

528



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DE TUNJA

Tunja, Nueve (9) de Octubre de dos mil Quince (2015)

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : ANTONIO MARIA MARTINEZ CONTRERAS
Demandado : ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES
Radicación : 150013333009201400066 00

I. MEDIO DE CONTROL

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del C.P.A.C.A., interpuesto por el señor **ANTONIO MARIA MARTINEZ CONTRERAS** (q.e.p.d.) en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

- 1.1 Pretende la parte demandante que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0137 del 22 de enero de 2007, proferida por la Gerente del Departamento de Pensiones-ISS Seccional Santander, por medio de la cual se le reconoció, liquidó y ordenó el pago de pensión mensual de vejez tipo B, específicamente en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la pensión; que se declare la nulidad de la Resolución No. 00194 del 24 de enero de 2008, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición en contra de la Resolución No. 0137 del 22 de enero de 2007; nulidad de la Resolución No. 00225 del 26 de febrero de 2010, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación en contra de la Resolución No. 0137 de 22 de enero de 2007; nulidad de la Resolución No. 2581 del 25 de mayo de 2011, por medio de la cual se reajustó la cuantía de la mesada pensional con base en lo establecido en la Ley 33 de 1985; declarar la nulidad del acto ficto o presunto que debió proferir la entidad demandada para resolver la reliquidación y/o revisión de la cuantía de la pensión mensual de vejez presentada desde el 15 de junio de 2012.
- 1.2 Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho solicita se condene a la entidad demandada a reajustar la cuantía de la mesada pensional incluyendo la totalidad de los conceptos y valores devengados y que conforman el promedio mensual devengado durante el último año de prestación de servicios o con base en el promedio que le resulte más favorable, actualizado anualmente con el índice de precios al consumidor. Finalmente solicita el pago indexado de los valores adeudados y que se dé cumplimiento al fallo dentro de los términos previstos en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de

lo Contencioso Administrativo; finalmente que se condene en costas a la parte demandada.

2. Fundamentos fácticos.

En resumen, los hechos en los cuales se fundan las pretensiones de la parte demandante son:

Afirma que el señor ANTONIO MARIA MARTINEZ CONTRERAS nació el 8 de julio de 1943, es decir, que el 8 de julio de 2003, cumplió 60 años de edad, pero tan solo en el mes de noviembre de 2004, completó las 1000 semanas de cotización al sistema de seguridad social en pensiones.

Asegura que el señor ANTONIO MARIA MARTINEZ CONTRERAS prestó sus servicios a diferentes entidades del Estado durante más de 20 años, así: en la Secretaría de Educación de Boyacá, entre el 25 de enero de 1966 y el 15 de marzo de 1972; en la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., desde el 10 de marzo de 1972 y hasta el 01 de febrero de 1979; en el Senado de la República entre el 31 de agosto de 1979 y el 01 de septiembre de 1980; en la Contraloría General de Boyacá, entre el 5 de diciembre de 1980 y el 5 de diciembre de 1981; en la Caja de Previsión Social de Boyacá, desde el 01 de marzo de 1991 y hasta el 10 de enero de 1992; en la Alcaldía municipal de Moniquirá, desde el 22 de junio de 1995 y hasta el 27 de mayo de 1996; en la Registraduría Nacional del Estado Civil, entre el 01 de marzo de 2001 y el 30 de marzo de 2005.

Afirma que estuvo afiliado para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a la Caja Nacional de Previsión Social, Caja de Previsión Social de Boyacá hoy Fondo Territorial de Pensiones de Boyacá, y posteriormente afiliado al sistema de seguridad social en pensiones al Instituto de Seguros Sociales.

Refiere que el último cargo desempeñado por el demandante fue el de Profesional Universitario 3020-01 de la Delegación Departamental de Boyacá, de la Registraduría Nacional del Estado Civil en el municipio de Moniquirá. Afirma que una vez cumplió los requisitos de ley, el Instituto de Seguros Sociales le reconoció, liquidó y pagó pensión de vejez tipo B mediante la Resolución No. 00137 de 22 de enero de 2007, efectiva a partir del 1 de abril de 2005. Frente a dicha Resolución interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación los cuales fueron resueltos mediante las Resoluciones No. 00194 de 24 de enero de 2008 y No. 00225 de 26 de febrero de 2010, confirmando en todas sus partes la Resolución No. 00194 del 24 de enero de 2008.

Asegura que por medio de la Resolución No. 2581 del 25 de mayo de 2011, el Instituto de Seguros Sociales reajustó la cuantía de la mesada pensional del señor ANTONIO MARÍA MARTINEZ CONTRERAS, con base en lo establecido en la Ley 33 de 1985.

Indica que el 15 de mayo de 2012, le solicitó al Instituto de Seguros Sociales, se reliquide la cuantía de su mesada pensional teniendo en cuenta el 75% de lo devengado durante el último año de prestación de servicios en la Registraduría Nacional del Estado Civil, es decir, desde el 01 de abril de 2004 al 30 de marzo de 2005. Asegura que ante la falta de respuesta a la petición de reliquidación, el 10 de julio de 2013 interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación en contra del acto ficto que debió proferir la entidad demandada.

Afirma que durante el último año de prestación de servicios el señor ANTONIO MARIA MARTINEZ CONTRERAS devengó asignación básica, prima de servicios, navidad, vacaciones, alimentación y bonificación por servicios prestados.

3. Normas Violadas y Concepto de Violación.

El apoderado de la parte demandante considera vulnerados los artículos 4, 13, 25, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, ley 33 y 62 de 1985 y artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Al sustentar el concepto de la violación, afirma que la entidad demandada vulnera esencialmente las Leyes 33 y 62 de 1985 y la normatividad aplicable a quienes se encuentran en el régimen de transición a que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Refiere que la base para liquidar la pensión de jubilación, es el promedio de lo devengado, es decir, se debe incluir la totalidad de los factores salariales o conceptos devengados sin excluir ninguno y la entidad demandada no indicó los factores salariales que tuvo en cuenta a la hora de la liquidación, pese a que el demandante devengó prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, vacaciones, entre otros.

Así las cosas, el demandante tiene la posibilidad de que su pensión se liquide con el promedio mensual devengado en el último año de prestación de servicios, conforme a las normas vigentes antes de entrar a regir la Ley 100 de 1993, o el promedio de lo devengado en el tiempo que le hacía falta para adquirir el derecho.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda inicialmente fue inadmitida mediante auto de primero **(01) de abril de 2014** (Fl 380), y admitiéndose posteriormente la demanda mediante providencia del **28 de abril de 2014** (fls. 396-398).

Por auto del **quince (15) de enero de 2015** se fijó fecha a fin de realizar Audiencia Inicial, para el día 29 de enero de 2015 (fl. 446). La Audiencia Inicial se llevó a cabo el día y la hora indicada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en la cual se decretó la práctica de pruebas, fijándose fecha para la Audiencia de Pruebas (CD fl 461).

Mediante auto de fecha **9 de julio de 2015**, se decretó la sucesión procesal del señor ANTONIO MARIA MARTINEZ CONTRERAS (q.e.p.d.) a favor de la señora EDELMIRA LEON GAMBA en su calidad de cónyuge y SANDRA ROCIO MARTINEZ LEON, LUIS JAVIER MARTINEZ LEON y JANNETH XIMENA MARTINEZ LEON en su calidad de hijos del fallecido demandante (fls 488-489).

La Audiencia de Pruebas se llevó a cabo el día **cinco (5) de agosto de 2015**, (CD fl 489), la cual fue suspendida y reanudada el 17 de septiembre de 2015 (CD fl 513) durante la cual se ordenó a las partes la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes a la terminación de la misma.

1.- RAZONES DE LA DEFENSA.

1.1 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES (fls 411 a 427).

La entidad demandada en su escrito de contestación se opuso a todas las pretensiones de la demanda, precisando que no es posible aplicar el ingreso base de liquidación establecido por la Ley 33 de 1985, ni sus factores salariales, ya que a la fecha se encuentra vigente la sentencia C-258 de 2013, en la cual la Corte Constitucional determina que tratándose de la determinación del ingreso base de liquidación para los beneficiarios del régimen de transición debe tomarse con base en los artículos 31 y 36 de la Ley 100 de 1993.

Refiere que en cuanto a los factores salariales únicamente deben tenerse en cuenta aquellos devengados por el trabajador a título remunerativo, es decir, que hayan sido reportados y certificados por la entidad, en cumplimiento del principio de equidad.

Finalmente propuso como excepciones las que denominó INEXISTENCIA DEL DERECHO Y LA OBLIGACION RECLAMADA, IMPROCEDENCIA DEL COBRO DE INTERESES E INDEXACION, INEXISTENCIA DE INTERESES MORATORIOS, COBRO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE DE COLPENSIONES Y PRESCRIPCION.

2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.1 Parte demandante (FI 514 a 526)

Dentro del término procesal respectivo el apoderado de la parte demandante presentó escrito de alegatos de conclusión en los siguientes términos:

Que se encuentra demostrado a lo largo del debate probatorio, que el señor ANTONIO MARÍA MARTÍNEZ CONTRERAS (q.e.p.d.), prestó sus servicios en diferentes entidades del Estado como lo fueron, Secretaría de Educación de Boyacá, Secretaría de Educación de Bogotá, Senado de la República, Contraloría General de Boyacá, Caja de Previsión Social de Boyacá, Alcaldía Municipal e Moniquirá, Registraduría Nacional de Estado Civil y también efectuó aportes en pensiones como trabajador independiente de forma interrumpida entre 25 de enero de 1966 y el 30 de marzo 2005.

Que los actos administrativos acusados vulneraron preceptos constitucionales (artículo 53) y legales (Ley 100 de 1993) pues COLPENSIONES, no tuvo en cuenta la aplicación de la normatividad que le era más favorable al demandante al momento de cumplir la totalidad de los requisitos para acceder a su pensión mensual de vejez; en efecto al demandante se le debió aplicar lo establecido en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que para el momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, tenía más de 50 años de edad y había laborado por más de 15 años, luego es un absurdo que se le pretenda desconocer que pertenece al régimen de transición del referido artículo 36.

Que han sido reiterados los pronunciamientos de diferentes despachos judiciales, así como del Honorable Consejo de Estado, en los que se ha indicado que para liquidar las pensiones de las personas que son beneficiarias del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se debe tener en cuenta la totalidad de los conceptos y valores devengados por el servidor público.

Finalmente refiere que el demandante falleció en la ciudad de Bogotá el 30 de abril de 2014 y a la fecha ya se encuentra acreditada la sucesión procesal representada legalmente por la señora EDELMIRA LEÓN GAMBA en su calidad

de cónyuge sobreviviente, así como por sus hijos SANDRA ROCÍO, LUÍS JAVIER, YANNETH XIMENA MARTÍNES LEÓN, hoy todos mayores de edad y sin derecho al pago de la pensión mensual de sobrevivientes, solicita que el derecho pretendido en el presente litigio sea sustituido en un 100% en favor de la única beneficiaria de éste derecho prestacional, es decir, en la señora EDELMIRA LEÓN GAMBA a quien ya se le reconoció la mesada pensional de sobrevivientes de conformidad con la Resolución GNR 97173 del 31 de marzo de 2015.

2.2 Ministerio Público

La delegada del Ministerio Público guardó silencio.

2.3 Entidad demandada

La entidad demandada guardó silencio.

IV. CONSIDERACIONES.

1. Problema Jurídico.

Tal como se indicó en la etapa de fijación del litigio en desarrollo de la audiencia inicial, el problema jurídico se contrae a determinar si para la liquidación de la pensión del demandante se deben incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, para lo cual se deberá establecer la ley aplicable al caso concreto.

2. Argumentación normativa y jurisprudencial.

2.1 De la existencia de actos fictos negativos sustancial y procesal

Como quiera que el apoderado de la parte demandante dentro de las pretensiones de la demanda plantea la existencia de un acto ficto o presunto negativo como consecuencia de la falta de notificación respecto a la petición de fecha 15 de junio de 2012, y del cual pretende se declare su nulidad, procede el Despacho a verificar si en efecto se configuró el silencio administrativo negativo que tiene como consecuencia la existencia de un acto ficto negativo y posteriormente verificar la existencia de un acto presunto negativo procesal .

En efecto el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011, respecto a silencio administrativo negativo indica:

"Art.- 83. Silencio negativo. Trascurridos 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.

En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión (...).(Subrayas fuera de texto).

Frente a los términos para resolver escritos de petición en materia pensional, la Corte Constitucional en Sentencia T- 173 de 01 de abril de 2013, citando la sentencia SU 975 de 2003 precisó:

"(...) Del anterior recuento jurisprudencial queda claro que los plazos con que cuenta la autoridad pública para dar respuesta a peticiones (...) elevadas por servidores o ex servidores públicos, plazos máximos cuya inobservancia

conduce a la vulneración del derecho fundamental de petición, son los siguientes:

(i) 15 días hábiles para todas las solicitudes en materia pensional –incluidas las de reajustes– en cualquiera de las siguientes hipótesis: a) que el interesado haya solicitado información sobre el trámite o los procedimientos relativos a la pensión; b) que la autoridad pública requiera para resolver sobre una petición de reconocimiento, reliquidación o reajuste en un término mayor a los 15 días, situación de la deberá informar al interesado señalándole lo que necesita para resolver, en qué momento responderá de fondo la petición y por qué no le es posible contestar antes; c) que se haya interpuesto un recurso contra la decisión dentro del trámite administrativo.

(ii) 4 meses calendario para dar respuesta de fondo a las solicitudes en materia pensional, contados a partir de la presentación de la petición, con fundamento en la aplicación analógica del artículo 19 del Decreto 656 de 1994 a los casos de peticiones elevadas a Cajanal;

(iii) 6 meses para adoptar todas las medidas necesarias tendientes al reconocimiento y pago efectivo de las mesadas pensionales, ello a partir de la vigencia de la Ley 700 de 2001(...)."

Así las cosas conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional antes referida, el término con el que cuenta la entidad a efectos de resolver de fondo peticiones pensionales es de cuatro meses contados a partir de la presentación de la respectiva petición. En el presente caso, observa el Despacho que se presentó petición ante el extinto Instituto de los Seguros Sociales con fecha 15 de junio de 2012 (fls 359 a 363) cuyo objeto era solicitar la reliquidación de la pensión de jubilación del señor ANTONIO MARIA MARTINEZ CONTRERAS con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, razón por la cual la entidad aquí demandada COLPENSIONES tenía para dar respuesta a la petición hasta el 15 de octubre de 2012, luego el término de un (1) mes de que trata el inciso 2° del artículo 83 para que se configure el silencio administrativo negativo venció el 15 de noviembre de 2012; así las cosas el acto ficto sustancial frente a la petición de fecha 15 de junio de 2012 se encuentra planamente configurado, toda vez que no existe prueba de que por parte de COLPENSIONES se haya dado respuesta antes del 15 de noviembre de 2012.

Ahora bien, de igual forma observa el Despacho que la parte aquí demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación en contra del acto ficto negativo sustancial con fecha 10 de julio de 2013 (fls 365 a 369), razón por la cual se procede a verificar la existencia de acto ficto negativo procesal.

El artículo 86 de la Ley 1437 de 2011, frente al silencio administrativo en recursos, establece:

"Art.- 86. Silencio administrativo en recursos. Salvo lo dispuesto en el artículo 52 de este código, transcurrido un plazo de dos (2) meses, contados a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entiende que la decisión es negativa (...)" (Subrayas fuera de texto).

Así las cosas, en el presente asunto se configuró el silencio administrativo procesal con fecha 10 de septiembre de 2013, con lo cual surgió a la vida jurídica el acto ficto negativo procesal como consecuencia de la falta de resolución de los recursos de reposición y apelación formulados con fecha 10 de julio de 2013.

Teniendo en cuenta lo anterior, se encuentra probada la existencia de un acto ficto negativo sustancial y de un acto ficto negativo procesal, frente a los cuales el Despacho procede a verificar su legalidad.

2.2 De la reliquidación de la pensión de jubilación

En primer lugar, advierte el Despacho que las pretensiones de la demanda planteadas por el apoderado de la parte demandante, en punto del restablecimiento del derecho no son claras toda vez que indica "(...) reajustar la cuantía de la mesada pensional de mi poderdante, incluyendo la totalidad de los conceptos y valores devengados y que conformaron el promedio mensual devengado durante el último año de prestación de sus servicios, o con base en el promedio que le resulte más favorable (...)" (FI 384), es decir, que pretende la reliquidación con la inclusión de lo devengado en el último año de prestación de servicios o con base en el promedio que le resulte más favorable, sin indicar la normatividad que sustenta ésta última petición.

No obstante lo anterior y una vez verificados los antecedentes administrativos de los actos administrativos demandados, así como las actuaciones procesales surtidas, concluye el Despacho que la parte demandante lo que pretende es que se reliquide la pensión de jubilación con el promedio de lo devengado en el último año de prestación de servicios; en efecto la petición que se presentó en sede administrativa con fecha 15 de junio de 2012, mediante la cual solicita la reliquidación de la pensión de jubilación, se indicó: "Reajustar la cuantía de la pensión mensual de jubilación (...) con el fin de que se le incluyan la totalidad de conceptos y valores devengados durante el último año de prestación de servicios, teniendo en cuenta el principio de favorabilidad que rige en materia laboral". (FI 359) (Subrayas fuera de texto).

De igual forma en la audiencia inicial al momento de la fijación del litigio el Despacho formuló como problema jurídico a resolver "determinar si para la liquidación de la pensión del demandante se deben incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, para lo cual se deberá establecer la ley aplicable al caso concreto", decisión que fue notificada en estrados, sin advertirse manifestación alguna por parte del apoderado de la parte demandante. Las anteriores razones resultan más que suficientes a efectos de concluir que en el presente asunto la parte demandante pretende la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados por el señor ANTONIO MARIA MARTINEZ CONTRERAS (q.e.p.d.), durante el último año de prestación de servicios, asunto que pasa el Despacho a analizar.

En lo que tiene que ver con las normas que gobiernan la reliquidación de la pensión de jubilación en el presente asunto, la Ley 100 de 1993 estableció el sistema de seguridad social integral y en cuanto al sistema de pensiones dispuso en su artículo 36, las condiciones de edad y tiempo de servicios (cualquiera de las dos), para que las personas puedan resultar beneficiarias de la transición prevista para el régimen solidario de prima media con prestación definida y en consecuencia, "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 (...) será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados". El régimen a que alude el precitado artículo no es otro que el previsto en la Ley 33 de 1985.

Es preciso anotar que el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, constituye un mecanismo de protección establecido por el Legislador para regular el impacto del tránsito legislativo en materia pensional, de manera que el mismo, no afecte desmesuradamente a quienes si bien, no han consolidado el derecho a la pensión por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen un derecho

cierto respecto a la aplicación de las exigencias para el reconocimiento y el monto del derecho pensional contemplados en la normatividad anterior¹.

2.3 De lo probado en el proceso.

- Se acreditó que al primero (01) abril de 1994 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993), la demandante tenía 51 años de edad tal como consta a folio 15 del expediente, por lo cual se encuentra dentro de las previsiones del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, en consecuencia, la norma anterior que regulaba la situación pensional del señor ANTONIO MARIA MARTINEZ CONTRERAS, es la ley 33 de 1985.
- El reconocimiento de la pensión de vejez por Bono tipo B al señor ANTONIO MARIA MARTINEZ CONTRERAS, se realizó a través de la Resolución No. 00137 de 22 de enero de 2007, por parte del Instituto de Seguros Sociales efectiva a partir de 01 de abril de 2005 (fls 231 a 234).
- Mediante Resolución No. 2581 de 2011 el Instituto de Seguros Sociales procedió a reliquidar la pensión de jubilación del señor ANTONIO MARIA MARTINEZ CONTRERAS en aplicación de la Ley 33 de 1985. En dicha Resolución no se indican los factores salariales que tuvo en cuenta la entidad para reliquidar la pensión de jubilación (fls 357 a 358).
- El retiro definitivo del servicio del demandante se produjo con fecha 1 de abril de 2005 (FI 112).
- El señor ANTONIO MARIA MARTINEZ CONTRERAS falleció el día 30 de abril de 2014, tal como consta en el Registro Civil de Defunción (FI 473).
- Se aportó Registro Civil de Matrimonio del señor ANTONIO MARIA CONTRERAS y la señora EDELMIRA LEON GAMBA (FL 479).
- Se aportó Registro Civil de Nacimiento de SANDRA ROCIO MARTINEZ LEON, LUIS JAVIER MARTINEZ LEON y JANNETH XIMENA MARTINEZ LEON, donde se prueba su calidad de hijos del señor ANTONIO MARIA MARTINEZ CONTRERAS (Fls 480 a 482).

Para el Despacho, siendo el señor ANTONIO MARIA MARTINEZ CONTRERAS (q.e.p.d.) beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cobijaba el régimen pensional anterior, razón por la cual la liquidación de la pensión de jubilación queda bajo las normas de la ley 33 de 1985 concordante con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, en todo lo relacionado con el tiempo de servicio, el monto, los factores y la forma de liquidarla, por lo que a continuación se procede a verificar los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación.

Los factores salariales establecidos en el artículo 3° de la ley 33 de 1985 modificado por el art. 1° de la ley 62² de la misma anualidad, fueron objeto de análisis en

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUEREN, sentencia de 18 de febrero de 2010. Rad Interno: 0836-08.

² "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

Sentencia de Unificación³ de fecha 4 de agosto de 2010, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, Número Interno: 0112-2009, donde se concluyó que los factores previstos en tales disposiciones son enunciativos y en consecuencia, la pensión de vejez debe incluir el 75% del promedio de todo lo devengado en el último año de servicios, siempre que los mismos tengan carácter salarial.

Así entonces precisó el H. Consejo de Estado en la citada Providencia:

"(...) De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios".

(...)

En consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando (...). Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. (...). En consecuencia, el actor tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación incluyendo como factores salariales la asignación básica; alimentación; bonificación semestral; bonificación por servicios; diferencia de horario; dominicales y festivos; horas extras; inc. (Sic) Antigüedad; prima de productividad; prima de navidad; prima de vacaciones, tal como lo ordenó el A quo."⁴. (Negrilla y Subrayas no es textual). (...).

El criterio antes expuesto ha sido reiterado en sentencias proferidas por la Subsección "B" de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 26 de agosto de 2010⁵ y 3 de febrero de 2011⁶.

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."

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero Ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. 4 de agosto de 2010. Radicación Numero 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de unificación. 4 de agosto de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2006-7509-01(0112-09). MP. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILLA. Acción de nulidad y restablecimiento.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Exp. No. 1500012331000200502159-01. Actor HERNANDO BUITRAGO PÉREZ. Consejero Ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. "(...) Posición que se adopta para la solución del presente caso, con base en los argumentos expresados en dicha ocasión, en consecuencia, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios (...)."

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B". Consejero Ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Exp No. 25000-23-25-000-2007-01044-01(0670-10). "(...)Ante las diversas interpretaciones esbozadas en la materia, la Sala Plena de esta Sección, mediante Sentencia de 4 de agosto de 2010, con ponencia del suscrito, retomó el análisis del ingreso base de liquidación pensional cuando se trata de aplicar el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de la misma anualidad, para lo cual realizó exhaustivos debates apoyándose en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, arribando a la conclusión que con el fin de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la referida norma no indica en forma taxativa los factores salariales que

La misma posición ha sido asumida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, que al respecto ha manifestado:

“Atendiendo la sentencia de unificación citada anteriormente, concluye la Sala que todos los factores devengados por la actora deben ser tenido en cuenta para la liquidación de su pensión (...)”.

No obstante lo anterior este Despacho no desconoce el pronunciamiento realizado por la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación de fecha 29 de abril de 2015⁸, del cual se aparta, toda vez que el Tribunal Administrativo de Boyacá⁹, al referirse a la misma, se ratificó en su posición de entender que no existe taxatividad en los factores salariales enumerados en la ley 33 de 1985, al indicar que:

“(...) En este sentido, para la Sala resultan contradictorios los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional en las providencias mencionadas, toda vez que en principio, se reiteró de manera enfática que las decisiones y consideraciones plasmadas en la C-258 de 2013 se aplicarían únicamente al régimen pensional establecido en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, por tanto, estos no se harían extensivos a otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados por otras normas. Si bien, analizó el régimen pensional especial de los congresistas, la reciente Sentencia de Unificación de la misma Corporación desconoció su propio precedente, al deducir que dicha providencia era susceptible de una interpretación en abstracto y que tenía carácter erga omnes (...)”.

3.- Argumentación y Valoración Probatoria (Caso concreto)

En relación con los factores salariales devengados por el señor ANTONIO MARIA MARTINEZ CONTRERAS en el último año de prestación de servicios, del certificado de salarios expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil visto a folios 98 y 108, esto es en el periodo comprendido entre el 01 de abril de 2004 y el 30 de marzo de 2005, se concluye que devengó: asignación básica, bonificación, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de alimentación y prima de navidad.

En el caso concreto el acto Administrativo demandado contenido en la Resolución No. 2581 de 25 de mayo de 2011 mediante el cual el Instituto de Seguros Sociales procedió a reliquidar la pensión de jubilación del señor ANTONIO MARIA MARTINEZ CONTRERAS en aplicación de la Ley 33 de 1985, únicamente incluyó la asignación básica que devengaba el demandante; en éste punto aclara el Despacho que si bien la Resolución No. 2581 de 25 de mayo de 2011 que modificó la pensión de jubilación proferida por el Instituto de los Seguros Sociales, no indicó de manera expresa los factores salariales tenidos en cuenta para calcular el monto de la pensión, lo cierto es que teniendo en cuenta el certificado de factores salariales visto a folios 98 y 108, se puede concluir, después de realizar la operación matemática pertinente que para la reliquidación de la pensión de jubilación únicamente se tuvo en cuenta la asignación básica que devengó el señor ANTONIO MARIA MARTINEZ CONTRERAS, durante su último año de prestación de servicios.

No obstante lo anterior, en la certificación de factores salariales que obra a folios 98 y 108 expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil, en el último año de prestación de servicios del demandante, esto es, en el periodo comprendido entre el 01 de abril de 2004 al 30 de marzo de 2005, además de la asignación básica

conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios (...)”.

⁷ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de Decisión No 1.M.P.: CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ. Accionante: José David Tarazona Arias. Exp: 150013133009-2008-196-01.

⁸ Sentencia de Unificación SU-230 del 29 de abril de 2015 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Expediente T-3.558.256

⁹ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No 1, Exp. No 152383333752201400159-01, Demandante Stella Suescun Duarte.

devengó: bonificación, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de alimentación y prima de navidad.

Conforme a la sentencia de unificación del Consejo de Estado antes referida, se colige que, ha de tenerse en cuenta además de los señalados en la ley 62 de 1985, todos los factores que constituyen salario.

Teniendo en cuenta lo anterior, se declarará la nulidad parcial de las Resoluciones No. 0137 de 22 de enero de 2007, por medio de la cual se le reconoció, liquidó y ordenó el pago de la pensión mensual de vejez tipo B, Resolución No. 00194 de 24 de enero de 2008 y Resolución No. 00225 del 26 de febrero de 2010 por medio de las cuales se resuelven los recursos de reposición y apelación en contra de la Resolución 0137 de 22 de enero de 2007 y Resolución No. 2581 de 25 de mayo de 2011 y la nulidad total del acto ficto negativo sustancial y acto ficto negativo procesal, en lo que tiene que ver con los factores salariales tenidos en cuenta en la liquidación de la pensión jubilación que devengaba el señor ANTONIO MARIA MARTINEZ CONTRERAS y ordenará a título de restablecimiento del derecho que la entidad demandada reliquide la pensión de jubilación que devengaba el señor ANTONIO MARIA MARTINEZ CONTRERAS en cuantía del 75% del valor de lo devengado en el último año de prestación de servicios, esto es, en el periodo comprendido entre el 01 de abril de 2004 y el 30 de marzo de 2005, incluyendo como factores los ya incluidos y además bonificación, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de alimentación y prima de navidad.

4.- De la prescripción

En el presente caso prosperará parcialmente la excepción de prescripción teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

La pensión de jubilación fue reconocida mediante Resolución No. 0137 de 22 de enero de 2007 y reliquidada mediante la Resolución No. 2581 de 25 de mayo de 2011.

Se presentó derecho de petición ante la entidad demandada, el día 15 de junio de 2012, solicitando la revisión de la pensión de jubilación, ante lo cual la entidad no dio respuesta configurándose la existencia tanto de un acto ficto negativo sustancial como un acto ficto negativo procesal, tal como quedó analizado en precedencia.

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, tratándose de prestación pensional, solo se afectan las mesadas causadas y no el derecho, y el conteo del término trienal se interrumpe por virtud de la petición formulada para que se satisfaga la prestación debida, tal como lo establece el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968¹⁰.

Como quiera que se presentó petición con fecha 15 de junio de 2012, la misma interrumpió el término de prescripción por un periodo igual, por lo que hay lugar a declarar prescritas las mesadas pensionales anteriores al 15 de junio de 2009.

5.- Del restablecimiento del derecho a raíz de la sucesión procesal

Como quiera que en el presente asunto mediante auto de fecha 09 de julio de 2015, se decretó la sucesión procesal como consecuencia del fallecimiento del señor

¹⁰ Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

ANTONIO MARIA MARTINEZ CONTRERAS, a favor de la señora EDELMIRA LEON GAMBA en su calidad de cónyuge y SANDRA ROCIO MARTINEZ LEON, LUIS JAVIER MARTINEZ LEON y JANNETH XIMENA MARTINEZ LEON en su calidad de hijos del fallecido demandante, procede el Despacho a determinar el restablecimiento del derecho en el presente asunto.

Respecto de la forma en que debe concederse el restablecimiento del Derecho en asuntos donde ha operado la sucesión procesal, el Consejo de Estado¹¹ precisó lo siguiente:

"(...) Posteriormente, mediante auto de 13 de agosto de 2008, se admitieron como sucesoras procesales a Clara Elena Brito Medina, en condición de cónyuge supérstite, y a Paula Patricia Bernal de la Fuente y Sandra Milena Bernal Brito, como hijas del causante (fls. 684 a 686 del cuaderno principal).

Esta condición de sucesores procesales, sin embargo, no otorga titularidad alguna sobre los valores que puedan generarse a favor del causante dentro del presente litigio y que deban ingresar a su sucesión ni sobre una posible sustitución pensional

(...)

También es oportuno aclarar que la condición de sucesor procesal per se no otorga el derecho para acceder al reconocimiento de los valores adeudados por el Ministerio de Defensa Nacional al causante entre el 23 de enero de 1997 y el 1º de junio de 1998, razón por la cual solo puede ordenarse que dicha suma se gire con destino a la masa sucesoral o a los herederos o beneficiarios que acrediten su condición ante el Ministerio de Defensa Nacional, en el evento en que el proceso de sucesión ya se haya adelantado.

(...)". (Subrayas fuera de texto).

EL reconocimiento de la reliquidación de la pensión que devengaba el señor ANTONIO MARIA MARTINEZ CONTRERAS (q.e.p.d.) con la inclusión de los factores salariales que se incluyen en virtud de ésta sentencia, es a partir del 01 de abril de 2005, fecha de retiro del servicio; no obstante el pago de las diferencias dejadas de percibir procede a partir del 15 de junio de 2009 dado el fenómeno prescriptivo y hasta el 30 de abril de 2014, fecha de fallecimiento del señor ANTONIO MARIA MARTINEZ CONTRERAS.

Así las cosas y conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado antes referida, el Despacho ordenará que las sumas que resulten como consecuencia de la reliquidación de la pensión a que tenía derecho el señor ANTONIO MARIA MARTINEZ CONTRERAS, por la inclusión de los factores salariales ordenados por virtud de esta sentencia en la base pensional, sean pagados con destino a la masa sucesoral o a los herederos o beneficiarios que acrediten su condición ante la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES, en el evento en que el proceso de sucesión del señor ANTONIO MARIA MARTINEZ CONTRERAS, ya se haya adelantado.

6.- Costas.

El Despacho se abstendrá de realizar condena en costas en aplicación del Núm. 5 del art. 365 del CGP según el cual el Juez podrá abstenerse de realizar condena alguna en

¹¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION B. Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-25-000-1997-47814-01(4326-05).

caso de prosperidad parcial de las pretensiones, tal como acontece en el presente asunto donde se declaró parcialmente probada la excepción de prescripción.

IV. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juez Noveno Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

FALLA.

PRIMERO.- Declarar la nulidad parcial de las Resoluciones No. 0137 de 22 de enero de 2007, por medio de la cual se le reconoció, liquidó y ordenó el pago de la pensión mensual de vejez tipo B, Resolución No. 00194 de 24 de enero de 2008 y Resolución No. 00225 del 26 de febrero de 2010 por medio de las cuales se resuelven los recursos de reposición y apelación en contra de la Resolución 0137 de 22 de enero de 2007 y Resolución No. 2581 de 25 de mayo de 2011 y la nulidad total del acto ficto negativo sustancial y acto ficto negativo procesal, en cuanto tiene que ver con los factores salariales tenidos en cuenta en la liquidación de la pensión jubilación que devengaba el señor ANTONIO MARIA MARTINEZ CONTRERAS conforme a la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho que la entidad demandada reliquide la pensión de jubilación que devengaba el señor ANTONIO MARIA MARTINEZ CONTRERAS en cuantía del 75% del valor de lo devengado en el último año de prestación de servicios, esto es, en el periodo comprendido entre el 01 de abril de 2004 y el 30 de marzo de 2005, incluyendo como factores los ya incluidos y además bonificación, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de alimentación y prima de navidad y **PAGUE** las diferencias causadas, con efectos fiscales a partir del quince (15) de junio de 2009, dado el efecto prescriptivo, hasta el 30 de abril de 2014, fecha de fallecimiento del señor ANTONIO MARIA MARTINEZ CONTRERAS.

TERCERO.-Declarar parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada conforme a lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

CUARTO.- Ordenar que las sumas que resulten como consecuencia de la reliquidación de la pensión a que tenía derecho el señor ANTONIO MARIA MARTINEZ CONTRERAS, por la inclusión de los factores salariales ordenados por virtud de esta sentencia en la base pensional, sean pagados con destino a la masa sucesoral o a los herederos o beneficiarios reconocidos que acrediten su condición ante la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES, en el evento en que el proceso de sucesión del señor ANTONIO MARIA MARTINEZ CONTRERAS, ya se haya adelantado.

QUINTO.- Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES, a pagar la indexación de las sumas adeudadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 192 incisos 2 y 3 de la ley 1437 de 2011, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula de matemática financieras acogida por el Consejo de Estado:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de ésta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

SIXTO. La Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES, dará cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO.- Sin condena en costas.

OCTÁVO.- Notifíquese la presente providencia de conformidad con el artículo 203 del CPACA dentro de los 3 días siguientes mediante envío de su texto a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales. A quienes no se les deba o pueda notificar por vía electrónica, se les notificará por medio de estado en la forma prevista en el artículo 295 del Código General del Proceso.

NOVENO.- Una vez en firme esta providencia archívese el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor y expídase copia auténtica a la parte demandante con la constancia de ser primera copia y prestar merito ejecutivo conforme a lo establecido en el art. 114 del C. G. P. aplicable expresa remisión del art. 306 del C.P.A.C.A. Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


FERNANDO ARIAS GARCÍA
JUEZ

Sentencia Nulidad y Restablecimiento del Derecho radicado bajo el No. 2014-00066