el régimen especial no contempla una técnica específica para liquidar la mesada pensional.

los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante diez años anteriores al reconocimiento de la pensión...” (Artículo 21). Pero, tratándose de regímenes especiales, se tendrá en cuenta la base reguladora y el porcentaje que señalen específicamente tales regímenes”

De tal suerte que, siendo IBL parte integrante del monto de la pensión, la mesada debe ser liquidada tanto en su monto como en su base salarial con fundamentos en la norma que por beneficio de transición corresponda.

2.2.3. FACTORES SALARIALES A TENER EN CUENTA PARA LIQUIDAR LA MESADA PENSIONAL.

Con relación a los factores para liquidar la pensión de vejez de las personas beneficiarias del régimen de transición, el H. Consejo de Estado ha sostenido en Sala Plena de la Sección Segunda, sentencia del 4 de agosto de 2010 expediente No. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), unificando criterio de la inclusión de todos los factores devengado en el último año de servicio en la base de liquidación de la pensión de jubilación, los siguientes argumentos:

“En aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945. De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aun así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

(...)

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 beneficiarios. 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 permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

(...)

En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, 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 cambiando su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

(...)

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 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” (subrayado fuera del texto)

El Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, en aplicación de su línea consolidada, reiteró:

“La inclusión de los factores para determinar el ingreso base de liquidación, es del caso aplicar la tesis fijada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 4 de agosto de 2010, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la que se concluyó que la preceptiva contenida en el artículo 1 de en la Ley 62 de 1985, es un principio general y no puede considerarse de manera

taxativa, por tal razón deben incluirse todos los factores efectivamente devengados realizando los aportes que correspondan”⁸

Así las cosas, la pensión de vejez y/o jubilación regulada por transición, se liquida en cuantía del 75% del promedio de los factores salariales y demás sumas de dinero que reciba el trabajador como contraprestación directa de su labor, percibidos durante el último año de servicios y que sirvieron de base para realizar los aportes, pero si existieran factores sobre los cuales no se realizaron aportes, la entidad que reconoce la Pensión, deberá tenerlos en cuenta y efectuara el descuento o compensación a que haya lugar.

EL CASO EN CONCRETO.

Atendiendo lo analizado legal y jurisprudencialmente procedemos a verificar el caso en concreto.

- **NO ES PROCEDENTE LA DEVOLUCIÓN DEL PORCENTAJE SOLICITADO**

De conformidad con las normas citadas anteriormente en el acápite anteriores, se observa con claridad meridiana, que el descuento por concepto de salud que debía hacerse de la mesada pensional del demandante, correspondía al 12%, tal como se venía realizando por parte de la entidad demandada, luego entonces, no le asiste derecho alguno al señor FELIPE ANTONIO GAMARRA ACOSTA al pretender que sea reconocido y pagado el reajuste del 7% del valor de la mesada pensional por aporte en salud causada desde el 24 de octubre de 2005, hasta el 30 de abril de 2010.

Por otro lado, es menester mencionar que el apoderado judicial menciona que dicho reajuste se ha venido cancelando a otros pensionados del municipio demandado, pero sobre el tema, no presenta ninguna prueba documental que lo acredite, además, del texto de la demanda, se desprende que la normatividad que él invoca, esto es Art. 81 de la Ley 812 de 2003, trata de un régimen especial, aplicable solamente a los docentes pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, situación no equiparable al actor, pues dentro del expediente no aparece prueba de que el mismo sea docente.

⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección II, sentencia del 8 de marzo de 2012, expediente número: 15001-23-31-000-2008-00188-01(1505-11)

Ahora bien, refiriéndonos al tema del porcentaje a descontar, es necesario precisar que el descuento de los pensionados por concepto de salud, está totalmente a cargo de estos, conforme a lo ya analizado, deduciéndose entonces que el acto administrativo a través del cual el Municipio de Corozal niega el descuento por concepto de salud que debía hacerse de la mesada pensional del demandante, se ajusta al marco legal y jurisprudencial vigente.

- **IDENTIFICACIÓN DEL RÉGIMEN APLICABLE AL DEMANDANTE:**

Según la Resolución que otorga la pensión al actor, la cual aparece a folios 15, 16, 17 y 18 del plenario, el régimen que se le aplicó para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación fue el previsto en la ley 100 de 1993, pues no cumplía con los requisitos para que se lo cobijara algún tipo de régimen de transición, pues al momento de la expedición de la ley 100 de 1993, el actor tenía 18 años de servicios y contaba con 44 años de edad, tal como se denota al verificar la Resolución N° 1921 de 2005, que reconoció la pensión, expedida por el municipio de Corozal, que aparece a folios 15 a 18 del expediente.

Se encuentra probado que el actor ingresó al servicio el día 15 de febrero de 1972⁹, lo cual indica que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, contaba con más de 20 años de servicio. Así mismo, atendiendo su fecha de nacimiento, 16 de enero de 1949, podemos colegir que a junio de 1993 contaba con más de 40 años de edad, todo lo cual le permite ser beneficiario del régimen de transición establecido en dicha normatividad y por tanto se le debe aplicar las normas anteriores, respecto de los requisitos para la obtención de la pensión ordinaria de jubilación, bajo la precisión jurisprudencial efectuada por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, frente a los factores salariales.

El actor fue pensionado mediante Resolución N° 1921 del 24 de octubre de 2005¹⁰, resolución en la cual se tomó como base de liquidación de su mesada pensional, lo establecido en artículo 1°. Del Decreto 1158 de 1994, incluyendo **únicamente los factores correspondientes a la asignación básica, y la bonificación por servicios prestados.**

⁹ Folio 112 – 115 antecedentes administrativos.

¹⁰ Folio 16-19

La entidad demandada, cuando reconoce la pensión, considera que la norma aplicable es la ley 33 de 1985, para tiempo de servicios y edad, sin embargo, en lo relativo a ingreso base de liquidación aplicó la ley 100 de 1993 y omite incluir todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, dentro de ellos, los que a través de esta demanda solicita el actor se incluyan por haberlos devengados, lo cual está demostrado, a saber, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios.

Lo descrito y probado, revela una clara violación del principio de inescindibilidad, toda vez que se toman los requisitos de edad y tiempo de servicios de la ley 33 de 1985 y el monto de la pensión de otro, incluido en ingreso base de liquidación, lo cual es totalmente contrario a la postura jurisprudencial expuesta por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, la cual enseña que los elementos del régimen de transición en pensiones son, la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión incluyendo, el ingreso base de liquidación, los cuales deben tomarse, por tratarse de un empleado público de la ley 33 de 1985, siguiendo la pauta interpretativa líneas antes reseñada, sobre factores salariales, en el sentido que las pensiones cobijadas por la transición pensional de la Ley 100 de 1993, y que se reconocen bajo el amparo normativo de la Ley 33 de 1985, deben serle aplicados en su liquidación todos los factores salariales devengados por el actor en el último año de servicios, habida cuenta que el listado de factores del Decreto 1045 de 1978 y la ley 62 de 1985 no es taxativo sino meramente enunciativos o ilustrativos.

Lo expuesto, da lugar entonces a la declaratoria de nulidad del acto acusado por violación de la ley superior en que debería fundarse.

4. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Colofón de la nulidad del acto administrativo enjuiciado, se ordenará a la entidad demandada, que realice una nueva liquidación de la pensión de jubilación y/o vejez del demandante, con el 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicios, incluyendo además de la asignación básica, bonificación por servicios prestados, la prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad. Con la salvedad que, sí sobre estos factores no se han hecho aportes, la entidad podrá compensarlos cuando realice el pago de las respectivas mesadas. El pago de

las mesadas lo recibirá desde el momento de retiro del servicio. El actor no demostró haber devengado ningún otro factor salarial.

Las sumas que resulten a favor del demandante por concepto de la diferencia entre lo pagado por la pensión reconocida y la que reconozca, (incluidos los reajustes por factores y por actualización de la base salarial) una vez se revalorice la base de liquidación, igualmente se ajustará en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

Los intereses del artículo 192 de la ley 1437 de 2011, se pagarán en cuanto se den los supuestos de hecho previstos en dicha norma.

5. CONDENA EN 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. Así las cosas, se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP. Las agencias en derecho se establecen en favor de la parte demandante, conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003, la duración del proceso, así como el desconocimiento por parte de la entidad demandada del precedente del Consejo de Estado, frente al tema de factores salariales.

6. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: DECLARAR PARCIALMENTE la nulidad del acto administrativo del 06 de agosto de 2012, mediante el cual, se negó el reajuste de la pensión

de jubilación del señor **FELIPE ANTONIO GAMARRA ACOSTA**, con fundamento en lo dicho en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordena al **MUNICIPIO DE COROZAL** para que reliquide la pensión del demandante, **FELIPE ANTONIO GAMARRA ACOSTA**, incluyendo en su cálculo, la totalidad de los factores salariales devengados por el actor en el último año de servicios, tal como se determinó en la parte motiva de este proveído. Con la salvedad que, si sobre estos factores no se han hecho aportes, la entidad podrá compensarlos cuando realice el pago de las respectivas mesadas.

TERCERO: CONDENASE a la entidad demandada a pagar las diferencias a que haya lugar luego de reliquidada la pensión de jubilación del actor, conforme lo dicho en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: NIEGUENSE las demás pretensiones de la demanda

QUINTO: Se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP. Las agencias en derecho se establecen en favor de la parte demandante, en porcentaje del cinco (2%) por ciento de las pretensiones reclamadas, equivalentes a la suma de CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL, PESOS MCTE (\$447.000,00), conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso, así como el desconocimiento por parte de la entidad demandada del precedente del Consejo de Estado, frente al tema de factores salariales.

SEXTO: La presente sentencia se cumplirá de acuerdo con lo establecido en los artículos 192 y 203 de la Le 1437 de 2011.

SÉPTIMO: En firme este fallo, devuélvase al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos de proceso. Efectúese las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cáncelse su

radicación, archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático de administración judicial siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARIA B. SANCHEZ DE PATERNINA
Juez