



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Sincedejo, veintisiete (27) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicación N° 70- 001-33-33-003-2016-00100-00.
Demandante: Nuris del Socorro Contreras de Pérez.
Demandado: Administrado Colombiana de Pensiones “Colpensiones”.

Tema: Reliquidación Pensión – Aplicación de la ley 33 y 62 de 1985 a quienes gozan del régimen de transición de la ley 100 de 1993 – Factores Salariales que conforman la liquidación pensional.

SENTENCIA N° 139

Siguiendo la regla establecida en los artículos 179 y 182 de la ley 1437 de 2011, procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia, previa observancia de los presupuestos procesales para esto, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal.

1. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA

1.1.1. PARTES.

- Demandante: **Nuris del Socorro Contreras de Pérez**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 33.170.080, quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandado: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

¹ Folio 53.

1.1.2. PRETENSIONES.

Primera: Que se declare la nulidad de las resoluciones N° GNR 230702 del 10 de septiembre de 2013, GNR 318471 del 12 de septiembre de 2014, GNR 310121 del 9 de octubre de 2015 y el acto ficto o presunto, ocasionado por el silencio de la administración al no responder en los términos de ley los recursos de reposición y apelación contra la resoluciones N° 310121 del 9 de octubre de 2015, que negó reconocer una pensión de jubilación en los términos de la ley 33 de 1985.

Segunda: Que se declare que el ingreso base de liquidación que se debe tener en cuenta para liquidar la pensión, es el regulado por la ley 33 de 1985, constituido por la última asignación básica mensual e inclusión de todos los factores salariales más alto devengado en el último año de servicios.

Tercera: Que se reconozca y pague, las mesada pensionales ordinarias y adicionales a partir del día 28 de febrero de 2011, fecha en la cual acreditó las condiciones legales de edad y tiempo de servicio exigidas por la ley 33 de 1985.

Cuarta: Que se indexe el valor de las mesada, primas y demás emolumentos adeudados hasta la fecha en que se haga efectiva el pago de las mesadas pensionales.

Quinta: Que se pague los intereses moratorios, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

Sexta: Que se condene a la administradora colombiana de pensiones en costas de conformidad con el artículo 365 y 366 del CGP.

Séptimo: Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos establecido en el artículo 192 de CPACA.

1.1.3. HECHOS.

Se indica, que la señora NURYS DEL SOCORRO CONTRERAS DE PÉREZ, nació el día 27 de enero de 1949.

Se refiere, que la demandante prestó sus servicios personales en la Asamblea Departamental de Sucre, desde el 26 de febrero de 1989 hasta el 28 de febrero de 2011.

Señala que, la Asamblea Departamental de Sucre, a través de oficio del 01 de diciembre de 2000, le comunicó a la actora que el cargo que venía desempeñando había sido suprimido de la planta de personal de la entidad, decisión que fue confirmada por medio de Ordenanza N° 14 de 2000 a través de la cual se fija la nueva planta de personal de la entidad, por lo que ejerció su empleo hasta el 31 de diciembre de 2000.

Relata que, la demandante instauró acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra el Departamento de Sucre – Asamblea Departamental, con el fin de que se declarará nulo el acto administrativo mediante el cual se suprimió el cargo que desempeñaba y como consecuencia de ello se ordenara su reintegro al mismo.

Estipula que, con fecha 13 de octubre de 2010, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, ordenó la nulidad de la ordenanza N° 14 de diciembre de 2000 en lo relacionado con la supresión del cargo que desempeñaba la demandante en la Asamblea Departamental de Sucre y como consecuencia de ello dispuso su reintegro al mismo empleo u otro de superior categoría y remuneración en la planta de personal. Además se decretó que no existió solución de continuidad en la vinculación de la actora durante el tiempo que estuvo separada del servicio, para todos los efectos legales.

Expresa que, el Departamento de Sucre, dio cumplimiento al fallo relacionado a través de la resolución N° 1387 del 01 de abril de 2011 y de la resolución N° 4436 del 26 de septiembre de 2013.

Informa que, el día 19 de noviembre de 2013, el Tesorero General del Departamento de Sucre, certificó el pago realizado al Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, por concepto de aporte a pensión de la señora NURYS DEL SOCORRO CONTRERAS DE PÉREZ, por el período comprendido entre el mes de enero de 2001 hasta el mes de febrero de 2011.

Sostiene que, conforme a lo anterior, la demandante acredita afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral en Pensiones, equivalente a 1.088 semanas cotizadas.

Explica que, la accionante, presentó ante COLPENSIONES, solicitud de reconocimiento y pago de pensión de jubilación, petición que fue resuelta desfavorablemente a través de la resolución N° GNR 230702 del 10 de septiembre de 2013 y resolución N° GNR 318471 del 12 de septiembre de 2014.

Demarca que, posteriormente con fecha 16 de junio de 2015, la actora nuevamente presentó reclamación administrativa a COLPENSIONES, solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a que tiene derecho. Tal solicitud fue nuevamente negada por la entidad demandada a través de resolución N° GNR 310121 del 09 de octubre de 2015.

Describe que, la señora NURYS CONTRERAS DE PÉREZ, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la resolución N° GNR 310121 del 09 de octubre de 2015, expedida por COLPENSIONES, recursos que hasta la fecha no han sido resuelto por la entidad demandada, configurándose así un acto ficto o presunto de carácter negativo.

Declara que, la demandante es beneficiaria del régimen de transición que trae la ley 100 de 1993, en su artículo 36, ya que al entrar en vigencia este régimen pensional, contaba con 45 años de edad y más de 750 semanas cotizadas.

1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.

Con la actuación de la entidad demandada se infringieron los siguientes preceptos:

Legales y constitucionales: artículos 1 de la ley 33 de 1985, artículo 36 de la ley 100 de 1993 y artículo 53 de la Constitución Política de Colombia.

1.1.5. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Manifiesta que, según el Consejo de Estado, el derecho a pedir pensión de jubilación no prescribe, toda vez que, tratándose de un derecho vitalicio subsiste la acción correspondiente durante la vida del titular, lo que prescribe son las mesadas pensionales dentro del término establecido por la ley.

Indica que, si el derecho pensional no se extingue, no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo de los factores que se constituyen parte integrante del derecho y es aplicable el aforismo de, *que lo accesorio sigue la suerte de lo principal*. El

salario es el factor esencial para el reconocimiento de la pensión, luego su tasación es imprescriptible como lo es el derecho mismo a la pensión y por tanto cualquier factor salarial que se hubiese omitido al determinar la liquidación de la prestación, puede reclamarse en cualquier tiempo.

1.2. ACTUACION PROCESAL.

- El día El 20 de mayo de 2016 fue presentada la demanda en la oficina judicial.²
- La demanda fue admitida mediante auto de fecha 22 de julio de 2016.³
- La demanda fue notificada a las partes⁴
- La entidad Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, contestó la demanda el día 20 de octubre de 2016.⁵
- Según informe secretarial el día 6 de marzo de 2017 se dio traslado de las excepciones por el término de tres días⁶.
- Por medio de proveído del 24 de mayo de 2017, se fijó audiencia inicial para el día 1 de agosto de 2017⁷.
- El día 4 de agosto de 2017, la parte demandante presenta alegatos de conclusión, como también el día 16 de agosto la parte accionada y la procuraduría 103 judicial en término hacen lo mismo⁸.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Por su parte, la entidad demandada Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES”, contestó oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda.

Frente a los hechos de la demanda aceptó como ciertos el primero, décimo y décimo primero, los cuales hacen referencia a la edad de la demandante y al contenido de la resolución N° GNR 230702 del 10 de septiembre de 2013, de la resolución N° GNR 318471 del 12 de septiembre de 2014 y de la resolución N° GNR 310121 del 09 de octubre de 2015, por medio de las cuales se negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a la actora.

² Folio 141.

³ Folio 143.

⁴ Folio 149-154

⁵ Folios 161-166.

⁶ Folio 183

⁷ Folio 185

⁸ Folios 200-218

Con relación al hecho segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno, estableció que debe probarse. Negó el hecho décimo segundo. Sobre el hecho décimo tercero y décimo cuarto, determinó que no eran situaciones fácticas.

Como fundamento de su defensa advierte que, de conformidad con la ley 33 de 1985, para obtener el derecho de pensión de jubilación el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones: Haber cumplido la edad mínima requerida y por lo menos 20 años de aporte sufragados al sector público.

Argumenta que, como quiera que la demandante tan solo acreditó un total de 4.448 días laborados, equivalente a 635 semanas, resulta claro que no es beneficiaria de la pensión de jubilación en los términos de la ley 33 de 1985.

Asegura que, si se estudia la prestación solicitada al tenor del artículo 36 de la ley 100 de 1993, el cual consagra el régimen de transición para aquellas personas que al momento de entrar en vigencia dicha norma tengan 35 años de edad si son mujeres o 40 años de edad si son hombres o 15 años de servicios, se tiene que la asegurada al 01 de abril de 1994, no acreditaba 15 años de servicios pero si contaba con la edad, por lo que se estudiaría la prestación solicitada bajo el régimen del acto legislativo 01 de 2005, por lo que bajo tal postulado, fuerza concluir que, como quiera que la asegurada no acreditó 750 semanas cotizadas al 25 de julio de 2005, no podía conservar el régimen de transición.

Manifiesta que, se evidencia que la actora, tampoco cumple los requisitos para obtener pensión de jubilación frente a los presupuestos de la ley 797 de 2003, toda vez que, no cotizó un mínimo de 1300 semanas al sistema.

Por último asevera que, la entidad COLPENSIONES – Gerencia de Reconocimientos, mediante resolución GNR 318471 del 12 de septiembre de 2014, solicitó a la Gerencia de Operaciones, la corrección en la historia laboral de la demandante por los tiempos cotizados entre enero de 2001 a febrero de 2011, informando esta que “los ciclos fueron cancelados por el Departamento de Sucre de forma extemporánea, para lo cual la asegurada no tiene relación laboral con dicho empleador, ni mucho menos existió afiliación a COLPENSIONES”.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.4.1. LA PARTE DEMANDANTE:

La parte demandante inicia su intervención manifestando que se ratifica en todos los hechos y pretensiones presentadas en la demanda

Alega que, está demostrado que para el 1 de abril de 1994, la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, logró acreditar 45 años de edad y más de 750 semanas cotizada al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005.

Dice que, al ser beneficiaria del régimen de transición, se le debe reconocer su derecho a la pensión con fundamento en la ley 33 de 1985, es decir teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Manifiesta que, el Consejo de Estado establece que a la porta de la extinción del régimen de transición, como lo determinó el acto legislativo 01 de 2005, la aplicación de los criterios fijados por la Corte Constitucional a través de las sentencia C-258 DE 2013 y su 230 de 2015, resultaría vulnerable del derecho de la igualdad de aquellas personas que aun habiendo alcanzado el status de pensionado en el régimen de transición antes del 31 de diciembre de 2014, verían disminuida su mesada pensional en la medida en que el ingreso base de liquidación de la misma sería determinado en forma diferente a como lo ha sido para los restantes pensionados, a quienes no se ha aplicado el artículo 36 de la ley 100 de 1993, como ahora lo determina la Corte Constitucional en las citadas sentencias, sino con los parámetros definidos por la sección segunda del Consejo de Estado.

1.4.2. LA PARTE DEMADADA: Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.

Por su parte la apoderada de la entidad demandada, argumenta que debe despacharse desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

Fundamenta su alegatos en que la demandante al 1 de abril de 1994, no acreditaba los 15 años de servicio, a pesar de contar con la edad, por lo que su pensión debería reconocerse bajo los parámetro del acto legislativo 01 de 2005.

Alega que, la demandante al entrar en vigencia el acto legislativo 01 de 25 de julio de 2005, no acreditaba las 750 semana, pues solo acreditaba 635 semana.

Por último expresa que, no tiene derecho a la pensión de acuerdo a la ley 797 de 2003, toda vez que no cotizó las 1300 semanas.

1.4.3. MINISTERIO PÚBLICO.

La procuraduría 103 judicial I administrativo, es del criterio de que se debe despachar favorablemente las pretensiones de la demanda, puesto que la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, basa su decisión de negar el reconocimiento y pago de la pensión, en el hecho de que no se acredita las 750 semanas para acceder a dicha prestación, toda vez que solo cuenta con 547 semanas; además que el tiempo comprendido entre enero de 2001 a febrero de 2011, al haber sido cancelado en forma extemporánea no se tendrían en cuenta para efecto de semanas cotizadas, pues la demandante no tenía una relación laboral con el empleador.

Manifiesta que, con respecto al período enero de 2001 a febrero de 2011, se debe tener en cuenta para el reconocimiento de la pensión, puesto que mediante sentencia se ordenó el reintegro y el pago de todas las prestaciones sociales, por tanto debe entenderse que nunca estuvo desvinculada de su cargo, en consecuencia este tiempo debe ser reconocido como si hubiese laborado en ese tiempo y no negárselo por haber sido cancelado por la entidad demandada en forma extemporánea.

Expresa que la señora NURYS DEL SOCORRO CONTRERAS, nació el 27 de enero de 1949 y para la entrada en vigencia la ley 100 de 1994, contaba con 45 años de edad, además que para el año 2011 la demandante contaba con mas de 20 años de servicio y 62 años de edad, lo que indica que es beneficiaria a una pensión de jubilación basada en la ley 33 de 1985.

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 de las resoluciones N° GNR 230702 del 10 de septiembre de 2013, GNR 318471 del 12 de septiembre de 2014, GNR 310121 del 9 de octubre de 2015 y el acto ficto o presunto, ocasionado por el silencio de la administración al no responder en los términos de ley los recursos de reposición y apelación contra la resoluciones N° 310121 del 9 de octubre de 2015, que negó reconocer una pensión de jubilación en los términos de la ley 33 de 1985.

2.3 PROBLEMA JURÍDICO:

De acuerdo a la fijación del litigio planteado en la audiencia inicial, se centra el problema jurídico en determinar si ¿tiene derecho la señora NURYS DEL SOCORRO CONTRERAS DE PÉREZ, a que COLPENSIONES, le reconozca y pague su pensión de jubilación incluyendo en el ingreso base de liquidación, todos los factores salariales devengados durante su último año de servicio, de conformidad con lo establecido en la ley 33 de 1985, por ser beneficiaria del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993?.

Por lo cual se hace necesario abordar los siguientes temas: i) La vigencia del sistema general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 y la aplicabilidad del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la misma norma, ii) Factores salariales establecidos legalmente y que conforman la base de liquidación pensional de los empleados del sector público beneficiarios del régimen de transición y iii) El caso concreto.

2.4. LA VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES CONSAGRADO EN LA LEY 100 DE 1993 Y LA APLICABILIDAD DE LAS LEYES 33 Y 62 DE 1985 A QUIENES GOZAN DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN:

Como bien lo ha afirmado el Honorable Tribunal de la Jurisdicción Administrativa de Sucre, en múltiples fallos, el sistema general de seguridad social, incluyendo el sistema general de pensiones, empieza a consolidarse en Colombia con la expedición y vigencia de la Ley 100 de 1993 "*Por la cual se crea el sistema de seguridad social*

integral y se dictan otras disposiciones". En la mencionada normativa, y para el estudio de su aplicabilidad a fin de respetar, por una parte, los derechos adquiridos y, por otra, las expectativas legítimas de las personas que habían consolidado su derecho antes de la entrada en vigencia o hubieran empezado su régimen de pensión con anterioridad a su aplicabilidad, es necesario integrar los artículos 36 y 151 de la ley en comento.

Es así que el artículo 36 de la ley 100 de 1993, trae consigo los presupuestos para la aplicación del régimen de transición al indicar.

“ARTICULO. 36. 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 registrarán por las disposiciones contenidas en la presente ley.” (Negrillas fuera de texto).

...

Por su parte el artículo 151 de la misma normatividad ilustra sobre la vigencia del sistema general de pensiones para los servidores públicos del nivel territorial, hasta tanto lo determine la autoridad gubernamental, lo que deberá ocurrir a más tardar el 30 de junio de 1995.

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 normatividad⁹ en aras de hacer efectivo el respeto a las expectativas legítimas.

⁹ Para el sector público el Sistema General de Pensiones entro en vigencia el 30 de junio de 1995

Para el caso de los empleados del sector público¹⁰, 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”¹¹

En igual sentido la Corte Constitucional en Sentencia 596 de 1997, precisó:

“...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

¹⁰ Con algunas excepciones, como lo sería el caso de los miembros de la Rama Judicial.

¹¹ 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.

que regulaban el régimen pensional al cual se encontraban afiliados en el momento de entrar a regir dicha ley." (Subrayado fuera del texto).

De las anteriores citas jurisprudenciales, se puede extraer, 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.**

Manifiesta la ley 33 de 1985 en su artículo 1, prevé:

“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 años (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.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

(...). (Negrillas de la Sala).

En igual sentido la mencionada normativa, contempla los parámetros fijados para liquidar la pensión de jubilación, y los factores a incluir, para tal efecto dispone el artículo 3º modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985:

“ARTÍCULO 1o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, 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.(Negrillas pertenecientes a la Sala).

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.”.

El Honorable Consejo de Estado¹², 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 2002¹³ 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 los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante diez años anteriores

¹² 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)

¹³ 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.

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.

Por lo dicho, es claro, dado que la normativa aplicable es la Ley 33 de 1985, es a esta a la que hay que acudir para efectos de determinar el salario base de liquidación, habida cuenta que es la norma jurídica vigente a la fecha de consolidación del derecho a la pensión del actor; por lo tanto, la aplicable en el sub judice.

2.5. 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; aún 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. Victor 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”¹⁴

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

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección II, sentencia del 8 de marzo de 2012, expediente número: 15001-23-31-000-2008-00188-01(1505-11)

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 incluirlo efectuando el descuento o compensación a que haya lugar.

Teniendo en cuenta el análisis normativo y jurisprudencial realizado, pasa el Despacho a estudiar:

3 . CASO CONCRETO:

En el presente caso se tiene que, la señora NURY CONTRERAS DE PÉREZ, estuvo vinculada, con la Asamblea Departamental de Sucre, desempeñando el cargo de Auxiliar de Servicio Generales durante el período comprendido del 26 de febrero de 1989 a 31 de diciembre de 2000.

Que, según los hechos narrados en la demanda la señora CONTRERAS DE PÉREZ, fue desvinculada del servicio, por supresión de la planta persona a través de la ordenanza N° 14 de diciembre del 2000.

Que a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho la demandante ejerció su derecho de defensa en contra el acto administrativo que suprimió el cargo.

Dicho medio de control fue conocido por este juzgado y a través de la sentencia de 13 de octubre de 2010, se ordenó la nulidad del acto antes mencionado y se condenó a reintegrar y pagar a la demandante los sueldos, prima, vacaciones, cesantías y demás emolumentos causados durante el tiempo que estuvo desvinculada de su cargo, sin solución de continuidad

El Departamento de Sucre, a través de la resolución 4436 de 2016, da cumplimiento a la sentencia proferida por este Despacho, pero ante la imposibilidad jurídica y física de reintegrar a la demandante, reconoce un indemnización para reparar lo perjuicios del no reintegro.

Ahora bien, se observa que la demandante posterior a la resolución anterior, solicitó en varias oportunidades el reconocimiento y pago de su pensión por considerar que cumplía con los requisitos establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, siendo

negadas todas sus solicitudes por considerar que a pesar de que para la entrada en vigencia la ley 100 de 1993, tenía 45 años, reunía este requisito de la edad, no reunía el requisito establecido en el acto legislativo 01 de 2005, que era tener 750 semanas al 25 de julio de 2005, además que, no se le tenía en cuenta el tiempo cotizado de enero de 2001 a febrero de 2011, por considerar que fueron cancelado por el Departamento de Sucre de forma extemporánea, por lo que en ese período la demandante no tenía una relación laboral con la entidad demandada.

Teniendo en cuenta, todo lo anterior, la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, transgrede las directrices establecida en la norma, al no reconocer la pensión a la señora NURY CONTRERAS DE PÉREZ, bajo los parámetros establecidos en el régimen de transición, pues no puede negarse la pensión con la excusa de que si cumplía con la edad para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, pero no cumplía las semanas cotizadas indicada en el acto legislativo 01 de 2005, ya que, con cumplir uno de los requisitos, se es beneficiario del régimen de transición

Ahora, si en gracia de discusión, la demandante tendría que cumplir las 750 semanas para el año 2005, se observa que si los cumple, pues según las resoluciones GNR 230702 10 de septiembre de 2012 y GNR 318471 del 12 de septiembre de 2014, para el año 2000 la accionante tenía 547 semanas; para el año de 2005 tendría más de las 750 semana exigidas, toda vez que, se tenía que tenerse en cuenta, el tiempo en que estuvo desvinculada del servicio; esto es 2001 a 2011, pues la sentencia de 13 de octubre de 2010, fue clara en establecer que no existió solución de continuidad, es decir, como si nunca hubiese estado desvinculada del servicio; por tanto, dicho tiempo tenía que ser contado, además de que fue cancelado los aportes a la pensión generado en ese tiempo por la Gobernación de Sucre a través de la Tesorería General del Departamento de Sucre, tal como se puede apreciar en el certificado a folio 98.

En consecuencia la señora NURY CONTRERAS DE PÉREZ, además de que es beneficiaria del régimen de transición, cumple también, con el tiempo de servicio para acceder a la pensión, ya que según certificado de información laboral adjunto a folio 54, la demandante tenía cotizada hasta el año 2000, más de 10 años de servicio y con el tiempo que se le reconoció; esto es 2001 a 2011, otros 10 años, sumando una totalidad de más de 20 años de servicio, cumpliendo así los requisitos de edad y tiempo de servicio para que se le reconozca una pensión de vejez de conformidad con lo establecido en ley 33 de 1985.

En cuanto a la liquidación de la pensión de la beneficiaria, la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, al momento de la liquidación de la pensión, debe incluir todos los factores salariales que percibe un trabajador de una categoría similar de la que ocupaba la demandante al último año en fue pagado su aporte para la pensión, con la advertencia de que se deben excluir aquellos que no constituyan salarios, pues existen pagos que a pesar de ser reconocidos en forma habitual, no son de naturaleza salarial, por no corresponder a la retribución directa del servicio, lo que significa que, no todo aquello que percibe el trabajador en forma habitual constituye salario.

De acuerdo a ello, no se debe tener en cuenta, para liquidar la pensión, LA BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADO¹⁵, toda vez que para el último año de aporte de la pensión, los empleados territoriales como lo fue la señora NURY CONTRERAS DE PÉREZ, no tenían derecho a dicha prestación.

Igualmente, no se debe reconor LA PRIMA DE SERVICIO, que en su momento fueron canceladas a los empleados de orden departamental, ya que esta fue creada por la Asamblea Departamental de Sucre, bajo la ordenanza N° 08 de 1985 y la ordenanza N° 08 de 1999, siendo las misma declaradas nulas por el Tribunal Contencioso administrativo de Sucre, mediante sentencia de 22 de mayo de 2008, dado que esa Duma, no tenía competencia para ordenar ese pago. Esta prima de servicio, está siendo cancelada a los empleados del orden territorial desde el año 2015, por disposición del Decreto 2351 de 2014.

En relación con la BONIFICACIÓN ESPECIAL POR RECREACIÓN, tampoco se debe reconocer por cuanto esta es una prestación social que no tiene condición de factor salarial, a diferencia de la prima de vacaciones y de navidad que si tienen estas características, tal como lo dispuso la sentencia del 04 de septiembre de 2014 del Consejo de Estado, la cual señala:

“Como se expuso anteriormente, la Sala Plena de la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, señaló que en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades, progresividad y favorabilidad en materia laboral, debía incluirse en la base de liquidación de la pensión, la totalidad de lo devengado por el empleado por concepto de salario. No es posible incluir

¹⁵ Esto en virtud del Decreto 1919 de 2002, pero con la sentencia C-402 de 2013, que declaró la exequibilidad del Decreto 1042 de 1978, esta remuneración solo era para los empleados del orden nacional y no del orden territorial, los cuales tienen derecho a partir del Decreto 2418 de 2015, fecha para la cual la actora ya estaba retirada del servicio.

la “Bonificación por Recreación” en la base de liquidación, toda vez que el artículo 15 del Decreto 40 de 1998, expedido en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, estableció que la misma “no constituirá factor de salario para ningún efecto legal”, además, dada su naturaleza prestacional, pues dicha bonificación está dirigida a contribuir en el adecuado desarrollo de la vida del empleado, como lo es el ámbito de la Recreación, por lo tanto, no tiene carácter salarial”¹⁶.

Por último, tampoco debe reconocerse, LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD, pues, si bien fue percibida esta prestación de buena fe, la fuente normativa que dio origen dicha prestación; esto es, el Decreto 208 de 1981, fue declarado nulo mediante sentencia de 25 de septiembre de 2013, proferida por Tribunal administrativo de Sucre, en el proceso de Simple Nulidad radicado 70-001-23-31000-2012-00150-00, de suerte que estando excluido del ordenamiento jurídico, no es factible considerar este emolumento para el cómputo de la cuantía pensional.

4. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Con fundamento en lo expuesto, se declarará la nulidad de las resoluciones N° GNR 230702 del 10 de septiembre de 2013, GNR 318471 del 12 de septiembre de 2014, GNR 310121 del 9 de octubre de 2015, GNR 44829 del 11 de febrero de 2016, VPB 19758 del 29 de abril de 2016, y se ordenará a la entidad demandada, reconozca una pensión de jubilación de la demandante, teniendo en cuenta todos los factores salariales que percibía un trabajador de un cargo con categoría similar para el último año en que se pagó sus aporte a pensión, con la advertencia indicada en la parte motiva de la sentencia.

El monto de la pensión, se establece en un porcentaje del 75% del promedio total de todos los factores.

4.1 CONCLUSIÓN:

El problema jurídico indicado inicialmente será positivo por cuanto la señora NURY CONTRERAS DE PÉREZ, tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de jubilación, de conformidad con lo estipulado en la ley 33 de 1985.

¹⁶ Sentencia del 04 de septiembre de 2014 del Consejo de Estado, Radicado N°. 25000-23-25-000-2006-0845501(1420-11), MP. Gerardo Arenas Monsalve.

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 de los artículos 365 y 366 del C.G.P., y conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso, en un porcentaje del 5%.

6. DECISIÓN.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRESE no probada las excepciones de falta de causa para demandar e inexistencia de la obligaciones reclamadas, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLÁRESE, no se ha configurada, La excepción de **PRESCRIPCIÓN**, toda vez que no se han causadas mesadas pensionales, sino que apenas se está reconociendo un derecho a pensión.

SEGUNDO: DECLÁRESE la nulidad, de las resoluciones N° GNR 230702 del 10 de septiembre de 2013, GNR 318471 del 12 de septiembre de 2014, GNR 310121 del 9 de octubre de 2015, GNR 44829 del 11 de febrero de 2016, VPB 19758 del 29 de abril de 2016, que negaron el reconocimiento de la pensión de la señora NURY CONTRERAS DE PÉREZ.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho y como consecuencia de lo anterior, se ordena a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, reconozca y pague una pensión de jubilación a la señora NURY CONTRERAS DE PÉREZ, identificada con C.C. N° 33.170.080, con base a lo establecido en la Ley 33 de 1985, es decir con el 75% del salario devengado por un

trabajador de un cargo con categoría similar para el último año en que se le pagó su aporte a pensión.

CUARTO: ORDÉNESE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, incluir en nómina de pensionados a la señora NURY CONTRERAS DE PÉREZ.

QUINTO: CONDÉNESE en costas al demandado ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a favor del demandante. En firme la presente providencia, por secretaría, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, en un porcentaje del 5%.

SEXTO: Ejecutoriado este fallo, **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso, **CANCÉLESE** su radicación, **ARCHÍVESE** el expediente, previa anotación en el Sistema del Juzgado

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS
JUEZ