



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Cartagena de Indias, cinco (05) de febrero dos mil dieciséis (2016).

ACCIÓN	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
RADICACIÓN	13-001-33-33-008-2014-00386-00
DEMANDANTE	MIGUEL SEGUNDO ALVAREZ MONTIEL
DEMANDADO	DEPARTAMENTO DE BOLIVAR

PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por el señor **MIGUEL SEGUNDO ALVAREZ MONTIEL**, a través de apoderado judicial, contra el **DEPARTAMENTO DE BOLIVAR**.

I. LA DEMANDA

Por medio de escrito, la parte actora a través de apoderado judicial, presentó acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en la cual se impetran las siguientes pretensiones y se narran los siguientes hechos.

PRETENSIONES

PRIMERA: Que se declare la nulidad del acto ficto negativo producto de la no contestación del escrito presentado y radicado en esa entidad el 6 de julio de 2009.

SEGUNDO: Que se declare la nulidad de la Resolución N° 538 del 10 de julio de 2013 por la cual el Demandado pretendió resolver de fondo la solicitud de reliquidación pensional que el Demandante le presentó mediante escrito presentado y radicado en esa entidad el 6 de julio de 2009; y del acto administrativo ficto negativo o adjetivo en el que el Demandado incurrió y está incurriendo por no resolver de fondo ni en tiempo el recurso de reposición que el Demandante instauró el 25 de julio de 2013 contra la mencionada Resolución N° 538 del 10 de julio de 2013.

TERCERO: Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a manera de restablecimiento del derecho, se condene al Demandado a reliquidarle la pensión al Demandante, indexándole la primera mesada pensional (de 2000 a 2005), conforme con lo que indican la Sentencia T-098 de 2005 de la H. Corte Constitucional, la Constitución Política (artículos 48 y 53) y la Ley 100 de 1993 (arts. 21 y 36) y Corte Suprema de Justicia mediante Sentencia 30602 del 13 de diciembre de 2007, ratificada por la Sentencia 36900 de 2009 de esta misma corporación; y aplicándole todos los factores salariales devengados por este último durante su último año de servicios, de conformidad con la Sentencia C-168 de 1995 de la H. Corte Constitucional, y el Decreto 1045 de 1978.

CUARTO: Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, y también a manera de restablecimiento del derecho, se condene al Demandado a cancelarle al Demandante, debidamente indexadas, las diferencias pensionales que resulten positivas desde el 6 de julio de 2006 entre el valor de la mesada pensional que éste ha venido devengando desde entonces y el valor de la mesada pensional que éste ha debido venir devengando desde esa fecha si se le hubiere indexado oportunamente su



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

primera mesada pensional y se le hubieren aplicado oportunamente todos los factores salariales devengados por este último durante su último año de servicios.

QUINTO: Condenar al Demandado a cancelarle al Demandante las costas, gastos y agencias en Derecho causadas por la interposición, desarrollo y culminación del presente proceso, conforme con la Sentencia Constitucional C-539 del 28 julio de 1999

HECHOS

PRIMERO: Mediante Resolución N° 85 de fecha 15 de febrero de 2005, el Demandado le reconoció pensión de jubilación al Demandante, a partir del 28 de marzo de 2000, en cuantía de \$842.812,77 para el año 2004.

SEGUNDO: Como consta en la mencionada resolución, el Demandante laboró para el Demandado hasta el 15 de marzo de 1999, completando los 20 años de servicios el 2 de noviembre de 1993, adquiriendo su estatus pensional el 28 de marzo de 2000, fecha esta última en la que cumplió 55 años de edad.

TERCERO: Como consta en la referida resolución, el Demandado liquidó y reconoció la pensión del Demandante aplicándole el 75% de los factores salariales devengados por éste último durante su último año de servicios con esa entidad, quiere decir, del 16 de marzo de 1998 al 15 de marzo de 1999, los cuales, según reza textualmente en dicho acto fueron los siguientes:

- Sueldo / 1998
- Sueldo / 1999
- Bonificación por Servicios / 1998
- Bonificación por Servicios / 1999
- Bonificación por Antigüedad / 1998
- Bonificación por Antigüedad / 1999

CUARTO: Mediante escrito presentado y radicado el 6 de julio de 2009, el Demandante le solicitó al Demandado la reliquidación de su pensión de jubilación, en el sentido de que se le indexara la primera mesada pensional y se le aplicaran todos los factores salariales devengados por él durante su último año de servicios, que, según certificación de fecha 7 de septiembre de 2004 expedida por los señores RAFAEL CARBONELL MUÑOZ y ALEJANDRO LOPEZ FRANCO, Jefe del Departamento de Recursos Humanos y Tesorero, respectivamente, de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA, fueron los siguientes: - Sueldo / 1998, - Sueldo / 1999, - Auxilio de Transporte / 1998, Auxilio de Transporte / 1999, Prima de Servicios / 1998, Prima de Servicios / 1999, Prima de Navidad / 1998, - Prima de Navidad / 1999, Bonificación por Servicios / 1998, Bonificación por Servicios / 1999, Bonificación por Antigüedad / 1998, Bonificación por Antigüedad / 1999, Prima de Vacaciones / 1998, Prima de Vacaciones / 1999 - Recargos / 1998, Recargos / 1999.

QUINTO: Mediante Resolución N° 538 de fecha 10 de julio de 2013, que le fue notificada personalmente al Demandante el 18 de julio del mismo año, el Demandado resolvió no acceder a la reliquidación pensional solicitada por este último, por considerar, según reza textualmente en dicho acto, "Que al revisar la respectiva liquidación de la Pensión se incluyeron todos los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994".



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

NORMATIVIDAD VIOLADA y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Con la emisión del acto administrativo y del silencio administrativo negativo ficto o adjetivo aquí demandados, el Demandado está violando, en lo que tiene que ver con la indexación de la primera mesada pensional del Demandante, los artículos 48 y 53 de la Constitución Nacional, 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con las Sentencias T-098 de 2005, C-862 de 2006, T-046 de 2008, T-362 de 2010, C-382 de 2011, T-148 de 2011, T-266 de 2011, T-1096 de 2012 y SU-1073 de 2012 de la H. Corte Constitucional, y la Sentencia 30602 del 13 de diciembre de 2007 de la H. Corte Suprema de Justicia, ratificada por la Sentencia 36900 de 2009 de esta misma corporación; y, en lo que tiene que ver con la aplicación de todos los factores salariales que debieron aplicársele a la liquidación de la pensión de jubilación Demandante, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en concordancia con la Sentencia C-168 de 1995 de la H. Corte Constitucional.

¿Por qué al Demandante se le debe liquidar la pensión con base en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y no en base al Decreto 1158 de 1994?

Me explico:

En primera instancia, porque el artículo 53 de la Constitución Política establece la "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho".

En segunda instancia, porque en desarrollo de este tema, la H. Corte Constitucional, mediante Sentencia C-168 del 20 de abril de 1995, Expediente N° D-686, Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ, precisó que en materia pensional al trabajador o ex trabajador siempre se le debe aplicar la condición más beneficiosa.

Comparando los beneficios del Decreto 1158 de 1994 y los beneficios del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se concluye que la última de estas normas es más beneficiosa para los trabajadores, por establecer factores pensionales adicionales a los que señala la primera de dichas normas.

En dicha sentencia (C-168/95), la H. Corte Constitucional precisó, entre otras cosas, los siguientes aspectos:

"La condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador".

(...)

"El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así: "En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad"; se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador. Dicho principio difiere del "in dubio pro operario", según el cual toda duda ha de resolverse en favor del trabajador; porque en este caso tan sólo existe un precepto que reglamenta la situación que va a evaluarse, y como admite distintas interpretaciones, se ordena prohijar la que resulte más favorable al trabajador".

(...)

"En punto a la aplicación del principio de favorabilidad en materia de régimen pensional, considera la Corte que esta es labor que incumbe al juez en cada caso concreto, pues es imposible, en juicios de constitucionalidad, confrontar la norma acusada que es genérica, con cada una de las distintas normas contempladas en los diferentes regímenes pensionales que antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 existían en el sector privado y en el público, para establecer cuál resulta más favorable a determinado trabajador".

Siendo, entonces, el Decreto 1045 de 1978 más beneficioso al Operario o trabajador que el Decreto 1158 de 1994, debe aplicársele al Demandante al momento de reliquidársele su pensión de jubilación.

II. RAZONES DE LA DEFENSA

Es menester señalar que la ley y en la mayoría de los casos la jurisprudencia nacional, han sido rigurosos con los elementos que debe probar el actor para obtener la prosperidad de la pretensión anulatoria, imponiéndose las siguientes cargas procesales: la individualización precisa del acto que se demanda, la identificación exacta de las normas violadas y el concepto de la violación; copia del acto acusado; si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deben demandar se las decisiones que lo modifiquen o confirmen y si se trata de un acto administrativo particular, el agotamiento previo de la actuación administrativa.

Además, una vez emitidos los actos administrativos se considera que los mismos están ajustados a derecho, esto es, a las normas jurídicas que le son de obligatoria observancia y cumplimiento. Es una presunción que la ley denomina *iuris tantum*, la cual se puede desvirtuar cuando se demuestra que se contravino el ordenamiento jurídico.

Como contrapartida necesaria y lógica de la presunción de legalidad de dichos actos, la Constitución y las leyes, en su orden, han regulado y reglamentado, la teoría de las nulidades, con la finalidad de ejercer un control a través del ejercicio de determinadas acciones sobre el actuar de la administración.

Los actos administrativos cumplidos en ejercicio de facultades regladas y de conformidad con los recaudos necesarios para su validez en cuanto a forma y competencia, deben tenerse por firmes, inamovibles y revestidos de valor de cosa juzgada en pro y en contra de los administrados y del mismo poder actuante, principio este que solo sufre excepción cuando media declaración de nulidad, ya sea en supuestos en que ha mediado error grave de derecho o aquellos otros en que los hechos en que se fundan las decisiones, carecen de existencia real y que hayan sido acreditados con maniobras dolosas o fraudulentas.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

En este orden de ideas, las causales por las cuales es procedente declarar la nulidad de un acto administrativo serían las siguientes: Violación a la ley, vicios de forma, falsa motivación y desviación de poder.

En el caso que nos ocupa, solicita el demandante que se declare la nulidad de un acto administrativo ficto o presunto configurado sobre un presunto silencio administrativo y así mismo la nulidad de la Resolución N° 538 del 10 de Julio 2013, mediante la cual se niega el reconocimiento de la reliquidación que se solicita por la supuesta inclusión de los factores salariales contemplados en el Decreto 1045/78.

Solicita como restablecimiento del derecho, que se ordene a mi representado la diferencia entre la mesada que se está cancelando y la que indica que debe obtenerse de aplicar la reliquidación en mención, además de la indexación de la primera mesada pensional.

Cabe resaltar que en el caso que nos ocupa para el demandante, no es posible jurídica y normativamente dar aplicación al Decreto 1045/78, toda vez que su derecho se configuro en vigencia del Decreto 1158/94 norma que es posterior y también se aplica a su caso concreto. Lo que implica en esta medida la solución de interpretación en virtud de la cual la norma posterior deroga la anterior, y aún más cuando se trata de la misma categoría de normas por encontrarse en la misma jerarquía.

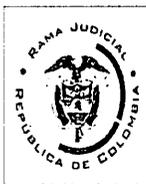
La introducción de normas, con categoría de principios constitucionales, por las que viene abogando la corriente del pensamiento económico-fiscal aludido, se direccionan a que las mismas propicien la moderación y la prudencia en los gastos, que no es cosa diferente a introducir una limitante a la garantía, al reconocimiento, al goce efectivo de los derechos fundamentales y al desarrollo progresivo de los derechos sociales, económicos y culturales.

Limitante o condicionamiento que va dirigido a todas las autoridades públicas, incluidas, como es obvio, a los jueces.

El principio de equilibrio presupuestal en la teoría de la hacienda pública clásica, en el siglo XX, consistía en que los gastos totales del Estado no debían superar, en un ejercicio presupuestal normal, el total de los ingresos corrientes del Estado. Es decir, se trata de un principio en el sentido de norma muy general, entendiéndose por tal las que regulan un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales (Atienza y Ruiz Manero, 2007).

De modo que ningún restablecimiento del derecho, a través de esta acción puede derivarse de un acto legal, como es el censurado en este proceso. El reclamo de un daño por un acto legal sólo es procedente mediante el ejercicio de la acción de reparación directa en la modalidad de responsabilidad extracontractual por daño especial, ya que el restablecimiento del daño en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sólo es posible como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto, que opera cuando el acto es contrario al ordenamiento legal, o está falsamente motivado o ha sido proferido con desvío de poder, circunstancias éstas que no se dan en el presente asunto.

Por esta razón, los hechos esbozados por el apoderado de la demandante, son solo simples afirmaciones desprovistas de veracidad o prueba alguna, ya que al libelo no acompañó ningún medio probatorio que los acredite, es por ello que solicito al despacho dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 177 del C.P.C., el cual establece que incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

los efectos jurídicos que ellas persiguen y en este sentido, en el presente caso, los hechos se tienen como no probados.

III. ALEGATOS

DEMANDANTE: En concordancia con la Sentencia C-168 de 1995 de la H. Corte Constitucional, si bien la Ley 33 de 1985 no precisó nada en cuanto a la forma de liquidación de la pensión de jubilación de los empleados públicos, sí consideró que en ese aspecto se debe aplicar el régimen liquidatorio anterior a dicha ley, que viene a ser el art. 45 del Decreto 1045 de 1978, porque ésta normativa resulta más favorable al trabajador, y agregó que de no hacerse de esta manera se desconocería el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 constitucional que establece la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”.

No tiene razón, entonces, el Demandado para aplicarle al Demandado las disposiciones del Decreto 1158 de 1994, según el cual la pensión de jubilación se liquidará tomando como factores salariales sólo la Asignación Básica Mensual, los Gastos de Representación, la Prima Técnica, la Prima de Antigüedad, la Remuneración por Trabajo Dominical o Festivo, la Remuneración por Horas Extras y Jornada Nocturna y la Bonificación por Servicios Prestados, porque el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 establece, insisto, que la pensión de jubilación de los empleados públicos y trabajadores oficiales se liquidará tomando como factores salariales los siguientes:

Asignación Básica Mensual.

Gastos de Representación.

Prima Técnica.

Primas y Bonificaciones otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.

Remuneración por Trabajo Dominical o Festivo.

Remuneración por Horas Extras y Jornada Nocturna.

Bonificación por Servicios Prestados.

Auxilios de Alimentación.

Auxilio de Transporte.

Prima de Navidad.

Prima de Servicios.

Viáticos devengados durante un término no inferior a 180 días en el último año de servicios.

Incrementos Salariales por Antigüedad adquiridos por disposiciones (Ulteriores al Decreto Ley 710 de 1978.

Prima de Vacaciones.

Puede observarse y corroborarse, entonces, que el Decreto 1045 de 1978 es una norma más beneficioso” o “más favorable que el Decreto 1158 de 1994 en cuanto a los factores salariales que deben computarse para liquidar (o para reliquidar) las pensiones de los empleados públicos y oficiales de todos los niveles beneficiarios del régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el Decreto Nacional 2527 de 2000 Teniendo en cuenta lo anterior, esa entidad territorial al liquidar y reconocer la pensión de mi poderdante (o al reliquidar dicha prestación) debió o debe forzosamente haberle dado o darle aplicación a los factores salariales establecidos en el Decreto 1045 de 1978, por ser esta norma más favorable al Demandante, según lo impone la Sentencia C-168 de 1995 de la H. Corte Constitucional.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Por lo tanto, la primera mesada pensional de mi poderdante debió ser liquidada inicialmente, al reconocérsele al pensión, al solicitarse su reliquidación en el año 2009, o ahora, como consecuencia de la presente demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, con **TODOS LOS FACTORES SALARIALES** que constan en la certificación de fecha 7 de septiembre de 2004 expedida por los señores RAFAEL CARBONELL MUÑOZ y ALEJANDRO LOPEZ FRANCO, Jefe del Departamento de Recursos Humanos y Tesorero, respectivamente, de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA, se concluye sin atisbo de duda que los factores salariales devengados por el Demandante durante su último año de servicios con el Demandante fueron los siguientes: Sueldo / 1998, Sueldo / 1999, Auxilio de Transporte / 1998 Auxilio de Transporte / 1999 Prima de Servicios / 1998 Prima de Servicios / 1999, Prima de Navidad / 1998 Prima de Navidad / 1999 Bonificación por Servicios / 1998 Bonificación por Servicios / 1999 Bonificación por Antigüedad / 1998 Bonificación por Antigüedad / 1999 Prima de Vacaciones / 1998 Prima de Vacaciones / 1999 Recargos / 1998.

Luego entonces, la primera mesada pensional de mi poderdante, correctamente liquidada, tal como lo ordena el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, resulta en \$1.034.760,35 para el año 1999.

DEMANDADO: no presento escrito de alegación.

MINISTERIO PUBLICO: se abstuvo de emitir concepto.

IV. TRAMITE DEL PROCESO

La demanda fue presentada el día 30 de septiembre del año 2014 y admitida por este despacho mediante auto fechado 14 de octubre de la misma anualidad una vez se obedece y cumple lo resuelto por el Tribunal Administrativo de Bolívar, igualmente fue notificada al demandante por estado electrónico No.147.

Posteriormente fue notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público el día 09 de marzo de 2015 de conformidad con el artículo 199 del CPACA.

Mediante auto de fecha 08 de julio de 2015, se citó a las partes a audiencia inicial para el día 20 de octubre de 2015, se cierra el debate probatorio y se corre traslado para presentar alegatos dentro de los 10 días siguiente.

V. CONSIDERACIONES

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

CUESTIONES PREVIAS: se presentaron las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN LEGAL, EXPRESA PROHIBICION LEGAL, PRESCRIPCION pero como quiera que las excepciones presentadas competen al desarrollo del debate jurídico de fondo, se resolverá al momento de definir las pretensiones deprecadas.

PROBLEMA JURIDICO:

¿Le asiste al demandante MIGUEL SEGUNDO ALVAREZ MONTIEL el derecho a que se le incluya la totalidad de los factores salariales devengados durante su último



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

año de servicio en la pensión de jubilación y que se le indexe la primera mesada pensional?

TESIS DEL DESPACHO

Del artículo 36 de la ley 100 de 1993 se concluye que el legislador estableció una excepción a la aplicación universal del nuevo sistema en pensiones para quienes al 1° 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.

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, *fuere superior*", el Despacho considera que esta disposición no puede aplicarse, habida cuenta que tratándose de una persona beneficiarla 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:

Teniendo en cuenta lo anterior, en la liquidación de la pensión de jubilación deberán incluirse todas aquellas sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley.

Como quiera que en este caso, al actor no se le tuvieron en cuenta para liquidar la Pensión de Vejez todos los factores salariales, sin incluir los demás factores que disfrutó, se deberá declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, y en su lugar la entidad demandada deberá liquidar la pensión con todos los factores salariales devengados, con el promedio del último año de servicio y en un porcentaje de 75%, con los que no se tuvieron en cuenta.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

ANALISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

En el presente asunto se resolverá como debe interpretarse el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y en consecuencia la forma como debe aplicarse la liquidación de la pensión del accionante si es con el promedio de los salarios que sirvieron de base de cotización durante los últimos 10 años, según lo establecido en el parágrafo 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o con el promedio de los salarios devengados en último año de servicio, tal como lo establece el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

Antes del análisis que nos dará la conclusión para resolver este caso en concreto; ya que anteriormente esta Casa Judicial venía aplicando lo señalado en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985; pero es pertinente reconsiderar teniendo en cuenta la nueva jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente lo señalado en la Sentencia SU-230 de 2015.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Recordemos que 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 hiciera 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 1° 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 1°. 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.”.(Negrillas fuera del texto).

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



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

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), 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 Lev 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.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

"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."

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 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993, *fuere superior*", el Despacho considera que esta disposición no puede aplicarse, habida cuenta que tratándose de una persona beneficiarla 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



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

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 sentencias de constitucionalidad.

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)¹.

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

¹ 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).



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Tribunal de lo Contencioso Administrativo radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), 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.

(...)

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



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

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 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.

Por consiguiente, de las mesadas pensionales reliquidadas se deben deducir las sumas ya pagadas y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto, y una vez ejecutado lo anterior la administración descontará el valor de los aportes que ordene la ley que el interesado no haya cubierto respecto de los factores que se dispusieron incluir **y que corresponden a toda su vida laboral**, pues esa es una carga del servidor público que no se puede eludir y cuyos recursos son fundamentales para que luego la entidad responsable pueda cumplir su obligación de pago.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

En relación con este punto en específico el Consejo de Estado² ha dicho:

".... la Ley 33 de 1985 regla dos materias fundamentales, a saber: 1ª) MEDIDAS EN RELACIÓN CON LAS CAJAS DE PREVISIÓN, TENDIENTES A SU FORTALECIMIENTO y 2ª) REGULA DE MANERA "GENERAL" EL DERECHO A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN CON RELEVANCIA EN LOS APORTES SOBRE LOS FACTORES PERTINENTES Y DEROGA LA NORMATIVIDAD "GENERAL" PENSIONAL ANTERIOR CON CITACIÓN DE LOS ARTS. 27 Y 28 DEL DL. 3135/68, por lo que se entiende que a partir de su vigencia se aplica a sus destinatarios.

Ahora, el Art. 3º. de esta Ley -norma "general"- determina que se deben pagar APORTES en favor de la Caja de Previsión por las retribuciones que perciben los empleados oficiales y luego señala los factores sobre los cuales se deben liquidar Aportes a los empleados oficiales nacionales, para finalmente precisar que las PENSIONES DE EMPLEADOS OFICIALES DE CUALQUIER ORDEN se deben liquidar sobre los mismos factores por los cuales se haya aportado; pero, ese artículo 3º fue MODIFICADO por el Art. 1º de la Ley 62 de sep. 16/85, que lo reemplazó totalmente (con nuevo texto) donde se determina que los empleados oficiales deben pagar aportes a las Cajas a las cuales estén afiliados, que esos aportes se pagarán sobre los factores remunerativos que allí se precisan y que las "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 sobra advertir que ANTES DE LA EXPEDICIÓN DEL RÉGIMEN DE APORTES CON TRASCENDENCIA PENSIONAL (Ley 33/85) el Legislador previamente había consagrado la obligación de los servidores públicos de pagar un porcentaje de la retribución percibida en favor de la Entidad Prestacional con miras a que éstas tuvieran recursos con que cumplir sus obligaciones, aunque la norma no determinaba, en ese tiempo, que solo sobre los factores que se aportara se haría la liquidación pensional; más aún, algunos factores pensionales estaban exentos de pagar el porcentaje como la prima de navidad.

En fin, es importante que los servidores públicos paguen APORTES SOBRE LAS RETRIBUCIONES QUE PERCIBAN EN FAVOR DE LAS ENTIDADES PRESTACIONALES con el fin de que éstas tengan recursos con los cuales puedan cubrir sus obligaciones, más cuando no es posible admitir que un servidor EXIJA DERECHOS a una Entidad sin cumplir OBLIGACIONES con la Entidad por cuanto son correlativos el derecho y la obligación; aún más, la Jurisdicción en varias providencias ha determinado que si por causa de la Administración ya sea por omisión u orientación equívoca no se recauda el aporte de una retribución que tiene incidencia pensional, tal situación no puede constituirse en un OBSTACULO INSALVABLE para que se le tenga en cuenta en la liquidación pensional, pues basta ordenar en la Sentencia que se recaude dicho aporte, descontándolo de las sumas a pagar, con lo cual se da cumplimiento a la ley y no se causa un perjuicio al servidor público, ya que si así no se hace, bastaría la conducta omisiva del Pagador para causar una lesión económica al funcionario en materia pensional."

² SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION 'B'. Consejero ponente: TARSICIO CACERES TORO. Sentencia del 29 de junio de 2006. Radicación número: 25000-23-25-000-2002-12720-01(6201-05. Actor: DORA ISABEL ACUÑA DE DEVIA. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Bajo estos supuestos resolveremos el caso que nos ocupa.

CASO CONCRETO

El demandante, **MIGUEL SEGUNDO ALVAREZ MONTIEL**, nació el 28 de marzo de 1945 (ver folio 12), lo que quiere decir que para el año 1994, tenía 49 años de edad, y laboró durante más de 20 años al servicio de entidades públicas (ver folio 12 y ss); siendo su último cargo fue de Auxiliar de Enfermería; lo que significa que le es aplicables, las disposiciones de la Ley 33 de 1985; y al momento en que se le reconoció la pensión de vejez no se le tuvieron en cuenta todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicio.

Acorde con lo expuesto se tiene que la reliquidación de la pensión en el caso que nos ocupa, debió efectuarse acorde con lo normado en las normas citadas, es decir, teniendo en cuenta para tales efectos el promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Como quiera que en este caso, la entidad que le reconoció en ese momento la pensión de Jubilación- la Secretaría de Talento Humano de la Gobernación Departamental, sólo tuvo en cuenta para liquidar la Pensión de Vejez el Salario Básico y las bonificaciones por servicios prestados (ver folios 13), no incluyendo los demás factores que disfrutó, se deberá declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, y en su lugar la entidad deberá liquidar la pensión con todos los factores salariales devengados, con el promedio del último año de servicio y en un porcentaje de 75%, que no se tuvieron en cuenta como son: **Salario básico, auxilio de transporte, prima de servicios, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, bonificación por antigüedad, prima de vacaciones y recargos** (folios 2115-17), a partir del 6 de julio de 2006, habida cuenta que operó el fenómeno prescriptivo de conformidad con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, toda vez que a la demandante se le reconoció pensión de vejez a partir del 28 de marzo de 2000, presentó solicitud de reliquidación el 6 de julio de 2009, y la demanda fue radicada el 30 de septiembre de 2014, es decir, que la reclamación tuvo virtualidad de interrumpir la prescripción a partir del 6 de julio de 2006.

En cuanto al factor **vacaciones**, se precisa que, el H. Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, estableció que las vacaciones corresponden al "descanso remunerado", por lo que no es salario ni prestación, razón por cual, no es posible computarlos para fines pensionales.

De otro lado, se ordenará el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal. Esta tesis ha sido sostenida por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación que citamos arriba, en el sentido que la referida omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional.

Las sumas a favor del demandante y las deducciones por aportes se ajustarán de acuerdo a las normas legales.

Sobre la indexación de la Primera Mesada Pensional.

La actualización de las obligaciones es una figura que responde a un fenómeno económico derivado del proceso de depreciación de la moneda, cuyo objetivo último es mantener en el tiempo su poder adquisitivo, de tal manera que, en aplicación de



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

principios, tales como, el de equidad y de justicia, quede en esta forma protegido contra sus efectos nocivos.

De otra parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido el derecho al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones a partir de una lectura armónica del principio *in dubio pro operario*, la cláusula del Estado Social de Derecho, la especial protección a las personas de la tercera edad, el derecho a la igualdad y al mínimo vital, entre otros y de una interpretación sistemática de los artículos 48 y 53 de la Carta Política que establecen, de un lado, la competencia del legislador para definir los medios con el fin de que los recursos a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante y, de otro, el deber del Estado de garantizar el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

En la Sentencia C-862 de 2006 de esa Corporación, la Corte verificó que el numeral segundo del artículo 260 del C.S.T., que regulaba el supuesto de los trabajadores que cumplían la edad para acceder a la pensión de jubilación tiempo después de haberse retirado por haber alcanzado el tiempo de servicio necesario para la misma, no preveía ningún tipo de actualización del salario base de liquidación de la primera mesada pensional. Al mismo tiempo, observó que el artículo 21 de la ley 100 de 1993 consagra expresamente la indexación de todo tipo de pensiones y para todo tipo de trabajadores *"con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE"*. Lo propio hace el artículo 36 de la misma ley para las personas beneficiarias del régimen de transición.

Esta situación se traducía en que a algunos trabajadores se les hubiera reconocido o se les reconociera *"pensiones con base en un salario que había perdido sensiblemente su poder adquisitivo con el paso del tiempo y que en muchos casos la pensión reconocida solamente alcanzara el valor del salario mínimo"*, lo cual era violatorio no solo del derecho a la igualdad y del principio del mantenimiento del poder adquisitivo de las mesadas pensionales, sino, también en muchas ocasiones, del derecho al mínimo vital de los pensionados, que en la mayoría de las ocasiones son personas de la tercera edad y, por tanto, sujetos de especial protección constitucional. Pero este no es caso, ya que a la demandante se le reconoció y comenzó a pagar la pensión mediante Resolución No. 085 de 2005, con retroactividad a partir del 28 de marzo de 2000, pero con el salario de 2000; ya que la misma Resolución actualiza el salario según se puede ver a folio 13, o sea que se le reconoció la pensión con el salario actualizado a esa fecha, las cuales se han venido reajustado de acuerdo a lo establecido en la ley 100 de 1993 para las pensiones de jubilación; y no al revés como es el supuesto para poder reconocer la actualización de la primera mesada pensional; otra cosa es la inclusión de todos los factores salariales en la liquidación de la mesada pensional; que como ya se dijo; se ordenó su inclusión de aquellos que no habían sido reconocidos, en ese sentido no se accederá en esta pretensión. Tampoco encuentra asidero el Despacho a las demás pretensiones de la demandante.

Las sumas a favor del demandante y las deducciones por aportes se ajustarán de acuerdo a las normas legales.

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"*.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

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 la entidad demandada haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO- Declarar la NULIDAD del acto ficto negativo producto de la no contestación del escrito presentado y radicado en esa entidad el 6 de julio de 2009 y la Resolución N° 538 del 10 de julio de 2013, mediante las cuales se denegó a l señor NIGUEL SEGUNDO ALVAREZ MONTIEL la revisión y ajuste de su pensión de jubilación por no tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por la demandante.

SEGUNDO- En consecuencia a lo señalado en el numeral anterior, **CONDENESE** al DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, a efectuar una nueva liquidación de dicha Pensión, en cuantía equivalente al 75% del promedio de todo lo devengado por ella en el último año de servicios, con inclusión de todas las sumas devengadas en dicho período por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, cuales son **Salario básico, auxilio de transporte, prima de servicios, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, bonificación por antigüedad, prima de vacaciones y recargos**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva del presente fallo. Si frente a alguna de estas sumas no se realizaron descuentos con destino al sistema de seguridad social, la entidad realizará los descuentos que por ley le correspondía efectuar al trabajador, que no hayan sido objeto de descuento y que se haya ordenado incluir en el cómputo de la prestación, y los girará a las entidades destinatarias si hay lugar a ello.

TERCERO- CONDENSE a la Demandada, pagar al demandante las diferencias que resulten entre la nueva liquidación y las sumas pagadas por Pensión de Jubilación, según lo dispuesto en el numeral 3° de la parte Resolutiva de esta sentencia, ajustándola en los términos del art. 187 del C.P.A.C.A., como se indicó en la parte motiva de esta providencia.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

CUARTO: El ajuste de valor y el pago de los mismos, respecto de las sumas causadas serán a partir del 6 de julio de 2006, conforme a la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO- Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO- Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en el artículo 192 y 195 del C.P.A.C.A.

SEPTIMO- Sin costas.

OCTAVO- 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 DOMINGUEZ
Juez Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena