

República de Colombia



Tribunal Administrativo del Meta

MAGISTRADO PONENTE: HÉCTOR ENRIQUE REY MORENO

Villavicencio, marzo veintinueve (29) de dos mil dieciséis (2016)

RADICACIÓN: 50001-33-33-005-2013-00029-01
DEMANDANTE: BLANCA AURORA GUTIERREZ RUBIANO
DEMANDADO: FONDO COLPENSIONES; INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL EN LIQUIDACION
NATURALEZA: NULIDAD Y REST. DEL DERECHO

Decide el despacho el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la providencia dictada en audiencia inicial el 27 de marzo de 2014, por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, en la cual declaró probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa respecto de la Resolución 41104 del 2 de septiembre de 2008 y, en consecuencia, rechazó parcialmente la demanda respecto del referido acto administrativo.

ANTECEDENTES:

La señora **BLANCA AURORA GUTIERREZ RUBIANO**, a través de apoderado, demandó a **COLPENSIONES** y al **I.S.S. EN LIQUIDACIÓN**, con el fin de que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto, generado como consecuencia del silencio administrativo negativo, producido por inoperancia de la administración frente a la petición por ella formulada el 28 de junio de 2012, por medio de la cual solicitó al ISS la reliquidación de la mesada pensional, conforme con la Ley 71 de 1988, es decir, calculando el IBL con base en el promedio de lo devengado en el último año de servicios e incluyendo todos los factores devengados y que se indexara la primera mesada

pensional, desde el momento que se retiró del servicio, hasta que se consolidó su derecho a la pensión. Igualmente, solicitó declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 41104 del 02 de septiembre de 2008, por medio de la cual el I.S.S., le reconoció la pensión de jubilación, en cuanto al monto o ingreso base de liquidación para efectos de calcular la primera mesada pensional.

Como consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, la actora solicitó que se condene a las demandadas a reliquidar su pensión de jubilación en los términos señalados en la Ley 71 de 1988. Ordenar la reliquidación de la pensión, la cual debía hacerse efectiva a partir del 16 de mayo de 2007, sobre la base del 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios a órdenes de la Contraloría Departamental del Meta, incluyendo todos los factores salariales devengados, de acuerdo con la certificación expedida por la Alcaldía de Arauquita – Arauca. Que se ordene a las demandadas indexar la primera mesada. A cancelar la diferencia entre lo pagado y lo que debió pagársele por las mesadas causadas, con el valor reliquidado de la primera mesada. Se condene a pago de intereses moratorios, indexación.

La demanda fue instaurada en enero 28 de 2013 de conformidad con el acta de reparto visible 31 del c1.

PROVIDENCIA OBJETO DE RECURSO

El Juzgado Quinto Administrativo Oral de Villavicencio, el 27 de marzo de 2014, celebró audiencia inicial en el presente asunto y en la etapa de excepciones, decidió declarar probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa respecto de la Resolución 41104 del 2 de septiembre de 2008 y, en consecuencia, rechazó parcialmente la demanda respecto del referido acto administrativo, argumentando que no se agotó en debida forma la vía gubernativa, ya que de acuerdo con el artículo 5º de la misma resolución, debió interponerse el recurso de apelación, el cual era obligatorio para agotar la vía gubernativa y acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa como lo establecen los artículos 135 y 63 del C.C.A. vigentes para la época del acto administrativo y 76 del C.P.C.A. vigente para el momento de la interposición de

la demanda, por lo que rechazó la demanda parcialmente ya que el acto administrativo no es susceptible de control judicial.

RECURSO DE APELACION

Dentro del término de la notificación en estrados de la decisión, la parte demandada interpuso recurso de apelación, argumentando que la Resolución 41104 del 2 de septiembre de 2008 constituye el antecedente por medio del cual se le reconoció la pensión a la demandante, la cual tiene presunción de legalidad y, por lo tanto, las disposiciones que se tomaron en la mismo guardarían vigencia, resultando contrario con el ordenamiento entrar en un debate judicial de unos actos posteriores, resultando los correcto por economía procesal que se hubiere rechazado la demanda totalmente.

La parte demandante, en la oportunidad de traslado dado por el juzgado, manifestó que por no haberse agotado la vía gubernativa contra la Resolución que le reconoció la pensión no pueden cercenarse los derechos que tiene de solicitar la reliquidación de la pensión, que lo que desea es que se le otorgue una mesada justa y equitativa. Recordó que el derecho que tiene de solicitar que se le revise su pensión es imprescriptible y el acto administrativo ficto es autónomo y puede ser enjuiciado en sede judicial para que se revise la pensión reconocida.

CONSIDERACIONES:

Según lo normado en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA, concordante con el numeral 3º del artículo 244 ibídem, este Tribunal Administrativo es competente para resolver el recurso de apelación contra las providencias susceptibles de este medio de impugnación, tal como lo es el auto que decide excepciones previas.

Cabe señalar, que el conocimiento radica exclusivamente en el suscrito ponente, acogiendo la decisión de unificación del Consejo de Estado¹,

¹ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. ENRIQUE GIL BOTERO, Radicación 25000233600020120039501 (IJ), Demandante: Café Salud Entidad Promotora de Salud S.A., Demandado: Nación-Ministerio de Salud y de la Protección Social, de fecha junio 25 de 2014.

en la cual se consideró que la competencia funcional frente a la impugnación de los autos que no terminan el proceso será unitaria, precisando así el órgano de cierre de esta jurisdicción en el mencionado pronunciamiento:

*“Así las cosas, no acertó el Tribunal en la decisión de no conceder el recurso de apelación contra la decisión que no declaró probada una excepción previa, toda vez que en los términos del artículo 180 del CPACA –norma especial– esa decisión es pasible o susceptible del recurso de apelación. Y, para efectos de competencia funcional, habrá que recurrir a lo dispuesto en el artículo 125 ibídem, es decir, que si la excepción que se declara probada da por terminado el proceso –por tratarse de una de aquellas decisiones a que se refieren los numerales 1 a 4 del artículo 243 de la misma codificación– tendrá que ser proferida por la respectiva sala de decisión del Tribunal Administrativo en primera instancia; a contrario sensu, **si la providencia no declara probada la excepción y, por lo tanto, no se desprende la finalización del plenario, entonces será competencia exclusiva del ponente**, y en ambos casos será procedente el recurso de apelación, en el primer caso resuelto por la respectiva sala de decisión del Consejo de Estado, y en el segundo por el Consejero Ponente a quien le corresponda el conocimiento del asunto en segunda instancia”.*

Ahora bien, establecida la competencia del despacho para conocer del recurso de apelación contra la decisión objeto de alzada, se procede a su estudio en el siguiente orden:

De los argumentos sostenidos por el juzgador de primera instancia y los reparos expuestos en el recurso de alzada, se precisa que el problema jurídico a resolver consiste en establecer si, tal como se indicó en la decisión recurrida, se debe rechazar parcialmente la demanda respecto de la Resolución No. 41104 del 02 de septiembre de 2008, por no haberse agotado la vía gubernativa y continuar el proceso en lo tocante con la solicitud de nulidad del acto administrativo ficto o presunto, derivado de la petición elevada por la actora el 28 de junio de 2012, y/o como lo aduce el recurrente el rechazo debió comprender toda la demanda, porque no es viable hacer un estudio sobre el acto ficto, quedando incólume el acto administrativo por medio del cual se reconoció la pensión.

Ab initio, el despacho señala que el recurso de alzada no tiene vocación de prosperidad y, en consecuencia, la providencia dictada por el a-quo será confirmada, por las siguientes razones:

Se encuentra ajustada la decisión tomada en la instancia inferior, al declarar probada la excepción de la falta de agotamiento de la vía gubernativa respecto de la Resolución N° 41104 de julio 02 de 2008, por medio de la cual se le reconoció la pensión de jubilación a la demandante, pues, contra la misma procedía el recurso de apelación (obligatorio)², el cual no fue interpuesto por la actora.

Sin perjuicio de lo anterior, no resultan jurídicamente relevantes las apreciaciones en el sentido de que el acto ficto o presunto que nació como producto del silencio administrativo negativo de la entidad demandada no puede ser estudiado por esta jurisdicción, porque el acto administrativo que reconoció la pensión de jubilación a la actora quedó vigente, pues, al solicitarse la reliquidación de la pensión se abre la posibilidad del debate frente al específico tema, no haciéndose necesario demandar el acto de reconocimiento de la misma, ya que este es un derecho que le asiste a todo pensionado, que si bien inicialmente estuvo de acuerdo con lo que le reconocieron, puede acudir a la administración posteriormente para que revisen su pensión, ya sea para estudiar el régimen aplicable, el ingreso base, la inclusión de otros factores, etc.

La anterior intelección tiene asidero constitucional, pues, si se consulta el preámbulo de la constitución, los artículos 2, 13, 53, en especial éste último, en la misma se consagra la protección del trabajo y de los trabajadores, estableciendo como principios mínimos fundamentales el de remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, entre otros.

El Honorable Consejo de Estado³, ha venido sosteniendo la tesis señalada precisando que: *“como la pensión citada es de carácter periódico, posterior a su reconocimiento y goce es posible que el interesado eleve petición para que se le incluyan factores pensionales que originalmente no se tuvieron en cuenta, debiendo la*

² Ver folio 24 del cuaderno principal

³ CONSEJO DE ESTADO. SECCION SEGUNDA. Sentencia del 19 de enero de 2006. Expediente No. 25000-23-25-000-2003-04682-01(5408-05)

*administración resolver de fondo tal reclamación, sin poder excusarse en una pretendida cosa juzgada administrativa*⁴.

Por lo tanto, es procedente demandar el acto administrativo que se produce por parte de la administración respecto de la petición posterior, relacionada con la reliquidación o revisión de la pensión.

Como quiera que en el caso concreto la administración guardó silencio frente a la petición elevada por la actora el 28 de junio de 2012, se configuró el denominado silencio administrativo negativo.

El despacho recuerda que el silencio administrativo es un fenómeno en virtud del cual la ley contempla que, en determinados casos, a la falta de decisión de la Administración frente a peticiones o recursos elevados por los administrados, se le da un efecto que puede ser negativo o positivo. Ese efecto se conoce como acto ficto o presunto, pues, aunque en tales eventos no existe una decisión expresa que contenga la voluntad de la Administración frente al asunto que ha sido sometido a su consideración, la ley le da al silencio de la Administración unos efectos similares a los del acto administrativo expreso. La razón de ser del fenómeno del silencio administrativo es la de evitar que los asuntos que la Administración debe resolver queden sin decidir de manera indefinida.

Para el órgano de cierre de esta jurisdicción, el silencio negativo, le abre al interesado la posibilidad de demandar el acto ficto negativo, a pesar de que las autoridades hayan omitido su deber de pronunciarse⁵.

⁴ Esta Corporación en sentencia del 11 de febrero de 2014 dentro del proceso con radicado No. 50-001-33-31-004-2008-00105-01 de nulidad y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Demandante: ABEL ABDIAS MAZO PALACIN. Contra: CAJANAL EICE, se pronunció respecto de este tema, señalando que: “Así las cosas, si bien el a quo propuso la mera ocurrencia del medio exceptivo cosa juzgada, dentro del mismo debe advertirse que en la doctrina y la jurisprudencia es clara la existencia y la distinción entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material, en el siguiente sentido: 2.1.- C J Formal: el elemento formal implica que es posible volver sobre una decisión tomada en providencia ejecutoriada, dentro del mismo proceso, o en otro en el que se debata la misma causa petendi e idénticos fundamentos jurídicos, sin que se afecte la estabilidad del orden jurídico. 2.2.- C J Material: hace alusión a la intangibilidad de la sentencia en firme, pues, se tiene por cierto que la actividad jurisdiccional se ocupó plenamente de la relación objeto de la contienda y que ésta fue decidida con la plenitud de las formas propias del juicio”.

⁵ CONSEJO DE ESTADO CONSEJO DE ESTADO. SECCION CUARTA. Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ. Providencia del 30 de abril de 2014. Radicación número: 13001-23-31-000-2007-00251-01(19553). Actor: INVERSIONES M. SUAREZ & CIA. S. EN C. – EN LIQUIDACION. Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN

Así las cosas, para este despacho no existe duda respecto de que la demanda debe continuar con relación al estudio del acto presunto o ficto, que surgió como resultado del silencio administrativo negativo, originado en la petición elevada el 28 de junio de 2012, mediante la cual la actora solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación a la entidad demandada.

Así las cosas, se confirmará el auto recurrido y se ordenará la devolución del expediente al juzgado de origen para que se continúe con el trámite procesal correspondiente.

Por lo anteriormente expuesto el Tribunal Administrativo del Meta,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto dictado en audiencia inicial llevada a cabo en marzo 27 de 2015, proferido por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Villavicencio, que declaró probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa respecto de la Resolución 41104 del 2 de septiembre de 2008 y dio por terminado el medio de control respecto del referido auto, ordenando continuar el proceso con relación al acto ficto o presunto originado en el silencio administrativo frente a la petición elevada por la actora el 28 de junio de 2012, de conformidad con las razones señaladas en parte considerativa.

SEGUNDO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, regresen las diligencias al despacho de origen, con el fin de que se continúe con el proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HÉCTOR ENRIQUE REY MORENO

Magistrado ponente