



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Cartagena de Indias D. T. y C., diez (10) de junio de dos mil dieciséis (2016)

SENTENCIA No. 050 / 16

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO EL DERECHO
RADICACION	13-001-33-33-2015-00024-00
DEMANDANTE	ANTONIO JOSÉ AGUIRRE GAMARRA
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES)
ASUNTO	RELIQUIDACION PENSION DE JUBILACION POR INCLUSION DE NUEVOS FACTORES SALARIALES

Procede el despacho a dictar sentencia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, promovido por el señor ANTONIO JOSE AGUIRRE GAMARRA, a través de apoderado, contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES).

1- LA DEMANDA

1.1 PRETENSIONES

Solicita la parte demandante se declare la nulidad del acto ficto o presunto, como consecuencia de la petición de fecha 9 de junio de 2014, recibido por Colpensiones en esa misma fecha, a través del cual se solicitó a la entidad convocada la reliquidación de la pensión vitalicia de vejez al señor ANTONIO JOSE AGUIRRE GAMARRA, por la no inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición de su estatus de pensionado.

Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante, con la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicio anterior a la adquisición de su estatus de pensionado, en la cuantía de \$1.728.503,20, efectiva a partir del 17 de noviembre de 2007.

Que se condene a Colpensiones a pagar al demandante las mesadas adicionales correspondientes a los meses de junio y diciembre de cada año, desde la fecha en que adquirió su estatus de pensionado.

Que se condene a Colpensiones a pagar la indexación sobre la primera mesada, calculada desde su exigibilidad y hasta cuando se realice el pago y que se realicen los ajustes de conformidad con la Ley 1437 de 2011.

1.2 HECHOS

Los hechos narrados en el escrito de demanda pueden resumirse de la siguiente manera:

Que el señor Antonio José Aguirre Gamarra, prestó sus servicios al Estado Colombiano en el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), por más de 20 años.

Que el señor Antonio José Aguirre Gamarra, el día 9 de junio de 2014, elevó solicitud de reliquidación de su pensión ante Colpensiones, con la inclusión de todos los



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

ANTONIO JOSE AGUIRRE GAMARRA Vs. COLPENSIONES
RAD: 13-001-33-33-012-2015-00024-00

2

factores devengados en el último año de servicios, pero que hasta la fecha no le han resuelto dicha petición.

Que el demandante se encuentra retirado del servicio.

Que la entidad demandada, al momento de liquidar la pensión, no le incluyó todos los factores salariales devengados por el en el último año de servicio.

1.3 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Los fundamentos en que se basa el demandante para enmarcar las normas violadas y el concepto de la violación, pueden resumirse de la siguiente manera:

Como normas violadas: artículo 1, 6, 7, 12, 25, 26, 42 y 53 de la Constitución Política; artículos 64, 138, 155, 156, 162, 163, 165 y 166 de la Ley 1437 de 2011, Ley 33 de 1985; ley 62 de 1985; Decreto 1045 de 1978; Ley 4 de 1966; Decreto 1743 de 1966; Ley 6ª de 1945; sentencia del Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo Subsesión A, Consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren y demás normas vigentes y concordantes.

En cuanto al concepto de la violación, la parte demandante expone lo establecido en los artículos 1º y 2º de la Ley 33 de 1985, también manifiesta que el señor ANTONIO JOSE AGUIRRE GAMARRA cumple con los requisitos para ser beneficiario de la reliquidación de su pensión de vejez, atendiendo a la fecha de nacimiento del peticionario y que a la fecha que entró en vigencia la Ley 33 de 1985, éste contaba con más de 40 años de edad, por lo que manifiesta que se encuentra cobijado por el régimen de transición.

De igual forma transcribe apartes de sentencias del Consejo de Estado y Corte Constitucional.

Manifiesta además que la entidad demandada, al momento de hacer la liquidación de la pensión del actor, confundió los conceptos de asignación mensual, con asignación básica y que se le violó el derecho a la igualdad por no habersele liquidado la pensión con todos los factores devengados.

2. CONTESTACION DE LA DEMANDA

La entidad demandada COLPENSIONES presentó contestación de la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones formuladas, por cuanto manifiesta que carecen de fundamento legal y fáctico, porque no se ha vulnerado ningún derecho.

También pone de manifiesto el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que estipula los requisitos para acceder a la pensión estando en el régimen de transición.

Señala además que de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, aquellas personas que al 1º de abril de 1994 cumplían alguna de las condiciones dispuestas por la norma (edad o tiempo de servicio cotizado), tienen derecho a que, para el reconocimiento de la pensión de vejez, se les tomen en cuenta los requisitos de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
ANTONIO JOSE AGUIRRE GAMARRA Vs. COLPENSIONES
RAD: 13-001-33-33-012-2015-00024-00

3

3. ALEGATOS DE CONCLUSION

Parte demandante:

La parte demandante presenta alegatos de conclusión dentro del término legal (fl. 88 al 94) y en ellos ratifica lo planteado en la demanda, concluyendo además que la pensión de jubilación regulada por la Ley 33 de 1985, se liquida en cuantía del 75% del promedio de los factores salariales y demás sumas de dinero que reciba el trabajador, como contraprestación directa de sus servicios, percibidos durante el último año de servicios y que sirvieron de base para realizar los aportes, pero si existieran factores sobre los cuales no se hicieron aportes, la entidad que reconoce la pensión deberá tenerlos en cuenta, pero realizará los descuentos a que haya lugar.

Sostiene también que acorde a la jurisprudencia citada y al acervo probatorio dentro del expediente, el demandante es beneficiario del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siéndole aplicables las disposiciones previstas en la Ley 33 de 1985.

Alega también que en la resolución por medio de la cual se hizo el reconocimiento de pensión al demandante no se evidenció cuáles fueron los factores salariales tenidos en cuenta para la liquidación de la misma, pero si se sustentó que se reconocía con base en el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, tomando el promedio de los últimos diez años laborados, por lo que no se tuvo en cuenta los factores devengados el último año.

Parte demandada:

La parte demandada manifiesta que atendiendo a las consideraciones de Colpensiones no le asiste el derecho al demandante, por cuanto para el reconocimiento de pensiones que tienen el carácter de compartidas, en virtud del Decreto 758 de 1990, el Consejo de Estado señaló que conforme al artículo 127 del Decreto 2464 de 1970 y el artículo 1014 de 1978, los servidores del SENA continuaron afiliados al Instituto de Seguros Sociales, que de conformidad el artículo 1º de la Ley 90 de 1946, cubre los riesgos de vejez, reemplazando la pensión de jubilación que se adquiere cuando se reúnan los requisitos señalados en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990.

Que lo anterior, no obstante que los servidores del SENA se hallen afiliados al Instituto de Seguros Sociales, dicho establecimiento tiene la obligación legal de reconocer a sus servidores la pensión de jubilación cuando cumplan los requisitos a que se refieren las disposiciones que gobiernan a los empleados públicos en general, ya que el ISS, por virtud de su afiliación a él, solo reconoce a los 60 años la pensión de vejez. Pero cuando el ISS asume el riesgo de vejez, sustituye al SENA en su obligación de reconocer la pensión de jubilación y en consecuencia el goce de la pensión de jubilación en estos casos es incompatible con la pensión de vejez.

4. CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público no presentó concepto dentro del presente trámite procesal.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
ANTONIO JOSE AGUIRRE GAMARRA Vs. COLPENSIONES
RAD: 13-001-33-33-012-2015-00024-00

4

5. TRAMITE DEL PROCESO

La demanda fue presentada el día 20 de enero de 2015 (fl. 43) y sometida a reparto el mismo día, correspondiéndole el conocimiento al Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, la cual fue admitida mediante auto de fecha 5 de marzo de 2015 (fls. 44-45).

El auto admisorio de la demanda fue notificado el día 15 de mayo de 2015 (fl. 52-55). Mediante auto de fecha 22 de octubre de 2015 se fija el día 2 de febrero de 2016 a las 9:00 a.m., para la celebración de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA.(fls. 69-70).

Mediante audiencia inicial celebrada el 2 de febrero de 2016 (fls. 77-78), se fijó el día 30 de marzo de 2016 a las 2:00 p.m., para la celebración de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del CPACA. En esta misma diligencia se corrió traslado a las partes a fin de que presentaran sus alegatos de conclusión por escrito. (Fls. 87).

6. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

No habiendo sido observada causal alguna de nulidad que declarar y habiéndose verificado en el sub judice, el cumplimiento de los presupuestos procesales para dictar sentencia estimatoria, esto es, demanda en forma, competencia del Juez, capacidad para ser parte y capacidad procesal, los cuales vienen cumplidos, pasa el despacho a pronunciarse sobre el fondo del presente asunto, toda vez que sobre las excepciones previas planteadas por la entidad demandada, hubo pronunciamiento del despacho en la audiencia inicial correspondiente.

COMPETENCIA

Atendiendo las voces del numeral 2º del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), este despacho es competente para dirimir el asunto puesto a su conocimiento.

EL PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico radica en determinar si el demandante tiene derecho a que se le reliquide su pensión de vejez, en cuantía equivalente al 75% de lo devengado durante el último año de servicio, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en ese periodo.

TESIS DEL DESPACHO

El Despacho denegará las pretensiones, por considerar que no resulta procedente acceder a ellas, pues las mismas están sustentadas en el cálculo del ingreso base de liquidación conforme a la Ley 33 de 1985, que no resulta aplicable al demandante, pues se encontró probado que el régimen que gobierna la situación pensional del señor ANTONIO JOSE AGUIRRE GAMARRA es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año y no la Ley 33 de 1985.

MARCO NORMATIVO



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
ANTONIO JOSE AGUIRRE GAMARRA Vs. COLPENSIONES
RAD: 13-001-33-33-012-2015-00024-00

5

Constitución Política de Colombia

Artículo 48. *La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.*

(...)

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

Artículo 53. *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

(...)

El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

(...)

Sobre el régimen pensional de transición

Al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993¹, que estableció el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, se estableció el régimen de transición en su artículo 36², que es del siguiente tenor literal:

“Artículo 36 - . Régimen de Transición. *La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta años 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 los 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. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la

¹ 1º de abril de 1994.

² Nació el 17 de marzo de 1947, según se desprende de la resolución de reconocimiento de su pensión, visible a folio 14, es decir, tenía 47 años de edad.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
ANTONIO JOSE AGUIRRE GAMARRA Vs. COLPENSIONES
RAD: 13-001-33-33-012-2015-00024-00

6

pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos. ...”.

El régimen de transición contemplado en la ley anterior, dispone que la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema, tengan treinta y cinco (35) años o más de edad si son mujeres o cuarenta (40) años o más de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será el establecido en el régimen anterior al cual se encuentran afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas, para acceder a la pensión, se regirán por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

Esa especial protección a las personas que están próximas a obtener la prestación ha sido constante en la legislación. Además, los tránsitos legislativos deben ser razonables y proporcionales. Por ello, el mandato del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 respetó para las tres categorías de personas antes enunciadas, lo atinente a la edad, tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión.

Dentro de los regímenes previstos en la transición, se encuentra el Acuerdo 049 de 1990 “por el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte”, cuyo ámbito de aplicación es el siguiente:

“ARTÍCULO 1. AFILIADOS AL SEGURO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE. *Salvo las excepciones establecidas en el artículo 2 del presente Reglamento, estarán sujetos al seguro social obligatorio contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte de origen no profesional:*

1. En forma forzosa u obligatoria:

- a) Los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje;*
- b) Los funcionarios de seguridad social del Instituto de Seguros Sociales y,*
- c) Los pensionados por jubilación cuyas pensiones vayan a ser compartidas con las pensiones de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales o asumidas totalmente por él.*

2. En forma facultativa:

- a) Los trabajadores independientes;*
- b) Los sacerdotes diocesanos y miembros de las Comunidades Religiosas y,*
- c) Los servidores de entidades oficiales del orden estatal que al 17 de julio de 1977 se encontraban registradas como patronos ante el ISS.*

3. Otros sectores de población respecto de quienes se amplíe la cobertura del régimen de los seguros sociales obligatorios.”

En torno al reconocimiento de la pensión de vejez, el artículo 12 del Acuerdo ibidem consagra:

“ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSION POR VEJEZ. *Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:*

- a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,*
- b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber*



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
ANTONIO JOSE AGUIRRE GAMARRA Vs. COLPENSIONES
RAD: 13-001-33-33-012-2015-00024-00

7

acreditado un número de un mil (1.0.00) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.”

Para liquidar la pensión de vejez, el cálculo del monto pensional debe hacerse en la forma descrita en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 que establecía:

“II. PENSION DE VEJEZ.

a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y,

b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario.

PARÁGRAFO 1o. El salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas.

El factor 4.33 resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses.

PARÁGRAFO 2o. La integración de la pensión de vejez o de invalidez de que trata este artículo, se sujetará a la siguiente tabla:

NUMERO SEMANAS	% INV. P.TOTAL	% INV.P. ABSOLUTA	% GRAN INV.	VEJEZ
500	45	51	57	45
550	48	54	60	48
600	51	57	63	51
650	54	60	66	54
700	57	63	69	57
750	60	66	72	60
800	63	69	75	63
850	66	72	78	66
900	69	75	81	63
950	72	78	84	72
1.000	75	81	87	75
1.050	78	84	90	78
1.100	81	87	90	81
1.150	84	90	90	84
1.200	87	90	90	87
1.250 o más	90	90	90	90

Número de semanas: Número de semanas cotizadas.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
ANTONIO JOSE AGUIRRE GAMARRA Vs. COLPENSIONES
RAD: 13-001-33-33-012-2015-00024-00

8

*% Inv. P. Total: Porcentaje Invalidez Permanente Total.
% Inv. P. Absoluta: Porcentaje Invalidez Permanente Absoluta.
% Gran Inv.: Porcentaje Gran Invalidez."*

De otra parte, se tiene que, con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 el régimen general de pensiones estaba contemplado en la Ley 33 de 1985, la cual en su artículo 1° dispone:

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

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

(...)

Parágrafo 2o. *Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.*

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad si son mujeres o cincuenta y cinco (55) sin son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3o. *En todo caso los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley.”.*

Esta norma, en su artículo 3°, estableció la forma como se liquidaría la pensión de jubilación. A su vez, esta disposición fue modificada por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 en la siguiente forma:

“Artículo 1o. *Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

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.”.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
ANTONIO JOSE AGUIRRE GAMARRA Vs. COLPENSIONES
RAD: 13-001-33-33-012-2015-00024-00

9

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido 3 tesis de interpretación respecto a la aplicación del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; así, en sentencia de febrero 18 de 2010, radicación No. 25000-23-25-000-2004-04269-01 (1020-08), Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, se consideró:

“Lo dispuesto en el aparte transcrito, en criterio de la Sala desnaturaliza la esencia y finalidad del régimen de transición previsto en el inciso 2° ibidem, al consagrar una liquidación y cálculo del Ingreso Base de Liquidación por fuera del régimen que ampara en cada caso el sistema de transición, lo que en muchos casos milita en detrimento del derecho pensional de sus beneficiarios concretamente en cuanto al monto pensional.

*No obstante, en sede judicial, la disyuntiva creada con la desafortunada redacción de dicho artículo ha permitido en casos particulares la aplicación de la liquidación pensional contenida en el inciso 3° pero **únicamente en función del principio de favorabilidad**, de manera que la situación de contradicción se resuelva siempre en beneficio del pensionado según el caso, pues de conformidad con este principio consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho 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 en casos como éste, 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.³*

Si bien la aplicación de la favorabilidad implica la adopción integral de la norma escogida por virtud del principio de inescindibilidad de la Ley que le es inherente, debe anotarse que el régimen de transición se constituye en la excepción a dicha regla hermenéutica, pues la redacción misma del precepto legal habilita la aplicación simultánea de los dos ordenamientos (el amparado por el régimen de transición y en cuanto a la liquidación del derecho el contenido en el inciso 3°), y en éste caso la conclusión obligada es la escindibilidad de la norma en función de la favorabilidad.

Así, la liquidación del derecho pensional de los empleados cobijados por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo expuesto admite tres eventos:

1) La aplicación integral de la normatividad anterior en todos los aspectos que conforman el derecho pensional, que como se mencionó al principio corresponde a la esencia misma del sistema de transición.

*2) La aplicación del régimen anterior salvo en el cálculo del **Ingreso Base de Liquidación**, el cual se establecería por favorabilidad de conformidad con la primera regla del inciso 3° ibidem, esto es, **con el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hiciere falta al empleado para acceder a la pensión a partir de la vigencia de la Ley 100**, cuando éste fuere inferior a 10 años; y*

*3) La aplicación del régimen anterior estableciendo el **ingreso base de liquidación** de conformidad con la segunda regla contenida en el inciso 3° en mención, es decir,*

³ C-168 de 1995. Corte Constitucional.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
ANTONIO JOSE AGUIRRE GAMARRA Vs. COLPENSIONES
RAD: 13-001-33-33-012-2015-00024-00

10

con el promedio de lo cotizado durante todo el tiempo, cuando el que faltare para acceder a la pensión fuera superior a 10 años.

*Al respecto debe entenderse que **por ser de la esencia del régimen de transición la aplicación integral del régimen anterior, el primer supuesto opera de pleno derecho para quienes se encuentran inmersos en el mismo y consolidan su status pensional**, así para efectos del cálculo del quantum pensional y la determinación del ingreso base de liquidación se observarán igualmente las normas que gobernaron la concesión del derecho; no sucede así para quienes consideran les beneficia la liquidación establecida en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues si bien corresponde al Juez aplicar el principio de favorabilidad, incumbe en estos casos a la parte interesada no sólo alegarla sino probar y aportar los elementos que permitan establecerla, pues bajo los tres supuestos anteriormente enlistados **la favorabilidad de la norma sólo puede determinarse luego de la liquidación aritmética del derecho**, por lo que se torna necesario para quien pretende la aplicación del inciso 3° en mención, probar que en efecto le beneficia y en tal sentido aportar los certificados salariales que respalden su pretensión."*

EL CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio se pretende la declaratoria de nulidad del acto ficto o presunto, como consecuencia de la petición de fecha 9 de junio de 2014 y recibido por Colpensiones en esa misma fecha, a través del cual se solicitó a la entidad demandada la reliquidación de la pensión vitalicia de vejez del señor ANTONIO JOSE AGUIRRE, por la no inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición de su estatus de pensionado, en aplicación de la Ley 33 de 1985.

Acorde con lo expuesto en el marco jurídico, se tiene que, en principio, las personas que han cumplido los requisitos indicados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se encuentran amparadas por el régimen de transición y, por ende, se les debe aplicar lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 para efectos del reconocimiento de la pensión, sobre el 75% de la totalidad de los factores salariales percibidos durante el último año de servicios.

Del caudal probatorio aportado al proceso, se puede observar que en la Resolución No. GNR 17157 del 17 de enero de 2014, emanada de Colpensiones⁴, por medio de la cual se reconoce la pensión de vejez al señor ANTONIO JOSE AGUIRRE GAMARRA, se acepta que el actor es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, en el mencionado acto se indica que el régimen pensional que le resulta aplicable es el previsto en el Decreto 758 de 1990, y ninguna referencia se hace a la Ley 33 de 1985.

De las certificaciones de fecha 26 de enero de 2000, expedida por el Grupo de Recursos Humanos del SENA Regional Bolívar, visibles de folios 14 al 16 y en el CD contentivo del expediente administrativo ubicado entre los folios 86 y 87, se infiere que el demandante prestó sus servicios a esa entidad desde el 15 de enero de 1971 hasta el 29 de noviembre de 1999, ocupando el cargo de Instructor.

⁴ Ver folios 17-23 del expediente.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

ANTONIO JOSE AGUIRRE GAMARRA Vs. COLPENSIONES
RAD: 13-001-33-33-012-2015-00024-00

11

A folio 13 del expediente y con el expediente administrativo, está acreditado que el demandante nació el 24 de noviembre de 1944.

Conforme a lo anterior, es claro que el demandante se encontraba cobijado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1 de abril de 1994), contaba con más de 40 años de edad, en tales condiciones, le es aplicable el régimen pensional anterior al cual se encontraba afiliado.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el actor cumplió su tiempo laboral en el sector público, en principio, el régimen pensional anterior que le es aplicable es el contenido en Ley 33 de 1985, que establece como requisitos veinte (20) años de servicios y cincuenta y cinco (55) años de edad, y un monto equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.

Sin embargo, lo anterior resulta desvirtuado, porque del expediente administrativo resulta probado lo siguiente:

- A través de Resolución No. 00200 del 2 de marzo de 2000, el SENA reconoció y ordenó el pago a favor del señor Antonio José Aguirre Gamarra de una pensión de jubilación por valor de \$1.015.559, a partir del 30 de noviembre de 1999. En el mencionado acto también se dispuso lo siguiente: *"ARTICULO SEGUNDO: El SENA afiliará al señor ANTONIO JOSE AGUIRRE GAMARRA, en su calidad de pensionado, al Instituto de Seguros Sociales, para continuar cotizando al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993. Reunidos por el peticionario los requisitos legales para la pensión de vejez, le corresponderá a éste obtener el reconocimiento de dicha prestación ante el I.S.S. ARTICULO TERCERO: CONDICION RESOLUTORIA: El SENA cubrirá el valor total de esta pensión, hasta cuando el ISS le reconozca al peticionario la pensión de vejez. A partir de la fecha en que sea reconocida la pensión por el I.S.S., el SENA sólo pagará el mayor valor, si lo hay, entre la mesada a que tenga derecho con base en la presente resolución y el valor reconocido por dicho Instituto. (CD que contiene expediente administrativo)*
- Mediante Resolución No. GNR 17157 del 17 de enero de 2014, Colpensiones, reconoció pensión de vejez al señor Antonio José Aguirre Gamarra, en aplicación del Decreto 758 de 1990, efectiva a partir del 17 de noviembre de 2007, en cuantía de \$1.423.202. (fl. 23 del expediente y CD que contiene expediente administrativo)

De lo anterior, se advierte que la pensión de vejez que fue reconocida por Colpensiones a favor del demandante, tiene el carácter compartida con el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA.

En este sentido, considera el Despacho que el régimen jurídico que gobierna la situación pensional del señor Antonio José Aguirre Gamarra es el contenido en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, tal como se



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

ANTONIO JOSE AGUIRRE GAMARRA Vs. COLPENSIONES
RAD: 13-001-33-33-012-2015-00024-00

12

estableció en la Resolución No. GNR 17157 del 17 de enero de 2014 y ha venido siendo aplicado por la entidad demandada.

Ello encuentra su justificación, en que el artículo 1º del Acuerdo ibidem, dispone que estarán sujetos a la aplicación del mismo, en forma obligatoria, los pensionados por jubilación cuyas pensiones vayan a ser compartidas con las pensiones de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales o asumidas totalmente por él. Esto en consonancia con el artículo 16 del mismo Acuerdo, que establece a su vez, que *"[l]os trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lleven 10 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$ 800.000.00) moneda corriente o superior, ingresarán al seguro obligatorio como afiliados para el riesgo de invalidez, vejez y muerte"* y que *"[a]l cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por la ley para las pensiones plenas o especiales en ella consagradas, podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y éste estará obligado a pagar dicha pensión de jubilación, pero el patrono continuará cotizando en este seguro hasta cuando el trabajador cumpla con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado"*.

Así las cosas, al ser la esencia del régimen de transición la aplicación integral del régimen anterior, que en este caso está contenido en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, estima el Despacho que no resulta procedente acceder a las pretensiones de la demanda, pues las mismas están sustentadas en el cálculo del ingreso base de liquidación según lo consagrado en la Ley 33 de 1985, que no resulta aplicable al demandante, tal como se expuso en párrafos anteriores.

SOBRE LA CONDENAS EN COSTAS

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, el despacho procede a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de la liquidación y ejecución previstos en el C.P.C. En este orden de ideas, se estipula que en el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C., se dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, como ocurre en el presente caso, respecto de la actora.

Es preciso señalar que las costas están integradas por dos clases de gastos: las expensas que son erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado, tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos, los impuestos de timbre, copias, registros, pólizas, es decir, son aquellos que corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo; mientras que las agencias en derecho, corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el Juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en el numeral 3º del artículo 393 del C.P.C., y que no necesariamente deben corresponder a los honorarios pagados por dicha parte a su abogado, es decir, es la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

ANTONIO JOSE AGUIRRE GAMARRA Vs. COLPENSIONES
RAD: 13-001-33-33-012-2015-00024-00

13

Por lo tanto, no se reconocen expensas a la parte demandada en tanto no aparecen en el expediente los gastos causados al demandado. Igualmente, teniendo en cuenta el numeral 3.1.2 del capítulo III del Decreto 1887 de 2003, modificado por el numeral 1º del artículo 1º del Acuerdo 2222 de 2003 proferidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, este despacho condenará a la parte vencida en agencias en derecho las cuales corresponderán al 5% del valor de la cuantía estimada de la demanda⁵, teniendo en cuenta la naturaleza del asunto objeto de estudio, la calidad y la duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado de la parte demandada y la cuantía de las pretensiones.

SOBRE EL REMANENTE DE LOS GASTOS ORDINARIOS DEL PROCESO

En consideración a que la parte demandante ha consignado la suma de Cuarenta Mil Pesos M/Cte. (\$ 40.000.00) m/Cte⁶, a fin de cubrir todos los gastos procesales que se generaran a lo largo del trámite procesal, se tiene que a la fecha de la presente providencia, se generaron gastos en el presente proceso por la suma de Dieciséis Mil Doscientos Pesos M/Cte. (\$ 16.200.00), por lo que previa solicitud del demandante, se ordenará la devolución de dichos remanentes los cuales equivalen a la suma de suma de Veintitrés Mil Ochocientos Pesos M/Cte. (\$ 23.800.00) m/Cte.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cartagena de Indias, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Denegar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte vencida, incluyendo agencias en derecho por el equivalente al 5% del valor de la cuantía estimada en la demanda. Su liquidación se efectuará por Secretaría.

TERCERO: Devuélvase a la parte demandante el remanente existente en este proceso, tal como consta en su respectiva liquidación en la caratula del expediente, pero previa solicitud, la suma de Veintitrés Mil Ochocientos Pesos M/Cte. (\$ 23.800), previa deducción de los gastos que ocasione dicha devolución.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previas las desanotaciones en el sistema Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Leidys Espinosa V.

LEIDYS LILIANA ESPINOSA VALEST

Jueza

⁵ La cuantía de la demanda se estimó en \$ 8.450.882,78.00 (fl. 8)

⁶ Ver folios 50-51 del expediente.