



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00173

Cartagena de Indias D.T y C, once (11) de Agosto de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-008-2016-00173-00
Demandante	MARCOS RAFAEL DÍAZ DÍAZ
Demandado	MUNICIPIO DE ARJONA
Tema	SOLICITUD PENSIÓN
Sentencia no	0133

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por el señor MARCOS RAFAEL DÍAZ DÍAZ, a través de apoderado judicial, contra el MUNICIPIO DE ARJONA.

2. ANTECEDENTES

- HECHOS

1. El señor Marcos Rafael Díaz Díaz, labora con la entidad demandada desde el año 1992, contabilizando un tiempo de servicio continuo de más de veinte años.
2. El actor nació el 22 de noviembre de 1939 por lo cual le es aplicable el régimen de transición de Ley 100 del 1993.
3. En virtud de lo anterior, se solicitó al Municipio de Arjona- Bolívar, el reconocimiento y pago de la pensión, por ser este último municipio la entidad a la cual presto su servicio durante el último año.
4. La entidad precitada nunca dio respuesta a la petición anterior, configurándose el silencio negativo.

- PRETENSIONES

- 1- Que se declare que se configuró el silencio administrativo negativo, frente a la petición elevada por el demandante ante la Alcaldía del Municipio de Arjona – Bolívar el día 24 de septiembre de 2014, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a partir del día 27 de enero de 2012.
- 2- Que se declare la nulidad del acto ficto o presunto que se configuró por el silencio administrativo negativo, en que incurrió la Alcaldía del Municipio de Arjona – Bolívar, al no haberle dado respuesta a la petición elevada por el demandante el día 24 de septiembre de 2014.
- 3- Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Alcaldía del Municipio de Arjona – Bolívar, a reconocer y pagar a favor del demandante, su pensión de jubilación por valor de TREINTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL OCHETA Y DOS (\$ 36.364.082), luego de sumar los salarios adeudados desde el año 2012 hasta el mes de agosto de 2016, cuando se presentó la demanda.

- 4- Que se condene a la entidad demandada, a cancelar al demandante lo adeudado por concepto





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00173

de pensión de vejez, teniendo en cuenta la depreciación del dinero, la corrección de la moneda, la pérdida adquisitiva del derecho, liquidar los correspondientes intereses de la pensión de vejez, debidamente indexados y actualizados, desde que se adquirió el derecho hasta que se produzca el pago efectivo de la misma.

5- Que se ordene a la entidad demandada, darle cumplimiento a la sentencia dentro del término establecido en el CPACA.

- FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES

Considera el apoderado judicial de la accionante que con la expedición del acto acusado las accionadas ha trasgredido las siguientes normas:

- Artículos 2, 4, 6, 25, 29, 123 y 125 de la Constitución Política
- Artículos 46, 47 y 48 de la Ley 100 de 1993
- Artículos 13 y ss de la Ley 797 de 2003
- Artículos 138, 155, 156, 157 y 162 CPACA.

En cuanto al fundamento el apoderado de la accionante, manifiesta:

El artículo 1 de la ley 33 de 1985 establece que el empleado oficial que haya servido por veinte años continuos o discontinuos y llegue a la edad de los 55 años tendrá derecho a que se le pague pensión de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios; exigencias que cumple el accionante, por lo que el Municipio de Arjona debe realizar el respectivo reconocimiento pensional, esta normativa es la aplicable al caso concreto por que el señor DÍAZ DÍAZ cumple con las exigencias del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

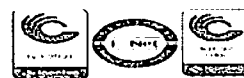
- CONTESTACIÓN

MUNICIPIO DE ARJONA: Pese a lo descrito en los párrafos de la demanda, basta cotejar los hechos de la misma con la norma para concluir que las pretensiones de la demanda deben ser desestimadas, pues tal y como se describe en la contestación, el señor MARCOS DÍAZ DÍAZ no tiene derecho al reconocimiento de su pensión de acuerdo al régimen de transición contemplado en la ley 100 de 1993, debido a que omite la parte demandante las exigencias constitucionales y legales para ello, principalmente las contenidas en el Acto legislativo No. 001 de 2005, como lo es edad y/o tiempo de servicio, y luego del 31 de julio de 2010 la exigencia de acreditar al 25 de julio de 2001 un mínimo de 750 semanas cotizadas, sin que se cumpliera con esta última, pues a dicha fecha solo se habían cotizado 679.66 semanas.

Fundamentando en lo anterior la excepción de “FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR”

- TRÁMITES PROCESALES

La demanda fue presentada el 18 de agosto del 2015, admitida mediante auto del 30 del mismo mes y año, notificada mediante estado de fecha 141 de 2016.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00173

Por auto del 20 de enero del 2017, se cita a las partes a audiencia inicial para el 14 de marzo del 2017, llegado el día y la hora se instala la audiencia y se decretan pruebas. (fl. 121).

La audiencia de pruebas se celebró el 25 de mayo del 2017; se cierra el debate probatorio y se corrió traslado a las partes para alegar dentro de los 10 días siguientes. (fl. 131)

- ALEGACIONES

DEMANDANTE: Ratifica los supuestos de hecho y de derecho sobre los que se soporta la demanda, manifestando que el accionante se le aplica el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, y cumple con las exigencias del artículo 1 de la ley 33 de 1985, por lo que tiene derecho a que el municipio demandado le reconozca su pensión de jubilación.

MUNICIPIO DE ARJONA: Reitera la excepción propuesta de "Falta de causa para demandar" concluyendo que al accionante no lo cobija la transición, y para poder reconocer pensión de vejez debe cumplir con los requisitos de ley 110, como lo son 1300 semanas de cotización y 62 años de edad, sin que al momento de presentar la demanda cumpliera con los mismos.

- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

El trámite procesal se adelantó con observancia de los preceptos de orden constitucional y legal sin que, en la hora actual, se advierta causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado.

4. CONSIDERACIONES

- PROBLEMA JURÍDICO

¿Determinar si el municipio de ARJONA debe reconocer y pagar a favor del señor MARCOS RAFAEL DIAZ DIAZ, la pensión de jubilación, al omitir realizar los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones?

- TESIS DEL DESPACHO

Vemos que el acto legislativo 001 de 2005 determina el límite de aplicación del régimen de transición, siendo el extremo final el año 2014, siempre y cuando el empleado contara con un mínimo de 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicio a su entrada en vigencia, la cual fue el 25 de julio de 2005¹, pero en el caso bajo estudio el señor Díaz Díaz solo contaba con 623 semanas, por lo que se concluye que no es beneficiario del régimen de transición, debiendo entonces cumplir con las exigencias del régimen de prima media con prestación definida, estatuido en la ley 100 de 1993, que exige 62 años y 1300 semanas, verificándose que al momento de presentar la demanda el accionante cuenta con 1155 semanas cotizadas, esto es, no cumple los requisitos de ley para el reconocimiento del derecho pensional, por lo que se negarán las pretensiones de la demanda, y se declarará probada la excepción de "FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR" propuesta por la parte demandada.

¹ Sentencia C-187 de 2005 de la Corte Constitucional





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00173

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

En Colombia existe un Sistema de Seguridad Social Integral en desarrollo de la Constitución Política; y para tal efecto se expidió la Ley 100 de 1993 que creó el Sistema de Seguridad Social Integral; el sistema está conformado por Subsistemas, entre ellos el de pensiones y el de salud, y tiene como objetivos garantizar las prestaciones económicas y de salud de los afiliados y procurar la ampliación de la cobertura hasta lograr que toda la población acceda al sistema, por ello es progresivo y se rige por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, lo que garantiza que todas las personas tengan acceso al reconocimiento y pago de una pensión de vejez y especialmente aquellas que han trabajado y cotizado para ello.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece el régimen de transición de la siguiente manera:

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

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

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.”

De la norma transcrita, se concluye que el legislador estableció una excepción a la aplicación universal del nuevo sistema en pensiones para quienes al 1º de abril de 1994, hubieren cumplido 35 años si son mujeres o 40 años si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados, indicando que a ellos se les aplicaría lo establecido en el régimen anterior a la Ley 100 de 1993, en cuanto al tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión.

Por su parte el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 consagraba lo siguiente:

“Artículo 1º. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos o llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años 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 aquéllos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.”

Así, la Ley 33 de 1985, aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes, establece que para acceder a la pensión ordinaria de jubilación el empleado oficial debe haber servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegar a la edad de cincuenta y cinco años (55), caso en el cual la respectiva Caja de Previsión le pagará una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00173

setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Respecto de los factores que deben ser tenidos en cuenta para el cálculo del monto de la pensión de jubilación, la norma referida fue modificada por la Ley 62 de 1985, en cuyo artículo 1º dispuso:

"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 su 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
- trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

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."

No obstante, los factores salariales aquí señalados, el H. Consejo - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda-, en providencia de 4 de agosto de 2010, Consejero Ponente Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, Exp. No. 250002325000200607509 01 (0112-2009), reiterado en la Sentencia del 26 de Febrero de 2016 ya citada, estableció que dichos factores no son taxativos; al efecto señaló:

"(...) de acuerdo con el anterior marco interpretativo y 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. (...)

"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, sólo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que sólo 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 enfrentado.

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



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00173

Así entonces, conforme a los principios de progresividad, favorabilidad en materia laboral y, primacía de la realidad sobre las formalidades, la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, es que la misma no contiene una lista taxativa de los factores a tener en cuenta en la base de la liquidación pensional, razón por la cual, debe entenderse como salario para efectos de la liquidación pensional todo aquello que reciba el empleado como contraprestación directa del servicio, indistintamente de la denominación que adopte.

En lo que tiene que ver con el período a tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional previsto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el Despacho considera que esta disposición no puede aplicarse, habida cuenta que tratándose de una persona beneficiaria del régimen de transición, lo procedente es aplicar el régimen anterior en su integridad, esto es, la Ley 33 de 1985, en virtud del principio de inescindibilidad, que no permite que el operador jurídico utilice simultáneamente dos disposiciones tomando de cada una ellas aquello que resulte más favorable. Sin embargo, excepcionalmente, en casos que por favorabilidad resulta más beneficioso aplicar el promedio de los últimos 10 años, se podrá hacer, siempre y cuando el actor pruebe que dicha liquidación, le es más beneficiosa.

Ahora bien, esta Casa Judicial no desconoce el pronunciamiento de la H. Corte Constitucional, contenido en la Sentencia SU 230 de 2015, sin embargo, tampoco puede desconocer lo contemplado en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, que dispone: *"Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos tácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas."*. Este artículo fue estudiado por la Corte Constitucional en Sentencia C-634 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, en la que se dijo:

"El artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 regula el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Así, determina que las autoridades, al resolver los asuntos de su competencia, aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos tácticos y jurídicos. Hasta aquí, el precepto no hace nada distinto que reiterar los principios constitucionales de legalidad e igualdad ante la ley, que implican la obligación de fundar las actuaciones del Estado en las fuentes de derecho preexistentes y bajo el mandato de prodigar idéntico tratamiento ante supuestos jurídicos y tácticos análogos.

El precepto contiene una segunda prescripción, la cual prevé que para cumplir con las obligaciones constitucionales aludidas, las autoridades deberán "tener en cuenta" las sentencias de unificación jurisprudencial que adopte el Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas. Este precepto reconoce una fuente de derecho particular, que debe hacer parte del análisis para la adopción de decisiones. A esa fuente el legislador le reconoce carácter vinculante más no obligatorio, pues la disposición alude a que el precedente debe ser consultado, más no aplicado coactivamente.

Dicho artículo fue declarado exequible, bajo la precisión de que no puede desconocerse en forma privilegiada las sentencias de la Corte Constitucional en control abstracto de constitucionalidad, esto es las sentencias C, habida cuenta de que hay mandato constitucional que así lo impone, artículo 243 de la Carta Política. Bajo estos razonamientos, entiende el Despacho, que ante esta circunstancia, bien se puede seguir aplicando el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, que se ha venido aplicando sistemáticamente en esta jurisdicción, habida cuenta que no estamos ante una sentencia de constitucionalidad, sino una sentencia de tutela, que así sea de unificación, en virtud de la Ley 270 de 1996, no tiene el mismo carácter que las sentencia de constitucionalidad.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00173

Al respecto el Honorable Consejo de Estado reiteró la importancia de las Sentencias de Unificación como precedente jurisprudencial, señaló además, que se deben tener en cuenta los pronunciamientos de la unificación emitidos por dicha Corporación, pues, se trata del órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, a cargo del cual se encuentran las sentencias de unificación y sus efectos en el interior de la propia jurisdicción. Así mismo, dichos precedentes jurisprudenciales generan un imperativo para las autoridades judiciales y administrativas, que están obligadas a tenerlas en cuenta para decidir casos similares, para extender sus efectos a los ciudadanos que lo soliciten y se encuentren en los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

“...Se ha señalado hasta el momento (i) que la función de unificación de la jurisprudencia en cabeza del Consejo de Estado deriva de su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y que, en tal sentido, es anterior a la ley 1437 de 2011; y (ii) que la Administración tiene el deber general de tener en cuenta las sentencias de los órganos de cierre en que se han interpretado las normas aplicables al asunto que debe resolver en sede administrativa, lo cual reduce la litigiosidad, promueve la seguridad jurídica y asegura el principio de legalidad y la igualdad de trato a los ciudadanos.

En este contexto, la ley 1437 de 2011 reformó el valor de las sentencias de unificación a través de varios mecanismos de activación judicial y administrativa de sus efectos, así: 1. Deben ser tenidas en cuenta por la Administración al resolver las actuaciones administrativas, con el fin de garantizar la aplicación uniforme de las normas constitucionales y legales aplicables al caso (artículo 10);... 3. Su desconocimiento por los Tribunales Administrativos en sentencias de segunda instancia es causal del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia (art. 256 y ss) ... 5. La necesidad de expedir una sentencia de unificación jurisprudencial permite que la Sala Plena del Consejo de Estado asuma competencia de asuntos pendiente de fallo en las Secciones que la componen y a estas últimas que lo hagan en relación con los asuntos pendientes de fallo en sus subsecciones o en los tribunales administrativos (artículo 271). 6. Deben ser tenidas en cuenta por las autoridades administrativas para las conciliaciones y así lo debe advertir a ellas el Ministerio Público (artículo 302, parágrafo)².

De acuerdo a los argumentos expuestos anteriormente, se continuará aplicando en su integridad la Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010 emitida por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) y la Sentencia de la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, donde figura como Consejero ponente: DR. GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Expediente: 25000234200020130154101. Referencia: 4683-2013, pues, representa un importante precedente jurisprudencial de ésta jurisdicción, por tanto, dicho pronunciamiento tiene el carácter vinculante para los operadores judiciales de esta jurisdicción, dentro del cual se encuentra esta Casa judicial. En la cual señaló:

De acuerdo con el anterior marco interpretativo y 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.

² Consejo de Estado de Consulta y Servicio Civil. C.P. William Zambrano Cetina del 10 de diciembre de 2013. No. 11001-03-06-000-2013-00502-00 (2177).



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00173

(...)

Igualmente, la tesis expuesta en este proveído privilegia el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, cuya observancia es imperativa en tratándose de beneficios laborales, pues el catálogo axiológico de la Constitución Política impide aplicar la normatividad vigente sin tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral, toda vez que ello conduciría a desconocer aspectos relevantes que determinan la manera como deben reconocerse los derechos prestacionales.

De ahí que, interpretar 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.

(...)

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 cambiado 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.

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de



147

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00173

vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional."

Por último, es necesario recordar que el principio de sostenibilidad financiera, incorporado a la Constitución Política a través del Acto Legislativo No. 01 de 2005, exige del legislador que cualquier regulación futura que se haga del régimen pensional debe preservar el equilibrio financiero del sistema general de pensiones, el cual en casos como estos conllevaría la cancelación de los aportes no realizados, los cuales no solo corresponden al último año de servicio sino a toda su vida laboral porque el riesgo que ampara la pensión se construyó a lo largo de todo el tiempo de servicio prestado.

También se debe tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente lo señalado en la Sentencia SU-230 de 2015; y la expedida por el Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo en sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado³ del 25 de febrero de 2016, que con respecto a aplicación del precedente de la sentencia de la Corte Constitucional manifestó que no era aplicable en la jurisdicción contenciosa administrativa en los siguientes términos:

"Quiere en esta oportunidad el Consejo de Estado señalar que, de conformidad con lo expuesto y como se expresó con anterioridad en esta providencia, el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%). La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4° de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013, pues conforme a la parte resolutive de la referida sentencia de control constitucional, "las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL), aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso".

Quiere insistir el Consejo de Estado en las razones que sustentan su postura tradicional con respecto al ingreso base de las pensiones del régimen de transición, y que ahora reitera:

1) La complejidad de los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición, hace altamente razonable la interpretación que tradicionalmente ha tenido esta Corporación respecto de la expresión "monto" contenida como criterio general en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

2) Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencia de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica. La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones

3 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: DR. GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Expediente: 25000234200020130154101. Referencia: 4683-2013





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00173

pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional. El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como lo son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico, que en todo caso ya se asumió para la generalidad de los pensionados, quedando muy pocos pendientes de esa decisión. Debe recordarse que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, además de introducir el concepto de sostenibilidad financiera al sistema pensional, dispuso que el Estado “asumirá la deuda pensional que esté a su cargo”.

3) Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas.

4) La Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa, en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le sería aplicable, dado que como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a defender su posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos aquí expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema.

5) Los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que la misma Corte Constitucional ha estimado incorporados a la Constitución Política colombiana en virtud del llamado “bloque de constitucionalidad”, no se predicán exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales. Si la interpretación tradicional del Consejo de Estado sobre el concepto de “monto” en las pensiones del régimen de transición del sector público se ha aplicado a la generalidad de los pensionados de dicho sector, tanto en sede administrativa como en las decisiones judiciales, y esa interpretación ha sido compartida por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y de tutela, no parece acorde con los referidos principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que se pretende introducir con la sentencia SU-230 de 2015.

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

Paralelamente debemos recordar que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución, dispuso nuevas reglas de rango constitucional en torno al sistema de pensiones, y entre ellas fijó los criterios en virtud de los cuales el régimen de transición pensional perdería su vigencia.

Al respecto, la regulación constitucional estableció lo siguiente:

“Art. 48.- 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.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00173

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen.”

Bajo estos supuestos resolveremos el caso que nos ocupa.

CASO CONCRETO

Sostiene el demandante, MARCOS RAFAEL DÍAZ DÍAZ, que labora para el municipio de ARJONA (Bol), como Auxiliar de Servicios Generales desde el día 27 de enero de 1992, y actualmente se encuentra vinculado como celador, así mismo que se encuentra cobijado bajo el régimen de transición estatuido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por lo que le es aplicable para reconocerle su derecho a pensión la ley 33 de 1985, y que actualmente cumple con las exigencias del artículo 1 de esta última, a pesar de ello la entidad territorial se niega al reconocimiento del derecho.

De las pruebas que existen en el expediente, se determina que el señor **MARCOS RAFAEL DÍAZ DÍAZ nació el día 22 de noviembre de 1939** (Fols. 9 -10), así mismo que ha estado vinculado como empleado al Municipio de Arjona (Bol) en **los periodos del 29 de febrero de 1992 al 09 de abril de 2001 y del 14 de agosto de 2001 a la fecha 11 de mayo de 2017** (Fols. 128), igualmente se constata que dicha persona no fue afiliada a fondo de pensión alguno, tal como se manifiesta en el certificado emitido por la oficina de recurso humanos del ente territorial, debido a que no fue aceptada su vinculación por la edad, asumiendo el municipio la responsabilidad sobre tal aspecto (Fol. 128).

Aclarado lo anterior se debe indicar que teniendo presente el objeto⁴ y la filosofía que inspira al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, previsto en la Ley 100 de 1993, es garantizar a la población el amparo efectivo de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones previamente establecidas, las consecuencias producto de tal omisión no pueden ser trasladadas a los empleados, quienes en el marco de un sistema pensional eminentemente contributivo, y de una relación laboral subordinada, presumen el cumplimiento a satisfacción de las obligaciones legales a cargo del empleador.

Seguidamente entramos a determinar si el accionante es beneficiario del régimen de transición; como arriba se dijo, se prueba que el accionante nació el día 22 de noviembre de 1939, por lo que al 01 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, contaba con 54 años de edad, por lo que en principio sería beneficiario. Pero no debemos olvidar que a través del Acto Legislativo No. 1 de 2005, se modificó el artículo 48 de la Constitución, presentando nuevas reglas en torno al sistema de pensiones, y entre ellas precisó los criterios en virtud de los cuales el régimen de transición pensional perdería su vigencia, estableciendo al respecto lo siguiente:

“Art. 48.- 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.”

⁴ **“ARTÍCULO 10. OBJETO DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES.** El Sistema General de Pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones.”.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00173

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen."

Vemos entonces que el acto legislativo mencionado determina el límite de aplicación del régimen de transición, siendo el extremo final el año 2014, siempre y cuando el empleado contara con un mínimo de 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicio a su entrada en vigencia, la cual fue el 25 de julio de 2005⁵, pero en el caso bajo estudio el señor Díaz Díaz solo contaba con **623 semanas**, por lo que se concluye que no es beneficiario del régimen de transición, debiendo entonces cumplir con las exigencias del régimen de prima media con prestación definida, estatuido en la ley 100 de 1993, que exige 62 años y 1300 semanas, verificándose que al momento de presentar la demanda el accionante cuenta con **1155 semanas cotizadas**, esto es, no cumple con los requisitos de ley para el reconocimiento del derecho pensional, por lo que se negarán las pretensiones de la demanda, y se declarará probada la excepción de "FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR" propuesta por la parte demandada.

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 de Procedimiento Civil".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso.

Ahora, para que proceda la condena en costas a la parte vencida en un proceso, se debe tener en cuenta que solo hay lugar a ella cuando en el expediente aparezca que se causaron y están sujetas a demostración efectiva. Así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:

".....

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."

En el presente caso el Despacho estima que no es procedente la condena en costas a la parte demandada, por cuanto la finalidad de las mismas es retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en este caso porque no se observa que se haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena de Indias, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

5. FALLA

PRIMERO- Declarar probada la excepción denominada "FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR", conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

⁵ Sentencia C-187 de 2005 de la Corte Constitucional





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00173

SEGUNDO- En consecuencia a lo señalado en el ordinal anterior, **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

TERCERO- Sin costas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMÍGUEZ
Juez

