



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Popayán, veinticinco (25) de julio de dos mil diecinueve (2019)

SENTENCIA TA-DES 002-ORD. 076- 2019

Magistrado Ponente: NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ

Expediente: 19001-23-33-002-2016-00163-00
Demandante: HERNANDO HURTADO CARABALI
Demandado MUNICIPIO DE TIMBIQUÍ
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – PRIMERA INSTANCIA

Decide el Tribunal la demanda presentada por el señor HERNANDO HURTADO CARABALI, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra del municipio de Timbiquí, Cauca.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda¹.

El señor HERNANDO HURTADO CARABALI actuando mediante apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho formulado en contra del municipio de Timbiquí, Cauca, pretende que se acceda a las siguientes declaraciones y condenas:

A. PARTE DECLARATIVA.

PRIMERA: Declárese la nulidad del Acto Administrativo, la Resolución número 265 de fecha 06 de agosto de 2015, por medio del cual se da respuesta al derecho de petición radicado personalmente por el mismo demandante, ante el representante legal de la Entidad Territorial demandada EL MUNICIPIO DE TIMBIQUI – CAUCA, en el mes de julio de año 2015 y donde se negó por improcedente, el reconocimiento y pago de la Pensión Mensual Vitalicia de Jubilación, a la que constitucionalmente tiene derecho mi poderdante en

¹ Folios 46 a 62

forma compartida con la pensión mensual vitalicia de vejez, que en el futuro le reconozca el Fondo Privado de Pensiones y Cesantías – “PORVENIR S.A.”.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior y a título de restablecimiento del derecho declarar que mi mandante señor Hernando Hurtado Carabalí tiene pleno derecho al reconocimiento y pago de la Pensión Mensual Vitalicia de Jubilación, en comento, y que la Entidad Territorial obligada a ello es, es decir EL MUNICIPIO DE TIMBIQUI, en el Departamento del Cauca, se le reconozca y cancele al mismo por valor equivalente al setenta y cinco (75%) del salario promedio percibido en el último año de servicios prestados por mi mandante, incluyendo todos los factores constitutivos de salario devengados en ese lapso tales como: sueldo básico mensual, la prima de navidad, la prima anual de servicios, la prima de vacaciones, la bonificación por servicios prestados, los auxilios de alimentación y transporte, los dominicales y feriados y las horas extras, cuando a ello hubiere lugar, así como todos los pagos que percibió mi mandante en el último año de servicios y que eran constitutivos de salario.

TERCERA: Que conforme a lo expuesto EL MUNICIPIO DE TIMBIQUI, EN EL DEPARTAMENTO DEL CAUCA, con Nit. 800.051.167-1 representado legalmente en la actualidad por su Alcalde Municipal y señor TITO HEBERTH RAMIREZ ALEGRIA o quien haga sus veces, reconozca plenamente la pensión Mensual Vitalicia de Jubilación aquí reclamada, la cual deberá ser compartida con la Pensión Mensual Vitalicia de Vejez, que en el futuro le reconozca a mi demandante el Fondo Privado de Pensiones y Cesantías “PORVENIR S.A.”.

CUARTA: Declarar que los valores a reconocer y pagar deben ser indexados a partir de la fecha en que se causaron y hasta cuando sean cabalmente cancelados a mi procurador.

B. PARTE CONDENATORIA.

PRIMERA: Condenar a la entidad Territorial EL MUNICIPIO DE TIMBIQUI, en el Departamento del Cauca, a reconocer y pagar a mi representado señor HERNANDO HURTADO CARABALI la pensión Mensual Vitalicia de Jubilación a la que legalmente tiene derecho mi procurado por el valor total que salga probado, el cual en el futuro será compartido con el valor de la pensión de Vejez, que al demandante en comento le sea reconocida por el Fondo Privado de Pensiones y Cesantías “PORVENIR S.A.”.

SEGUNDA: Condenar a la entidad Territorial demandada EL MUNICIPIO DE TIMBIQUI, en el departamento del Cauca, a reconocer y cancelar la INDEXACIÓN a que haya lugar sobre los valores de las condenas respectivas.

TERCERA: Disponer que las cantidades o valores reconocidos en la sentencia resultante de la presente acción, generarán interés comerciales y moratorios una vez quede ejecutoriada la sentencia correspondiente.

CUARTA: Condenar a la entidad nacional EL MUNICIPIO DE TIMBIQUI, en el departamento del Cauca, a cancelar los gastos procesales y costas del presente proceso.

1.1 Los hechos.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte demandante expuso los siguientes hechos:

El señor HERNANDO HURTADO CARABALI, nació el ocho (08) de diciembre de 1950 en el municipio de Timbiquí, Cauca, por lo que a la fecha de presentación de la demanda cuenta con más de sesenta y cuatro (64) años de edad.

Que se vinculó como servidor público por más de (20) años continuos prestando sus servicios en las siguientes entidades públicas:

1. SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CAUCA, durante el periodo comprendido desde el 1º de enero de 1973, hasta el 31 de diciembre de 1973.
2. MINISTERIO DE SALUD – INSTITUTO NACIONAL DE SALUD, durante el periodo comprendido desde el 14 de agosto de 1974, hasta el 09 de septiembre de 1975.
3. MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FER, durante el periodo comprendido del 1º de agosto de 1977, hasta el 14 de diciembre de 1977.
4. Secretaría de Educación Departamental del Cauca, durante el periodo comprendido del 1º de enero de 1978, hasta el 20 de julio de 1978.
5. CAJA AGRARIA, durante el periodo comprendido del 13 de octubre de 1978, hasta el 15 de julio de 1980.
6. MINISTERIO DE EDUCACIÓN, durante el periodo comprendido del 29 de julio de 1980, hasta el 30 de septiembre de 1982.
7. Secretaría de Educación Departamental del Cauca, durante el periodo comprendido del 1º de octubre de 1982, hasta el 06 de diciembre de 1989.
8. DEPARTAMENTO DEL CAUCA, durante el periodo comprendido del 23 de agosto de 1973, hasta el 05 de septiembre de 1991.
9. MUNICIPIO DE TIMBIQUI, CAUCA, ALCALDE MUNICIPAL, durante el periodo comprendido del 1º de Junio de 1992, hasta el 31 Diciembre de 1994.
10. MINISTERIO DE EDUCACIÓN, durante el periodo comprendido del 1º de Agosto de 1997, hasta el 14 de Diciembre de 1997.
11. MUNICIPIO DE TIMBIQUI, CAUCA, ALCALDE MUNICIPAL, durante el periodo comprendido del 1º de Enero de 2004, hasta el 15 de Octubre de 2007.

Indicó que durante el tiempo que prestó sus servicios a la entidad pública referida, esta procedió a cubrir los riesgos a la seguridad social en pensiones a través de su propio fondo de previsión social o a través del Instituto de los Seguros Sociales.

Afirmó que es beneficiario del régimen de transición pensional de que trata la Ley 100 de 1993, artículo 36 y su Decreto reglamentario No. 813 de 1994, por lo que tiene derecho al reconocimiento y pago de la Pensión Mensual Vitalicia de Jubilación de que trata la Ley 33 de 1985

Referenció que el 30 de junio de 1995 había cumplido más de 44 años de edad y que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo número 01 del 22 de julio de 2005, tenía al menos 750 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones o su equivalente en tiempo de servicios.

De igual manera expuso que en virtud del principio de favorabilidad y acogiéndose la jurisprudencia del Consejo de Estado, quien debe reconocer y en principio realizar el pago de la pensión de jubilación, según el Decreto 1848 de 1969 artículo 75, es la última entidad empleadora -municipio de Timbiquí, Cauca, por haber laborado en forma ininterrumpida desde el 01 de enero de 2004 hasta el 15 de octubre de 2007.

Sostuvo que desde el 16 de Octubre de 2007 tiene el derecho a que se le reconozca y cancele la pensión mensual vitalicia de jubilación, por el valor total que salga compartida con el valor de la pensión mensual vitalicia de vejez que el Fondo Privado de Pensiones y Cesantías - PORVENIR le reconozca.

Manifestó que actuando a título propio elevó solicitud a la entidad territorial demandada, exigiendo el reconocimiento y pago de la pensión mensual vitalicia de jubilación, la cual fue resuelta mediante Resolución número 265 del 08 de agosto de 2015, en forma desfavorable.

1.1.2 Normas violadas y concepto de violación

La parte demandante estima violados los artículos 1, 2, 6, 13, 25, 29, 53, 90 y 209 de la Constitución Política de Colombia.

De igual modo, considera vulnerado el Decreto 1848 de 1969, artículo 75; el Decreto 1045 de 1978, artículo 45; la Ley 33 de enero 29 de 1985; Ley 71 de 1998; Ley 100 de 1993, artículo 36; Decreto Reglamentario No. 813 de 1994, artículo 2, Acto Legislativo No. 01 de julio de 22 de 2005 y demás normas concordantes.

Como concepto de violación expuso que el municipio de Timbiquí vulnera el ordenamiento jurídico señalado, al considerar que no es procedente acceder a la solicitud presentada por cuanto el interesado HERNANDO HURTADO CARABALI al desempeñarse como alcalde del municipio de Timbiquí – Cauca en el periodo Constitucional 2004 – 2007, cotizó a pensiones en el Fondo Privado PORVENIR, corresponde solicitar la pensión de vejez a dicho fondo, toda vez que ya se ha dicho por la jurisprudencia del Consejo de Estado que *si se considera que el régimen de transición aplicable es el del sector público, procedería a dar aplicación a la Ley 33 de 199*

Así, en virtud del principio favorabilidad, quien debe reconocer y en principio realizar el pago de la pensión mensual vitalicia de jubilación según lo señala el Decreto No. 1848 de 1969, en su artículo 75, es la última entidad empleadora, para este caso es el municipio de Timbiquí, donde el accionante laboró desde el 01 de enero de 2004 hasta el 15 de octubre de 2007.

2. El trámite procesal

En los términos anotados la demanda fue presentada el 23 de febrero de 2016²

La acción fue conocida en primera medida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán, el cual mediante Auto Interlocutorio N° 250 del 01 de marzo de 2016³ remitió a esta Colegiatura el presente

²Folio 64

³ Folio 67

asunto, toda vez que ese despacho no era competente para conocer de ese medio de control por el factor cuantía.

El 16 de marzo de 2016 fue repartida la demanda al Tribunal y recibida por el despacho sustanciador el 30 del mismo mes y año⁴. Por Auto de 12 de julio de 2016⁵, se admitió.

El 24 de octubre de 2016 se surtió la notificación a la demandada.

3. La contestación de la demanda.

La entidad demandada no contestó la demanda.

4. Audiencia Inicial.

El 17 de mayo de 2017, sin la comparecencia de la parte demandada se realizó la audiencia inicial, desarrollando cada una de las etapas previstas en el artículo 180 del CPACA y decretando pruebas, según consta en el Acta de la respectiva Audiencia⁶.

5. Audiencia de práctica de pruebas.

El día 20 de junio de 2017⁷, se realizó la audiencia pública de que trata el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, audiencia en la que se corrió traslado a las partes de la pruebas allegadas.

En consideración a que no se allegaron todas las pruebas ordenadas en la audiencia inicial, se suspendió la audiencia en mención, la cual se reanudó el 24 de julio de 2017, declarándose en esa oportunidad concluida la etapa probatoria.

En el mismo orden se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y se ordenó correr traslado a las partes para que por escrito

⁴ Folio 71 c. ppal

⁵ Folios 12 a 14

⁶Folios 94 a 97

⁷ Folio 18 y 19 Cuaderno de Pruebas

alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto si a bien lo tuviere.

6. Alegatos de conclusión.

6.2. Parte demandante⁸.

La parte demandante itera que es beneficiario del régimen de transición pensional, siendo la entidad territorial demandada la última empleadora del demandante; tiempo de servicios donde el mismo cotizó para el Sistema General de Pensiones a varias cajas de previsión social, así como al I.S.S y últimamente al Fondo Privado de Pensiones – PORVENIR S.A.

Señaló que por ser beneficiario del régimen de transición pensional del sector público, procedería dar aplicación a la Ley 33 de 1985.

Referenció que el Instituto de Seguros Sociales no puede entenderse como Caja de Previsión, y que lo mismo que debe predicarse del Fondo de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de origen privado denominado "PORVENIR S.A." el cual legalmente no tiene la naturaleza jurídica de una verdadera caja de previsión social.

Subrayó que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha mencionado que la pensión no queda indefinidamente a cargo de la última entidad pública empleadora, pues a cumplirse los requisitos de pensión a cargo, en este caso del fondo privado de pensiones denominado PORVENIR, el demandante debe reclamar su pensión a este fondo de ahorro individual y la última entidad pública empleadora queda subrogada, correspondiéndole únicamente un mayor valor si lo hubiere entre las dos pensiones.

La parte demandada no presentó alegatos de conclusión.

6.1 Ministerio Público⁹.

⁸ Folios 120 a 122

⁹ Folios 112 a 117

Rindió concepto solicitando se nieguen las pretensiones de la demanda, toda vez que la entidad que debe reconocerle la pensión al señor Hernando Hurtado Carabalí es la que administra la pensión a la cual cotizó el municipio de Timbiquí, en cumplimiento de sus obligaciones patronales.

Ello en virtud a que el sistema general de pensiones está compuesto por dos regímenes excluyentes. El régimen de prima media y el régimen de ahorro individual con solidaridad y de esos dos el demandante optó libremente por el último, es por ello que el municipio de Timbiquí efectuó la cotización obligatoria como empleador a la administradora que el trabajador escogió y en consecuencia debe asumir la contingencia de la vejez pues trasladada en cumplimiento de lo que dispone la Ley 100 de 1993.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Competencia.

Por la naturaleza del proceso y su cuantía a la fecha de presentación de la demanda, de acuerdo al artículo 152 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011, el Tribunal es competente para conocer del presente asunto en primera instancia.

2. Caducidad.

Teniendo en cuenta que el derecho alegado trata sobre prestaciones periódicas, no está sujeto al término de caducidad, de conformidad con el literal b del numeral primero del artículo 164 del CPACA.

3. El problema jurídico.

De acuerdo con los planteamientos esbozados en la fijación del litigio, el problema jurídico que debe absolver la Sala en esta oportunidad es:

Si la Resolución N° 265 de 06 de agosto de 2015, por medio del cual se denegó por improcedente el reconocimiento y pago de la pensión mensual vitalicia de jubilación deber anulada o mantenerse incólume.

Si al señor HERNANDO HURTADO CARABALI, le asiste el derecho que el municipio de Timbiquí, Cauca, le reconozca y pague una pensión vitalicia de jubilación.

Determinar si la pensión mensual vitalicia de jubilación resulta compatible con la pensión mensual vitalicia de vejez que en el futuro pueda reconocerle la administradora de pensiones PORVENIR.

4. Caso concreto.

El demandante pretende que el municipio de Timbiquí, Cauca, le reconozca y pague pensión mensual vitalicia de jubilación, valor que en el futuro será compartida con el valor de la pensión de vejez que le sea reconocida por el Fondo Privado de Pensiones y Cesantías "PORVENIR S.A."

4.1 Relación probatoria

Para esos efectos presentó el siguiente material probatorio con el que se determina:

Fotocopia del documento de identidad que registra con fecha de nacimiento del 08 de diciembre de 1950¹⁰

De acuerdo con el certificado del Técnico Administrativo de la Gobernación del Departamento del Cauca – Secretaría de Educación y Cultura – Unidad Desconcentrada del municipio de Guapi – Cauca¹¹, el señor HERNANDO HURTADO CARABALI, prestó sus servicios a la educación, así:

Desde el 01 de enero a 31 de diciembre de 1973, en calidad de Director de la Escuela Rural Boca de Peté.

Desde el 29 de julio de 1980 hasta 30 de septiembre de 1982, en calidad de Director de Santa Rosa de Saija.

¹⁰ Folio 2

¹¹ Folio 3

Los aportes a pensión fueron efectuados a LA CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN CAJANAL.

El Instituto Nacional de Salud certificó que el señor HERNANDO HURTADO CARABALÍ prestó sus servicios en esa entidad desde 14 de agosto de 1974 hasta el 07 de julio de 1975, inclusive.

La Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en Liquidación¹², certificó que el señor Hurtado Carabalí, laboró para esa entidad con contrato de trabajo a término indefinido, desde el 13 de octubre de 1978, hasta el 15 de julio de 1980, desempeñándose en el cargo de Heliografista.

Conforme al certificado de salarios de la Gobernación del Cauca, Secretaría de Educación, el señor HURTADO CARABALÍ HERNANDO, laboró como Docente en el ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO LICEO FIDELINA ECHEVERRY, en el municipio de Puerto Tejada, desde el 01 de octubre de 1982, hasta el 03 de junio de 1989¹³. (03-06/2008)

El certificado de historia laboral expedido por el FOMAG, dice: que el señor HURTADO CARABALÍ cotizó en la Caja de Previsión Departamental, desde el 01/10/1982 hasta el 06/12/1989¹⁴

De acuerdo al certificado de información laboral del Departamento del Cauca, el señor HERNANDO HURTADO CARABALÍ, laboró para esa entidad como administrativo, desde el 23 de agosto de 1990, hasta el 05 de septiembre de 1991, tiempo en el cual sus aportes a pensión fueron efectuados en CAJADER¹⁵.

Conforme al certificado expedido por el Jefe de la Oficina de Personal y Control Disciplinario Interno del municipio de Timbiquí – Cauca, el SEÑOR HERNANDO HURTADO CARABALÍ laboró al servicio de la Administración municipal de Timbiquí, Cauca, en calidad de alcalde, nombrado por

¹² Folio 6 c. ppal

¹³ Folio 10 y 11 c. ppal

¹⁴ Folios 12 y 13 c. ppal

¹⁵ Folios 14 a 16 c. ppal

elección popular desde 1º de junio de 1992 hasta el 31 de diciembre de 1994, y desde el 01 de enero de 2004 hasta, el 15 de octubre de 2007¹⁶.

Según certificado expedido por el Jefe de la Unidad de Personal de la misma alcaldía¹⁷, los pagos a seguridad social del periodo constitucional 2004 a 2007 fueron depositados a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR SA.

Según certificado de información laboral N° 423 de 23 de julio de 2014, del archivo del Ministerio de Educación Nacional, el señor Hernando Hurtado Carabalí se vinculó a laborar como Representante del Ministerio de Educación Nacional Territorial Código 2215 Grado 14, ante Fondo Educación Regional “FER” del Cauca, desde 01 de agosto de 1997 hasta el 14 de diciembre 1997, tiempo en el cual los aportes a pensión se realizaron a CAJANAL¹⁸.

Con la Resolución N° 265 de 06 de agosto de 2015, el municipio de Timbiquí, Cauca, negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.¹⁹

De acuerdo con la Historia Laboral aportado por la administradora PORVENIR el señor HERNANDO HURTADO registra las siguientes afiliaciones²⁰:

- Régimen de prima media

Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero: del 12/12/1978 hasta 15/07/1980
= 582 días cotizados

Col Colombo Europeo Ltd. 15/10/1985 hasta 13/11/1986 = 395 días cotizados

Para un total de: 139 semanas cotizadas

- Historia laboral en PORVENIR SA

Ministerio de Educación Nacional 10/1997 a 12/1997

Municipio de Timbiquí 01/2004 a 01/2005

Hernando Hurtado Carabalí 02/2005 a 05/2005

Municipio de Timbiquí 06/2005 a 12/2007

Para un total de 215 semanas cotizadas.

¹⁶ Folio 17 c. ppal

¹⁷ Folio 12 cuaderno de pruebas

¹⁸ Folio 19

¹⁹ Folios 35 a 40 c. ppal

²⁰ Folios 35 a 37 c. pbas

4.2. Del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, en el caso concreto.

El actor sostiene que es beneficiario del régimen de transición, por cumplir al menos alguno de los requisitos que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, mientras que para la entidad demandada, no cumple con las semanas de cotización de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005.

Del contenido normativo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se puede extraer que el régimen de transición está restringido a tres categorías de trabajadores: (i) mujeres que al 1 de abril de 1994 tuvieran 35 años de edad o más; (ii) hombres que al 1 de abril de 1994 tuvieran 40 años de edad o más; y (iii) trabajadores que hubieren acreditado 15 o más años de servicios cotizados al 1 de abril de 1994 (750 semanas) sin consideración de su edad.

"El régimen de transición tenía como fecha final el 31 de julio de 2010, excepto para quienes hubiesen cotizado, al menos, 750 semanas al 25 de julio de 2005, momento en el cual entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005²¹; para estas personas, dicho régimen se mantuvo hasta el 31 de diciembre de 2014, con el fin de que pudieran reunir los requisitos para ser acreedores a la pensión de vejez"²².

Del material probatorio arrimado al proceso se determina que el señor Hernando Hurtado Carabalí, para la entrada en vigencia del nuevo sistema seguridad social, contaba con 43 años, 3 meses, y 21 días, al haber nacido el 08 de diciembre de 1950²³. De manera que por la edad era beneficiario del régimen de transición; sin embargo, al haberse superado el último plazo (31 de diciembre de 2014), establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, se precisa verificar si alcanzó a reunir los requisitos de las semanas cotizadas, esto es, que para 25 de julio de 2005 tuviera cotizadas 750 semanas.

²¹ "Parágrafo transitorio 4º. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

²²Reglas de la jurisprudencia constitucional aplicables al régimen de transición y, en particular, al IBL, Sentencia SU- 023-18

²³ Copia documento de identidad folio 2 c. ppal

Así entonces se tiene de las pruebas recaudadas que el señor Hurtado Carabalí, tuvo los siguientes tiempos de servicios:

Entidad	Tiempo de servicios	Entidad a la que Cotizó
Director de la Escuela Rural Boca de Peté, desde el 01 de enero a 31 de diciembre de 1973.	1 año	CAJANAL
Director de Santa Rosa de Saija; desde el 29 de julio de 1980 hasta 30 de septiembre de 1982.	2 años, 2 meses, y 1 días	CAJANAL
En el Instituto Nacional de Salud desde 14 de agosto de 1974 hasta el 07 de julio de 1975 inclusive.	0 años, 10 meses, y 22 días	
La Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en Liquidación, desde el 13 de octubre de 1978, hasta el 15 de julio de 1980.	3 años, 9 meses, y 2 días	Caja de Crédito Agr. Ind. y Mine
Docente en el ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO LICEO FIDELINA ECHEVERRY, en el municipio de Puerto Tejada, desde el 01 de octubre de 1982, hasta el 12 de diciembre de 1989.	7 años, 2 meses, y 5 días	Caja de Previsión Departamental
En el Departamento del Cauca, desde el 23 de agosto de 1990, hasta el 05 de septiembre de 1991.	1 años, 0 meses, y 11 días	CAJADER
Alcalde desde 1º de junio de 1992 hasta el 31 de diciembre de 1994,	2 años, 6 meses, y 30 días	----
Tiempo de servicio a la entrada en vigencia del régimen de transición.	18 años -6 meses -21 días	
Representante del Ministerio de Educación Nacional Territorial Código 2215 Grado 14, ante Fondo Educación Regional "FER" del Cauca, desde 01 de agosto de 1997 hasta el 14 de diciembre 1997.	0 años, 4 meses, y 13 días	CAJANAL
Alcalde y desde el 01 de enero de 2004 hasta, el 15 de octubre de 2007.	3 años, 9 meses, y 14 días	PORVENIR SA
TOTAL TIEMPO DE SERVICIOS	22 años, 10 meses y 18 años	

De lo anterior se tiene que en efecto el demandante para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, sí alcanzó a reunir los requisitos de

las semanas cotizadas, por cuanto para el 25 de julio de 2005 tenía cotizadas 750 semanas, al contar con 18 años, 6 meses y 29 días de servicios sobre los que realizó aportes para pensión.

Ahora, no puede desconocerse que el actor, posterior a la entrada en vigencia del régimen de transición -1 de abril de 1994, para el orden nacional y 1 de junio de 1995 en el sector territorial- cotizó desde 01 de agosto de 1997 hasta el 14 de diciembre 1997 a CAJANAL, periodo en el cual se desempeñó como representante ante el FER²⁴, y posteriormente, desde el 01 de enero de 2004 hasta el 15 de octubre de 2007 en calidad de alcalde, cotizando para el Fondo Privado de Pensiones PORVENIR SA.

Es necesario aclarar, que los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establecen que no serán beneficiarios del régimen de transición quienes se hayan trasladado voluntariamente al sistema de ahorro individual con solidaridad (inciso 4º), así posteriormente se hayan devuelto al de prima media con prestación definida (inciso 5º), a pesar de que cumplieran con la edad, y tuvieran afiliación vigente al entrar en vigencia el sistema de pensiones. Así se observa:

ARTÍCULO 36. 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.

...

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Ahora, los incisos resaltados por este Tribunal, fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional con la Sentencia C-789/02, "siempre y cuando se

²⁴ Folio 19

entienda que estas disposiciones no se aplican a quienes habían cumplido quince (15) años o más de servicios cotizados, al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones de la Ley 100 de 1993, [...]. Con todo, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona."

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el demandante aunque posteriormente a la entrada en vigencia del régimen de transición se haya acogido voluntariamente al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya había completado 15 años de servicios de manera que no le son aplicables las disposiciones de los incisos 4º y 5º transcritos, salvo con las aclaraciones que la misma Corte hace.

Sin embargo, como se dejó establecido, el demandante optó libremente por afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo tanto, aunque sea beneficiario del régimen de transición, para que este le sea aplicable debe estar en el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, en la medida que "el régimen de transición se reconoce a una categoría determinable de trabajadores vinculados al régimen de prima media con prestación definida antes de la Ley 100 de 1993, siendo necesario para hacer parte de dicha categoría, conforme lo establece la ley, cumplir con los requisitos"²⁵ en ella establecidos.

De esta manera para que le sea aplicable el régimen de transición, deberá definirse inicialmente el Sistema General de Pensiones al que debe pertenecer el afiliado, y ello no puede determinarse en esta oportunidad, ni por esta jurisdicción sino a través de las gestiones que haga el interesado para el traslado de régimen, y de ser el caso desatar la controversia que llegare a presentarse ante la Jurisdicción Ordinaria es su especialidad Laboral, de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, Decreto Ley 2158 de 1948.

No obstante lo expuesto, el Tribunal hace claridad respecto de la norma que sería aplicable al actor como beneficiario del régimen de transición.

²⁵ *Ibíd*em

4.3. Normatividad aplicable en el caso concreto.

El señor Hernando Hurtado Carabalí, considera que en virtud al régimen de transición, le asiste el derecho a que el municipio de Timbiquí, le reconozca y pague una pensión mensual vitalicia de jubilación por ser la última entidad empleadora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969, la cual debe ser compartida con la más adelante le reconozca el fondo privado.

En principio debe señalarse que las normas del Decreto 1848 de 1969, por regla general están dirigidas a los empleados públicos nacionales de la rama administrativa del poder público, por lo tanto no resulta procedente que la parte actora pida su aplicación, toda vez que para la entrada en vigencia del régimen de transición aquel se desempeñaba como alcalde del municipio de Timbiquí. Además, para invocar su aplicación, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, los empleados oficiales debían haber cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, situación que el demandante no acredita, pues a trece (13) de febrero de 1985, fecha en que fue publicada la norma, solo tenía laborados 10 años, 6 meses y 7 días.

De este modo la normatividad aplicable para el actor sería la Ley 33 de 1985, norma que establece para el reconocimiento de la pensión de jubilación los siguientes requisitos:

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

Pese a lo expuesto, el señor Hernando Hurtado Carabalí, considera que en virtud al régimen de transición, le asiste el derecho a que el municipio de Timbiquí, le reconozca y pague una pensión Mensual Vitalicia de Jubilación por ser la última entidad empleadora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969.

Al revisar la normatividad invocada se tiene que la misma establece sobre la efectividad de la pensión de jubilación, lo siguiente:

Artículo 75°.- Efectividad de la pensión.

1. La pensión de jubilación correspondiente se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de cumplir el tiempo de servicios requerido por la ley, si para entonces se hubiere retirado del servicio oficial sin tener la edad exigida para tal fin, o por la entidad de previsión a que esté afiliado al tiempo del retiro, si entonces cumple los requisitos de tiempo de servicios y edad señalados para el goce de la pensión.

2. Si el empleado oficial no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión social al tiempo de retirarse del servicio oficial, el reconocimiento y pago se hará directamente por la última entidad o empresa oficial empleadora. (Se resalta)

3. En los casos de acumulación de tiempo de servicios a que se refiere el artículo 72 de este Decreto, la entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, a prorrata del tiempo de servicios en cada una de aquellas.

En este caso, se procederá con sujeción al procedimiento señalado al efecto en el Decreto 2921 de 1948 y, si transcurrido el término de quince (15) días del traslado a que se refiere el artículo 3o. del citado decreto la entidad obligada a la cuota pensional no ha contestado, o lo ha hecho oponiéndose sin fundamento legal, se entenderá que acepta el proyecto y se procederá a expedir la resolución definitiva de reconocimiento de la pensión.

El expresado término comenzará a correr desde la fecha en que la entidad correspondiente reciba el proyecto de reconocimiento de la pensión.

De la norma en precedencia se concluye, que la última entidad empleadora será la responsable del reconocimiento de las prestaciones de los empleados oficiales beneficiarios del régimen de transición que no fueron afiliados a ninguna entidad de previsión social. Para el reconocimiento de la prestación social se debe acumular el tiempo de servicio en todas las entidades del Estado donde trabajó y éstas deberán responder proporcionalmente.

Sin embargo, como se encuentra probado, posterior al régimen de transición el actor laboró como Representante del Ministerio de Educación Nacional ante el FER, realizando aportes a CAJANAL y finalmente como alcalde del municipio de Timbiquí, desde el 01 de enero de 2004 hasta el 15 de octubre

de 2007. En ese periodo el municipio hizo aportes al Fondo Privado de Pensiones y Cesantías - Porvenir SA, razón por la que no se cumpliría con la condición para que la entidad territorial asuma el reconocimiento de la pensión solicitada.

Así las cosas, pese a determinarse que el demandante es beneficiario del régimen de transición, no resulta aplicable en este asunto en tanto que el afiliado optó libremente por escoger uno de los regímenes previstos en la norma que regula el sistema de seguridad social, que en este caso es el Fondo de Pensiones y Cesantías - Porvenir SA, bajo el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; al menos no se ha discutido este tema de la opción libre.

Aun así, al revisar que figura de la compartibilidad pensional pretendida, deviene el reconocimiento de la pensión que hiciera el municipio de Timbiquí, pese a que no resulta aplicable el Decreto 1848 de 1969, se determina que no le corresponde a esa entidad territorial reconocer la prestación solicitada, en la medida que para el periodo en que el servidor fue alcalde de esa entidad territorial y como última entidad empleadora, realizó los aportes obligatorios por el trabajador; en consecuencia el derecho pensional debe ser estudiado por el respectivo fondo al que se encuentra afiliado y no el municipio de Timbiquí, Cauca, como se plantea en la demanda.

En este orden de ideas se concluye que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

11. Costas.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dentro de la sentencia el Juez deberá pronunciarse sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

En razón a que dentro del *sublite* se negarán las pretensiones de la demanda, la demandante deberá reconocer agencias en derecho a favor de la parte

Expediente: 19001-23-33-002-2016- 00163-00
Demandante: HERNANDO HURTADO CARABALI
Demandado: MUNICIPIO DE TIMBIQUI
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – PRIMERA INSTANCIA

demandada, conforme a lo dispuesto en el Acuerdo No. 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Así las cosas, se condenará a la parte demandante, a reconocer la suma del cero punto cinco por ciento (0.5%) de las pretensiones de la demanda. Las demás costas liquídense por secretaría.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda

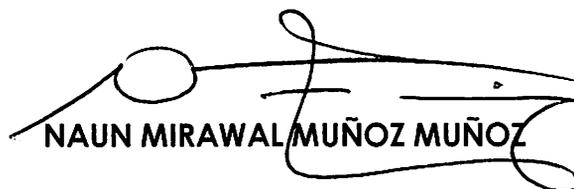
SEGUNDO.- CONDENAR en costas a la parte demandante, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia. Liquídense por Secretaría las costas del proceso.

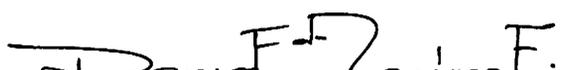
TERCERO.- NOTIFICAR la presente sentencia conforme a lo dispuesto en el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se hace constar que el proyecto de sentencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

Los Magistrados,


NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ


DAVID FERNANDO RAMIREZ FAJARDO


JAIRO RESTREPO CÁCERES