



211

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja

Tunja, veintiuno (21) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Demandante: José Antonio Medina Márquez
Demandado : Administradora Colombiana de Pensiones
(COLPENSIONES)
Radicación : 150013333011201400127-00
Medio : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Decide el Despacho en primera instancia sobre el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, instaurado por José Antonio Medina Márquez, contra la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES)

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, el señor José Antonio Medina Márquez, a través de apoderado judicial, solicita que se declare la existencia del acto administrativo ficto o presunto, originado como consecuencia de la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación radicada el 2 de marzo de 2010, pues hasta la fecha no ha sido resuelta y que respecto del mismo se declare su nulidad.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento solicita que se ordene a la Entidad accionada a reliquidar la pensión mensual de jubilación del actor, con el 75% de todos los factores salariales que devengó durante el último año de prestación de servicios -entre 1º de octubre de 2008 y 31 de octubre de 2009-, por encontrarse amparado en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo, demanda que se condene a la Entidad a pagar las diferencias que resulten desde el 1º de noviembre de 2009, fecha de adquisición del estatus pensional, junto con la indexación de cada una de estas sumas de dinero, entre la fecha en que debió pagarse y “...hasta cuando se pague en su totalidad” (f.4).

Finalmente, pide que se ordene el cumplimiento de la sentencia conforme a lo establecido en el artículo 192 del CPACA y que se condene en costas a la demandada.

2. Hechos

El apoderado de la parte actora refiere que el accionante prestó sus servicios, de la siguiente manera:

- E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, del 16 de julio de 1976 al 8 de abril de 1977.
- Caja Nacional de Previsión Social, entre el 9 de mayo de 1977 y el 30 de diciembre de 1993.
- E.S.E. Hospital “Santa Ana” de Muzo, desde el 28 de junio de 2007 y hasta el 31 de octubre de 2009.

Cuenta que el actor solicitó ante el Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación; la cual fue concedida a través de la Resolución No.021144 de 21 de mayo de 2009, en cuantía de \$1'205.381, condicionada a demostrar el retiro definitivo del servicio y liquidada con el promedio de lo devengado o cotizado durante los diez últimos años de servicio, actualizado anualmente con el IPC.

Indica que mediante la Resolución No.53487 de 11 de noviembre de 2009, el Instituto de Seguros Sociales resolvió modificar la Resolución 021144 de 2009, en el sentido de incluir en nómina al actor a partir del 1º de noviembre de 2009, en cuantía de \$1'215.829. Agrega que mediante Resolución No. 018281 de 22 de junio de 2010 se modificó el monto de la pensión en un valor de \$1'263.725.

212

Aduce que el 2 de marzo de 2010, el señor José Antonio Medina solicitó al Instituto de Seguros Sociales, la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, por encontrarse amparado en el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993. Resalta que a la fecha dicha solicitud no ha sido resuelta por parte de Colpensiones.

3. Normas Violadas y Concepto de la Violación

El apoderado de la parte actora señala como vulnerados los artículos 2, 6, 13 25 y 58 de la Constitución Política, 10º del Código Civil, 5º de la Ley 57 de 1887; el Decreto Ley 1045 de 1978 y las Leyes 33 y 62 de 1985, 4ª de 1966 y 1437 de 2011.

Refiere que la omisión de COLPENSIONES frente a la solicitud de reliquidación pensional realizada por el demandante, da lugar a que se origine un acto administrativo presunto o ficto negativo, debido a que ya ha transcurrido el término legal para dar contestación a la misma.

Afirma que el accionante se encuentra amparado por el régimen de transición referido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por cuanto al 1º de abril de 1994, tenía más de 15 años de servicio y 35 años de edad, por lo que la liquidación de su pensión de jubilación se debe calcular con los factores salariales de las Leyes 33 y 62 de 1985, los cuales no son taxativos sino enunciativos. Para sustentar su argumento, transcribe un aparte de la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, proferida por el Consejo de Estado, en la que se definen los factores que constituyen salario; pronunciamiento que considera debe ser aplicado en el sub lite, en atención a lo establecido en el artículo 10º de la Ley 1437 de 2011.

Sostiene que la Entidad demandada ha desconocido el artículo 48 de la Constitución Política, pues está aplicando unas normas que no corresponden como son la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, pues como ya se explicó, *“...el demandante al primero (1) de abril de 1994 tenía más de 35 años de edad y más de 15 años de servicio, circunstancia ésta que implica que, de manera automática se le debe aplicar en su integridad las normas anteriores para efectos de reliquidación de su pensión de jubilación, estas normas son la Ley 33 de 1985 y Decreto*

Ley 1045 de 1978 (...) por consiguiente la referida reliquidación es sobre todos los factores devengados y certificados en el último año de servicio, es decir, desde el 01 de octubre de 2008 al 31 de octubre de 2009... “(f.39).

Reitera la postura mantenida por el H. Consejo de Estado en lo que tiene que ver con los factores que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición, indicando que constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el funcionario o empleado como retribución del servicio. Concluye que al actor se le debe reliquidar la pensión de jubilación con fundamento en todo lo devengado y debidamente certificado en el último año de servicios.

4. Contestación de la demanda

El apoderado judicial de la parte accionada contestó la demanda en los siguientes términos (f. 61 s.):

Luego de referirse a la naturaleza jurídica de la Entidad accionada, se opone a la totalidad de las pretensiones, como quiera que no se estructuran los presupuestos fácticos ni legales para la prosperidad del reconocimiento de la pensión de jubilación y la respectiva reliquidación que contempla el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978.

Señala que a los beneficiarios del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se les debe respetar el régimen anterior – Ley 33 de 1985- frente a los requisitos de edad y tiempo de servicios, por cuanto dichos elementos “...*forman parte integrante de la naturaleza de este derecho prestacional, que los mismos deben reunirse para poder (sic) que se configure el derecho en favor de quien lo solicita, es decir que dependen uno del otro para que nazca a la vida jurídica ...*” (f.62).

Luego de transcribir un aparte de la Sentencia C-038 de 2004, en relación con los derechos adquiridos, asevera que “...*en ausencia de documento idóneo que así lo acredite no existe certeza para la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES del derecho adquirido. En consecuencia no es procedente reliquidar la pensión de jubilación que argumenta el actor, debido*

a que no aportó el material probatorio para realizar el análisis respectivo y no adjuntó la novedad del retiro...” (f.63).

Formula las siguientes excepciones:

4.1. Inexistencia del derecho y la obligación reclamada

Aduce que no se puede conceder lo pretendido por el actor, habida cuenta que no se encuentra acreditada la vinculación con las empresas con las cuales laboró, la historia laboral, los certificados CLEP y las resoluciones respectivas al derecho que según el demandante fue reconocido por COLPENSIONES, así pues, determina que no se puede conceder una reliquidación sin tener certeza del derecho que presuntamente se reconoció en Resolución No.021144 de 2009.

4.2. Cobro de lo no debido

Indica que el demandante no acredita el reconocimiento de su pensión de vejez concedida por nuestra Entidad, razón por la cual, la reliquidación de la misma no es procedente.

4.3. Buena fe

Asevera que las actuaciones desplegadas por la Entidad se realizaron en atención al principio de buena fe y en cumplimiento de la normativa legal vigente para efectos de reconocimiento de derechos pensionales.

4.4. Prescripción

Manifiesta que en caso de una eventual condena se debe declarar la prescripción de las mesadas o sumas causadas con anterioridad a los tres años de la presentación de la demanda.

5. Alegatos de conclusión

Corrido el traslado para alegar (f. 421), la Entidad accionada guardó silencio. El apoderado presentó alegatos reiterando los hechos y fundamentos de derechos planteados en la demanda (f. 193 s.).

II. CONSIDERACIONES

Surtido del trámite legal del proceso y sin que se observe vicio de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a adoptar la decisión que en derecho corresponda, previo el análisis de los elementos probatorios allegados de la siguiente manera.

1. Problema jurídico

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia de 5 de mayo de 2015 (f.93), corresponde al Despacho establecer si el accionante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación, de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 100 de 1993 y 33 de 1985, esto es con el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios o con el promedio de aportes realizados en los últimos 10 años de servicio, aplicando la norma más beneficiosa.

Para resolver el problema jurídico el Despacho abordará el fondo del asunto de la siguiente manera:

2. Del alcance del artículo 36 de la Ley 100 de 1993

El Despacho advierte que la discusión en torno al alcance de los beneficios otorgados por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ha sido objeto de múltiples controversias por la contradicción existente en sus incisos segundo y tercero frente al monto de la pensión; conflicto sobre el cual se pronunció el Consejo de Estado en sentencia de 21 de septiembre de 2000, expediente con radicación interna No. 470-99 en la cual señaló que la acepción de la palabra monto prevista en el inciso segundo ibídem incluye *“la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que*

214

deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100”; razón por la cual la previsión sobre ingreso base y liquidación aritmética prevista en el inciso 3º, constituye una redacción contradictoria que según señaló la Corporación “conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política a tener en cuenta la más favorable, o sea la primera regla del inciso 2º...”

Posición que ha sido reiterada en forma pacífica, es así como la Corte en la sentencia C-258-13, Actor: Germán Calderón España y otros, hizo un recuento del estado del arte, así:

“...Algunas Salas de Revisión de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han venido defendiendo la tesis de la integralidad en la aplicación de los regímenes de transición frente a la determinación del IBL. Sobre el particular, han considerado que en el momento de la determinación del IBL deben aplicarse las normas especiales de cada régimen especial, y sólo en forma supletiva se aplica el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de lo devengado en los diez últimos años de servicio. Lo anterior se fundamenta en las siguientes razones:

Se ha señalado que el régimen de transición, como excepción a las reglas generales del sistema de pensiones, tiene como fundamento, de un lado, la protección de las expectativas y la confianza legítima a partir del principio de buena fe, y de otro, la garantía de los derechos adquiridos en el tránsito de una legislación a otra.

También se ha sostenido que el principio de favorabilidad en materia laboral reconocido en el artículo 53 de la Carta, impone el deber al juez constitucional de elegir la interpretación de un precepto –de orden legal o constitucional– más favorable para los intereses del trabajador, en este caso, pensionado. En este orden, la interpretación más favorable del artículo 36 de la Ley 100 es aquella según la cual se deben aplicar todas las reglas de los regímenes especiales a los beneficiarios del régimen de transición.

Por otra parte, la Corporación ha sostenido que las disposiciones que regulan los regímenes pensionales, específicamente las reglas sobre edad, tiempo, tasa de reemplazo, IBL, topes y factores salariales, forman una unidad inescindible y, por tanto, deben aplicarse en su totalidad a los beneficiarios del régimen. En este orden de ideas, se ha precisado que la Administración sólo puede aplicar las reglas generales de Ley 100, especialmente en materia de IBL, topes y factores salariales, cuando expresamente el régimen pensional anterior no haya establecido alguno de ellos”.

Lo expuesto permite establecer claramente que la posición de los Órganos de Cierre, para esa época, en torno a que sólo es posible acudir al

inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para determinar el ingreso base de liquidación, cuando el régimen especial no regule tal aspecto.

La parte demandada acudiendo al mismo fallo C-258-13 argumenta que su aplicación al caso de autos es obligatoria como quiera que sus determinaciones son fuente de derecho y por ende tienen efecto vinculante, por lo que las pensiones deben ser liquidadas de conformidad con lo previsto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores del Decreto 1158 de 1994.

El Despacho señala que indudablemente el *decisum* y la *ratio decidendi* de la citada sentencia C-258-13, tienen carácter vinculante y por tanto deben ser acogidos, ello en el ámbito preciso en el cual determinó el mencionado fallo.

El Despacho no comparte los argumentos expuestos por la demandada, por cuanto en la providencia referida, la Corte Constitucional señaló de manera expresa que las consideraciones expuestas frente a las normas cuya constitucionalidad analizó, no podían predicarse de disposiciones que regulaban otros regímenes pensionales, es así como en el **objeto del fallo** precisó la Corporación de manera expresa, que los efectos de su fallo **estaban limitados únicamente al régimen pensional especial a que se refería la normativa demandada**, esto es, el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, lo cual resulta razonable dado el carácter rogado de la acción pública de inconstitucionalidad. Luego, no puede decirse que las razones que tuvo la Corte para resolver dicho asunto, se deben aplicar a las demás disposiciones que regulan los distintos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, como las disposiciones en que se fundamentan las pretensiones de la presente demanda no hicieron parte del objeto de estudio que abordó la Corte en el precitado fallo, no se puede concluir que las razones de inconstitucionalidad expuestas allí son aplicables al asunto *sub examine*, pues como bien lo advirtió el mismo pronunciamiento, **la naturaleza de cada régimen pensional es distinto**, de manera que no se puede aplicar dicha sentencia ni siquiera por razones de igualdad, dado que las pensiones de los congresistas (régimen especial) y las de la generalidad

215

de la población (régimen general) no son comparables desde ningún punto de vista.

Véase por ejemplo, que los argumentos relacionados con el sacrificio a que llevaría la transferencia de subsidios públicos excesivos para un grupo de personas que no están en condiciones de vulnerabilidad, solamente es predicable de quienes son beneficiarios de pensiones altas, como es el caso de los congresistas, sin que su situación se pueda comparar con la de la generalidad de la población beneficiaria de los demás sistemas pensionales.

Así las cosas, no se puede concluir que la *ratio decidendi* de la sentencia C-258 de 2013, se fundó en la constitucionalidad o inconstitucionalidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y mucho menos que lo expuesto por la Corte es vinculante para regímenes diferentes a los que se analizaron en la citada sentencia, dado que dicha providencia fue clara en decantar de forma expresa que no era extensiva, razonamiento que además fue reiterado por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en sentencia de 30 de julio de 2015, expediente 150013333011201300214-02, actor Luz María Vargas de García, en el que se señaló que “...ni la parte resolutive ni la *ratio decidendi* de la sentencia C-258 de 2013 pueden extenderse al asunto sub examine relativo a la reliquidación de una pensión de jubilación de conformidad con las reglas establecidas por el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y lo dispuesto para el efecto por la Ley 33 de 1985...”.

Refuerza lo expuesto, lo dicho por el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación proferida el 12 de septiembre de 2014, en el expediente No. 25000-23-42-000-2013-00632-01 (1434-2014), en la cual se precisó que el objeto de la Sentencia C-258 de 2013 se encuentra restringido “...sólo a las pensiones congresionales con origen en la Ley 4ª de 1992 -artículo 17- y por extensión legal, a las pensiones de los Magistrados de las Altas Cortes de Justicia, según el Decreto 104 de 1994 -artículo 28, sin que se pueda entender allí incluidos los Magistrados que se encuentran cobijados por el régimen de transición previsto para la Rama Judicial, por cuanto la Corte en forma expresa señaló que no abordaría la constitucionalidad de éste y otros regímenes...”

Véase entonces que existe pronunciamiento de unificación del Máximo Órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que en

concordancia con lo expresado en la sentencia C-258 de 2013, permite afirmar que ésta solo tiene efecto vinculante para quienes configuran su derecho pensional en los términos previstos para el régimen pensional especial objeto de dicha decisión; posición que reiteró el Consejo de Estado en sentencia de tutela proferida el 2 de julio de 2015 en el expediente radicado con el No. 25000-23-42-000-2013-04281-01, Actor: Pablo Eduardo Victoria Wilches.

No obstante lo anterior, la Honorable Corte Constitucional en sentencia Su-230-15 afirmó que *“en la Sentencia C-258 de 2013, respecto de la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la Corte determinó que el cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas previstas en las normas especiales que anteceden al régimen de transición, constituye la concesión de una ventaja que no previó el legislador al expedir la Ley 100...”* y *“fijó unos parámetros de interpretación para la aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100/93, especialmente en lo relacionado en su inciso 3º, que establece el modo de calcular el ingreso base de liquidación para aquellos beneficiarios del tránsito normativo...”*, argumento con el cual, considera el Despacho, la propia Corte desconoció lo expuesto en su fallo, pues como se depuró en precedencia, la Sentencia C-258 de 2013, fue clara en decantar de manera expresa, que dicha providencia no podía extenderse a los demás regímenes pensionales en forma automática.

La mencionada contradicción, fue advertida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en el fallo proferido en el expediente 15238333001201300422, en donde se sostuvo que *“...la Sentencia SU-230 de 2015 no refleja lo expuesto en la sentencia de constitucionalidad y por el contrario, se asume en esta última providencia un alcance que la primera no dio expresamente al caso examinado y que (...) no podría ser interpretado por una sentencia de tutela posterior, avanzando a variar el ámbito de la decisión e incluso de la norma que en ese caso fue estudiada en sede de constitucionalidad...”*, argumento que comparte el presente Despacho, pues como se dilucidó en el análisis que se esbozó frente al citado pronunciamiento C-258 de 2013, en aquella oportunidad la Corte Constitucional no debatió la constitucionalidad o inconstitucionalidad frente al artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Por ende la interpretación que efectuó del régimen de transición para los congresistas no es aplicable al régimen general, ni tiene fuerza vinculante para éste.

216

El Despacho considera que acudir a la interpretación que la Corte realizó para el régimen de congresistas, constituiría una violación de los principios de legalidad, favorabilidad, *indubio pro operario* e inescindibilidad, pues como ha sido posición reiterada de la jurisprudencia, no es posible realizar una distinción que permita la fragmentación de la normatividad aplicable en el punto específico de la determinación del ingreso base de liquidación.

Ahora bien, en criterio de la presente instancia, la sub regla utilizada por la Corte en la sentencia C-258 de 2013, para liquidar el monto de la pensión de los congresistas, resulta lógica, pues como lo ha establecido la misma Corte en su reiterada jurisprudencia, la fórmula contenida en el inciso tercero del citado artículo 36, es aplicable en caso que el régimen especial no haya previsto una forma especial para definir el ingreso base de liquidación, lo que sucedió al desaparecer, como consecuencia de la declaratoria de inexequibilidad, la norma que establecía la forma de calcular el monto para dicho régimen.

El Despacho resalta además que en la sentencia SU-230 de 2015 se analiza un asunto decidido por la Corte Suprema de Justicia, Corporación que posee una posición jurisprudencial diferente a la erigida por la jurisdicción contenciosa. Sobre la obligatoriedad del precedente jurisprudencial del Consejo de Estado en materia de liquidación pensional de personas cobijadas por el régimen de transición se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto de 16 de febrero de 2012, Exp.: 11001-03-06-000-2011-00049-00, en el que indicó:

“...c. Así mismo, es importante resaltar que el precedente establecido por los órganos de cierre de cada una de las jurisdicciones (ordinaria o contenciosa) es relevante al interior de cada una de ellas y respecto de los asuntos que son objeto de su conocimiento; dicho de otro modo, el precedente fijado por la jurisdicción ordinaria o por la contenciosa administrativa, no se vuelve vinculante para la otra, pues cada una, dentro de su propia autonomía, puede establecer las reglas de interpretación de los asuntos sometidos a su conocimiento. Esto es especialmente importante en el tema consultado, pues respecto de los factores salariales que deben tomarse en cuenta para liquidar la pensión, la jurisprudencia del Consejo de Estado es diferente a la fijada por la Corte Suprema de Justicia en los asuntos de su competencia, de forma que lo dicho en cada jurisdicción no es trasladable necesariamente a la otra...”

Al observar la sentencia SU-230 de 2015, el Despacho encuentra como elemento de disanalogía, que en dicha sentencia se analiza un caso de un trabajador oficial, lo que también contribuye a concluir que tal determinación no resulta aplicable al caso de autos, como quiera que en el presente caso se decide en torno a la situación jurídica de un empleado público.

En suma, el Despacho advierte que se impone apartarse de la previsión efectuada por la sentencia SU-230 de 2015, pues el citado fallo se basa en una afirmación que contradice **el objeto** de la sentencia C-258 de 2013; y por ende, el alcance de la cosa juzgada constitucional que fijó el mencionado fallo; amén de que en él se analiza un caso de un trabajador oficial que no se aviene con el estudio que debe efectuarse en el sub lite.

Conforme a lo expuesto, se concluye que en aquellos casos que el trabajador es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es preciso liquidar el monto de la pensión atendiendo a lo dispuesto en el régimen anterior, que para el presente caso es la Ley 33 de 1985, la cual señala como base para la liquidación el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) incluyendo todos los factores que constituyen salario, devengados durante el último año de servicios.

Así pues, el Despacho acoge y acata la jurisprudencia unificada que se ha mantenido incólume en los pronunciamientos del Consejo de Estado; es así como, en fallo de 13 de febrero de 2014, radicado interno 2378-12, Actor: Ana Rosa Solano de Rincón, señaló que *“...el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, consagró el régimen de transición, consistente en que a las personas que cumplan las hipótesis allí previstas, en cuanto a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, se les aplicará en su integridad el régimen anterior que las regula y beneficia. Si se aplica el inciso tercero del mismo artículo 36 de la citada norma, para establecer la base de liquidación de la pensión, se escinde la Ley, pues la normatividad anterior señala la forma de liquidar la pensión, se desnaturaliza el régimen, y se dejaría de aplicar el principio de favorabilidad de la Ley en los términos ya indicados...”*.

Así las cosas, se comparte en forma integral, los argumentos jurídicos en los cuales se funda la jurisprudencia del Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo.

217

3. De los factores de liquidación

Si bien en un comienzo la jurisprudencia no fue pacífica en torno a los factores que debían tenerse en cuenta, este debate jurisprudencial culminó con la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, en el expediente Radicado con el No. 25000-23-25-000-2006-07509-01, Actor: Luis Mario Velandia, en la que determinó que 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, en razón al carácter de salario diferido que tiene la pensión y en atención a los principios de progresividad y favorabilidad en materia laboral. Así mismo precisó que las finanzas públicas no pueden convertirse en una limitante al acceso a las prestaciones sociales o en justificación a la disminución de sus garantías, fundamentos que por ser compartidos por este Despacho, serán acogidos en su totalidad.

Es del caso resaltar que el precedente vertical así expuesto es de obligatorio cumplimiento, tal como lo indicó el Consejo de Estado en sentencia proferida el 12 de noviembre de 2015, radicado No. 11001-03-15-000-2015-02747-00, Actor: Henry López López, en el cual tuteló una decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca ordenando proferir una nueva sentencia en la cual se observara el *“fallo de unificación del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010 (expediente 25000-23-25-000-2006-07509-01)”*; pues según expuso el Órgano de Cierre de esta Jurisdicción *“con posterioridad al aludido fallo SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado no se ha pronunciado por vía ordinaria, de modo que no ha cambiado su criterio jurisprudencial consolidado en la mencionada sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 y en consecuencia, debe aplicarse al caso concreto, esto es, calcular el monto de la pensión del actor en atención a los factores salariales devengados durante el último año de servicios...”*

Así mismo, dicha Corporación puso fin a dicha controversia en sentencia de unificación de fecha 25 de febrero de 2016, referencia 4683-2013, Actor: Rosa Ernestina Agudelo Rincón, en el aclaró que: *“En esta oportunidad la Sección Segunda del Consejo de Estado considera que la sentencia SU-230 de 2015, dado que tuvo como origen una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte*

Suprema de Justicia, que casó el fallo recurrido y ordenó liquidar la pensión con el promedio de los últimos 10 años, lo que hizo fue avalar la interpretación que tradicionalmente ha tenido la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, con respecto a las competencias que corresponden a la jurisdicción ordinaria. Ahora bien, dado que dentro de sus competencias, la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de los regímenes especiales del sector público en materia pensional, y que a su interior se aplican no uno sino múltiples regímenes normativos especiales de pensiones, en virtud del régimen de transición pensional, la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de referirse específicamente a las interpretaciones acerca del monto de las pensiones de transición por parte de esta jurisdicción y las ha considerado ajustadas a la Constitución y a la ley, con excepción de las pensiones del régimen de Congresistas y asimilados al mismo, precisamente en virtud de la sentencia C-258 de 2013.” Y reiteró que “... el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%)”.

Así las cosas, todos aquellos emolumentos que tengan el carácter de factor salarial, así como las prestaciones a las cuales el Decreto 1045 de 1978 le dio la connotación de salarial para liquidar pensiones y cesantías, deberán ser incluidos en la base de liquidación de la pensión.

4. De la configuración del silencio administrativo negativo

Frente al tema, es del caso hacer mención a la sentencia del 8 de marzo de 2007, radicación número: 25000-23-26-000-1995-01143-01(14850) de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la que el Consejero Mauricio Fajardo Gómez señala que cuando la Administración no resuelva en el término legal una petición que le haya sido presentada, habrá lugar al silencio administrativo negativo y a la consecuente configuración del acto ficto o presunto. Así explicó:

“...Por regla general, en el derecho colombiano, el acto ficto o presunto se debe entender como respuesta negativa de lo solicitado, el cual opera tanto en relación con la petición inicial, cuestión que da lugar a la configuración del denominado silencio administrativo sustancial o inicial, como en relación con los recursos que se interponen en debida forma en vía gubernativa contra actos

administrativos previos -ora expresos, ora fictos o presuntos-, caso éste en el cual se denomina silencio administrativo procesal o adjetivo. La misma regla general indica que el silencio administrativo negativo sustancial o inicial opera por ministerio de la ley, esto es, sin necesidad de declaratoria judicial, cuando ha transcurrido un plazo de tres (3) meses, que se cuenta a partir de la presentación de la petición, sin que se haya notificado la respectiva respuesta, decisión o resolución

(...)

Ante el vencimiento del plazo consagrado en la ley como requisito para la ocurrencia del silencio administrativo negativo sustancial o inicial, el peticionario, en cuyo beneficio y garantía se ha consagrado la institución, podrá: i) continuar esperando a que la Administración resuelva o decida su solicitud, tiempo durante el cual la autoridad administrativa continuará con el deber constitucional y legal de pronunciarse sobre la petición, independiente de que ya hubiere expirado el plazo legalmente establecido para atender la misma; ii) interponer, en cualquier momento, recursos en vía gubernativa contra el acto administrativo ficto o presunto; ó iii) acudir directamente ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa pretendiendo que se declare la nulidad del acto ficto o presunto, puesto que se entiende agotada la vía gubernativa....” (Resalta el Despacho)

Conforme a lo expuesto, se debe precisar que como quiera que la parte actora formuló derecho de petición el día 2 de marzo de 2010 (f.25-26) y que revisadas las pruebas aportadas y los antecedentes administrativos allegados por la Entidad demandada, no se encuentra respuesta expresa, contestación, comunicación o notificación de la misma al interesado, lo que da lugar a la declaratoria del silencio administrativo y por tanto, del correspondiente acto administrativo ficto o presunto, tal como lo dispone el artículo 83 del CPACA:

“...Silencio negativo. Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa...”

De acuerdo a las anteriores consideraciones, el Juzgado dispondrá la declaratoria de existencia del silencio administrativo que dio origen al acto presunto, respecto de la **petición radicada el día 2 de marzo de 2010**, presentada por el señor José Antonio Medina Márquez ante la Administradora Colombiana de Pensiones y así se hará constar en la parte resolutive de esta sentencia.

5. Del caso concreto

De conformidad con lo expuesto el señor José Doenitz Niño Durán al ser beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, por haber nacido el 21 de agosto de 1952 (f. 28), tenía derecho a que su pensión le fuese liquidada, en cuantía del 75% del promedio de los factores devengados en el último año de servicios.

En efecto, el demandante se pensionó cuando se encontraba en vigencia la Ley 100 de 1993 y al momento en que ésta entró a regir (1º de abril de 1994) –por virtud del Decreto 691 de 1994 *"Por el cual se incorporan los servidores públicos al sistema general de pensiones y se dictan otras disposiciones"*-, contaba con 41 años de edad, por lo que se encontraba protegido por el régimen de transición previsto en el artículo 36 ibídem, el cual permite dar aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985.

Establecido el régimen que rige la situación jurídica del demandante, se observa que:

- A través de Resolución No.021144 de 21 de mayo de 2009 (f.175 s.) al demandante le fue reconocida pensión mensual vitalicia de jubilación, la cual fue liquidada con el 75% del promedio de lo devengado durante el tiempo que le hacía falta para adquirir la pensión, condicionada al retiro del servicio.

- Mediante Resolución No.53487 de 11 de noviembre de 2009 (f.21 s.), se modificó la Resolución No. 021144 de 2009, en el sentido de incluir la fecha de retiro, señalando que la pensión sería pagada a partir del 1º de noviembre de 2009.

- Mediante Resolución No.018281 de 22 de junio de 2010 (f.23 s.), se modificó la Resolución No. 021144 de 2009, en lo que se refiere a la cuantía de la pensión.

- A través de la petición radicada el 2 de marzo de 2010 (f.25-26), se solicitó reliquidar la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

- A la fecha, dicha solicitud no ha sido resuelta, por lo que se demanda el acto ficto derivado del silencio administrativo.

En aplicación a lo expuesto el accionante tiene derecho a que su pensión se liquide con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, esto es, entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2004.

En el proceso obra copia del certificado de pagos expedido por el Profesional Universitario, en el que se discriminan los factores devengados durante la última anualidad (f.27) así:

- Sueldo básico
- Bonificación por servicios prestados
- Prima de navidad
- Prima de vacaciones
- Prima de servicios

Así las cosas, se impone declarar la nulidad del acto demandado y en consecuencia, ordenar la reliquidación de la pensión del actor, con fundamento en el régimen anterior establecido en la Ley 33 de 1985, esto es, sobre el setenta y cinco por ciento (75%) de lo devengado en el último año de servicio, con la inclusión de los factores salariales previamente enlistados.

Ahora, la parte demandante indica que además de los factores enlistados debe ordenarse tener en cuenta los viáticos y la compensación por vacaciones, los cuales fueron devengados en el último año de servicios por el actor, conforme certificado que obra a folio 27.

Con respecto al denominado "*compensación por vacaciones*", observa la Sala que éste corresponde al pago remunerado por descanso, es decir, a las vacaciones, por ende, no puede ser tenido en cuenta como factor para reliquidar la pensión del actor, tal como lo ha precisado el Consejo de Estado:

"...en el presente asunto se debe hacer una salvedad en relación

con las vacaciones por cuanto éstas, ya están incluidas dentro de la asignación, por corresponder al mismo pago salarial; la diferencia está en que el servidor hace uso de ellas y sigue devengando el salario, razón por la cual se denomina descanso remunerado. En consecuencia, la Sala comparte lo dicho por el Tribunal de primera instancia en cuanto negó la inclusión de las vacaciones en la base de liquidación de la pensión de jubilación del actor.”¹ (Negrilla fuera de texto)

De acuerdo a lo anterior, las vacaciones no constituyen factor salarial para tener en cuenta en las reliquidaciones pensionales; así mismo, los viáticos ocasionales tampoco pueden computarse toda vez que no constituyen salario conforme al artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo, tal como lo señaló el Órgano Vértice de la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

*“Según el artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo los viáticos permanentes constituyen salario en aquella parte destinada a la manutención y alojamiento del trabajador, pero no en lo correspondiente a los gastos de transporte o de representación, por lo que al momento de cancelarse debe especificarse el valor de cada uno de estos conceptos. **Esta norma también prescribe que los viáticos que sólo se dan con motivo de un requerimiento extraordinario, no habitual o poco frecuente, en ningún caso constituyen salario.***

Sobre este particular la jurisprudencia ha sostenido que corresponde al contribuyente probar si los viáticos pagados eran permanentes o si, por el contrario, eran de aquellos que la ley ha denominado accidentales².” (Negrilla fuera de texto)³

En el caso de autos el demandante no devengó viáticos durante en forma permanente pues sólo le fueron reconocidos durante algunos meses por lo que no puede afirmarse que tenían el carácter de permanente.

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón. Bogotá, D.C., 28 de junio de 2012. Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00641-01(1398-10). Actor: Álvaro Vega Ospino. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social

² En este sentido, Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencias de 4 de diciembre de 2003 y de 10 de marzo de 2005, C.P. doctor Juan Ángel Palacio Hincapié, exp. 13144 y 13894, respectivamente.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Héctor J. Romero Díaz. Bogotá, D.C., 28 de abril de 2005. Radicación número: 25000-23-27-000-2000-00725-01(13922). Actor: Laboratorios Biogen de Colombia S.A. Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA. referencia: aportes porafiscales

De acuerdo a las normas citadas, es claro que al no constituir factores salariales la compensación por vacaciones y los viáticos ocasionales no pueden ser tenidos en cuenta en la base de liquidación de la pensión.

Finalmente, precisa el Despacho que los argumentos en que se sustentan las excepciones formuladas por la Entidad no son admisibles, pues no es posible atribuirle al pensionado la carga de probar que ya le fue reconocida una pensión como requisito para proceder a estudiar su solicitud de reliquidación pensional.

6. De los aportes

La Entidad accionada argumenta que para liquidar la pensión sólo es posible tener en cuenta los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, argumento que no es de recibo por cuanto la omisión del patrono al realizar los descuentos, no puede afectar el reconocimiento de ellos en la liquidación de la mesada pensional.

El Consejo de Estado en sentencia de 25 de marzo de 2004, radicado interno 0890-03, señaló que *“...cuando se trate de una pensión de régimen especial, el empleado está obligado a pagar los respectivos aportes sobre todos los factores que según la ley deben tenerse en cuenta para la determinación de la base, obligación que por lo demás, sino se cumple por cualquier motivo, no da lugar a que se niegue la inclusión del determinado factor, sino que al momento del reconocimiento la entidad de previsión haga los descuentos correspondientes, como lo aclaró la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 1º de febrero de 1989, al declarar la exequibilidad de este inciso...”*.

Posición que ha sido avalada por la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional es así como en sentencia T-183 de 2014, señaló que *“...la omisión del empleador en el aporte de las cotizaciones al sistema, no puede ser imputada al trabajador, ni podrá derivarse de ésta consecuencias adversas...”*; por ello, *“...cuando el empleador no efectúa el pago de las cotizaciones al sistema de pensiones, la entidad respectiva tiene el deber legal de recaudar los dineros adeudados por el empleador a través del cobro judicial, mecanismo jurídico establecido en la ley...”* de manera que *“...si la entidad de seguridad social no ejerce el cobro coactivo, ni los mecanismos judiciales legalmente establecidos para*

que se cumpla a cabalidad con la obligación, se entenderá que se allanó a la mora y, por tanto, será la Administradora del Fondo de Pensiones la obligada directa a reconocer el pago de la pensión de vejez[40]... ”.

En concordancia con lo anterior, tenemos que en materia de seguridad social, “...el principio de solidaridad implica que todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto... ”⁴. Por tanto, debe existir correspondencia entre los factores respecto de los que se hacen aportes y sobre los que se ordena realizar la liquidación de la pensión y si en casos como en el presente, no se efectuó la cotización respecto de todos ellos, se debe hacer el descuento correspondiente, al momento de pagar las diferencias que surjan de la nueva liquidación, pues ello permite la sostenibilidad del Sistema Pensional.

En este punto, ha de tenerse en cuenta la posición asumida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante providencia de 9 de marzo de 2016, referencia. 2013-0212, Actor: Marina del Carmen Blanco de Muñoz, fundada en que no pueden existir obligaciones imprescriptibles, “...por lo que el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones correlativo al derecho de percibir la pensión, debe interpretarse de forma sistemática con las normas que regulan el pago, la exigibilidad y la extinción de las obligaciones parafiscales...”

En tal sentido, debe acudirse a lo preceptuado en el artículo 817 del Estatuto Tributario, que establece que la acción de cobro prescribe en el término de cinco (5) años. Entonces, transcurrido dicho término a partir de la fecha en que se generó la obligación de realizar las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, esta prescribe y su pago no puede ser exigido.

Así las cosas, se ordenará a la Entidad accionada que efectúe las deducciones por concepto de aportes para pensión sobre los factores que aquí se ordena incluir en la base de liquidación, no obstante, como quiera que de los últimos cinco años anteriores al retiro, solo laboró y cotizó durante

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-126 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero

tres años (f.75), los descuentos se ordenarán respecto de este último lapso. Sin embargo, como quiera que en el expediente se pudo verificar que en el interregno comprendido entre el 28 de junio de 2007 al 30 de octubre de 2009, al momento de efectuar las cotizaciones a pensión, la Entidad tuvo en cuenta los siguientes factores: asignación básica y bonificación por servicios (f.209.), la presente providencia **dispondrá efectuar las correspondientes deducciones**, solo respecto de los factores salariales de prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicios. Pero haciendo la salvedad que dichos valores no deben superar el monto de las diferencias causadas a favor de la demandante, caso en el cual solamente hasta dicha suma se podrán realizar los descuentos ordenados, como quiera que se trata de personas de la tercera edad, pues tal como lo ha señalado el *ad quem*, en la ya citada sentencia de 9 de marzo de 2016, referencia. 2013-0212, Actor: Marina del Carmen Blanco de Muñoz, *“si quien concurre a la administración de justicia en calidad de demandante, al finalizar el proceso y sin haber sido demandado en reconvención, culmina con una deuda a su cargo, parece ser que, atendiendo, como se ha explicado, a su condición de persona de especial protección, resultaría contradictorio y podría poner en riesgo su estabilidad económica y su vida digna”*.

Ahora, el principio de solidaridad también rige frente a los aportes para el Sistema de Seguridad Social en Salud, por tanto, los mismos deben corresponder a los factores tenidos en cuenta para liquidar la pensión y como en este caso se advierte la inclusión de nuevos factores, en la parte motiva se ordenará a la Entidad realizar los descuentos de ley por aportes a salud.

7. De la excepción de prescripción

Se observa que la liquidación de la pensión del actor fue reconocida a través de la Resolución No. 021144 de 21 de mayo de 2009, efectiva a partir del 1º de noviembre de 2009 (f. 22), interrumpiéndose la prescripción con la presentación de la petición el 2 de marzo de 2010 (f.25-26), razón por la cual se concluye que la prescripción no operó en el caso de autos.

8. De las costas

Atendiendo a lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, no se condenará en costas, en atención a la prosperidad parcial de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, actuando en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: PRIMERO: DECLARASE no probada la excepción de **Prescripción**, formulada por la Entidad accionada.

SEGUNDO: DECLÁRASE la existencia del acto ficto o presunto, derivado del silencio administrativo respecto de la petición de fecha 2 de marzo de 2010, presentada por el señor José Antonio Medina Márquez ante el Instituto de Seguros Sociales, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLÁRASE la nulidad del acto ficto o presunto, derivado del silencio administrativo respecto de la petición de fecha 2 de marzo de 2010, presentada por el señor José Antonio Medina Márquez ante el Instituto de Seguros Sociales, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENASE** a la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES), a reliquidar y pagar la pensión de jubilación del señor José Doenitz Niño Durán, efectiva desde el 1º de noviembre de 2009, teniendo en cuenta el setenta y cinco por ciento (75%) de lo devengado entre el 1º de noviembre de 2008 y el 30 de octubre de 2009, incluyendo en la base de liquidación: **asignación básica, bonificación por servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicios.**

222

Las sumas que resulten en favor del accionante, se ajustarán en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse cada pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse cada pago.

QUINTO: Las anteriores sumas devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 del CPACA.

SEXTO: La Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES), deberá descontar de las anteriores sumas, los aportes correspondientes, **respecto de los factores salariales de auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad**, con destino al Sistema General de Pensiones, por el período comprendido entre el 28 de junio de 2007 al 30 de octubre de 2009, por prescripción extintiva, **mes a mes**; así mismo, sobre las diferencias que se ordena reconocer y pagar a favor de la demandante, se deberán efectuar los descuentos de ley, destinados al Sistema de Seguridad Social en Salud. Ello siempre y cuando, dichos valores no superen el monto de las diferencias causadas a favor del demandante, caso en el cual solamente hasta dicha suma se podrán realizar los descuentos ordenados.

SÉPTIMO: ABSTIÉNESE de condenar en costas en la presente instancia.

OCTAVO: En firme esta providencia **para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA;** realizado lo anterior y previamente las anotaciones y constancias de rigor, expídase copia auténtica a la parte demandante con la constancia de ser primera copia y prestar mérito ejecutivo conforme a lo establecido en el art. 114 y 115 del C.G.P. y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando previa verificación de habersele conferido la facultad expresa de recibir conforme al artículo 77 C.G.P, aplicable expresa remisión del artículo 306 del CPACA.

NOVENO: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA), Archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

DÉCIMO: NOTIFÍQUESE por Secretaría del contenido de la presente providencia en la forma y términos previstos en el artículo 203 del CPACA a las partes y al Ministerio Público.


PATRICIA SALAMANCA GALLO
Juez